



AED
Asociación Escuela de Derecho

RUPTURA

Revista de la Asociación Escuela de Derecho
de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador

JUNIO
2019

TERCERA ÉPOCA



Pontificia Universidad
Católica del Ecuador



Centro de
Publicaciones
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

RUPTURA

Diagramación

Edwin Javier Lamiña Singo



AED
Asociación Escuela de Derecho

**DIRECTORIO DE LA
ASOCIACIÓN ESCUELA DE DERECHO 2019**

Juan Fernando Calderón Páez
PRESIDENTE

Cristian Adrián Hinojosa Orbea
VICEPRESIDENTE

CONSEJO DE FACULTAD
Daisy Alejandra Cevallos Páez
Matilde Soledad Zamora Monge

COMISIÓN ACADÉMICA

Luis Miguel Rivera Gallardo
Paola Belén Pérez Mendoza
Dayana Gabriela Villafuerte Guerrero
María Paula Chang Cosíos
Daniela Fernanda Garay Riera

COMISIÓN DE COMUNICACIÓN

Karol Daniela Chacón Cuenca
David Israel González Pogo
Jorge Alejandro Intriago Zambrano
Ricardo Javier Tomalá Calderón
Karen Stefie Schwarz Baquero

COMISIÓN DEPORTIVA

Josué Fernando Yépez Proaño
Jaime Gonzalo Almeida Rivadeneira
Ricardo Gabriel González Aroca
Camila Verdesoto Navarrete
Katherine Elizabeth Cando Cisneros

COMISIÓN SOCIAL CULTURAL

Lízbeth Arleth Navas Gavilánez
Melissa Nicole Jurado Rivera
Cinthia Carolina Hernández Piñuela
Mario Javier Benítez Gómez
Ambar Chrystina Portilla Luna

Doménica Paulette Lastra Gutiérrez
SECRETARIA DEL DIRECTORIO

Joshua Sebastián Montes Villalva
TESORERO DEL DIRECTORIO

Hilda Dolores Vega Rodríguez
DEFENSORA ESTUDIANTIL

AGRADECIMIENTO

En un pasado no muy remoto, el entonces rector de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Aurelio Espinosa Pólit SJ, sentenciaba que: “La publicación de una revista es un grave compromiso ante el público; el aseguramiento de su publicidad regular entraña muy complejos problemas”. ¡Y cómo no! El mantenimiento de una revista de rigor académico es una empresa que, aún en nuestros tiempos llenos de facilidades tecnológicas, demanda compromiso, seriedad y trabajo. Fue así como lo entendió un grupo de talentosos jóvenes que en 1949 decidieron lanzar la Revista de la Asociación Escuela de Derecho. Este nuevo espacio de difusión del pensamiento jurídico pronto no solo encontraría merecidísimos y abundantes reconocimientos, sino también numerosos obstáculos, propios de una agitada vida nacional como la del Ecuador. En ese contexto, la revista de los estudiantes de derecho constituía un baluarte del Estado constitucional: de la defensa de los derechos ciudadanos y de las endebles instituciones políticas.

En breve, entrados los años sesenta, sorprendió al Ecuador una dictadura militar que se encaramó en el poder y, consecuentemente su gobierno, provocó agitación social por el rompimiento del orden constitucional y de las libertades civiles. Fue entonces que las universidades actuaron como centros de ebullición revolucionaria y de protesta. La Católica no fue la excepción, máxime la constitución de una novel federación estudiantil que, en aquellas épocas, cohesionaba a los estudiantes. A la sazón, las circunstancias políticas convocaron a los miembros del equipo editorial de la revista de la AED, quienes decidieron cambiar su nombre para prolongarla el tiempo y constituir una “ruptura con el desorden legalizado”. Es así como nació oficialmente nuestra tan apreciada REVISTA RUPTURA.

Es encomiable ver cómo los estudiantes de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador se organizaron y, a través de la Asociación Escuela de Derecho, han jugado un papel protagónico en la producción académica de nuestra nación. RUPTURA, hoy más que nunca, debe inspirarse en sus orígenes para seguir escribiendo un futuro, en el que sea un referente crítico de la ciencia del derecho, con el propósito de construir un mejor país. Lamentablemente, la situación que atraviesa el Ecuador y, sobre todo, la del mundo judicial distan mucho de la que todos deseáramos. La corrupción y la falta de compromiso con la justicia son males contra los que debemos seguir

luchando. Es nuestra obligación, como legatarios de nuestros antecesores, seguir aportando desde este noble espacio de crítica.

Nuestra revista ha logrado trascender en el tiempo, no con ello quiero decir que el trabajo ha culminado. Por el contrario, si algo ha mantenido vivo el espíritu de nuestros ilustres predecesores, ha sido el constante ánimo de innovación. Actualmente, RUPTURA ha dado el gran paso hacia su proceso de indexación. Es por ello que, para todos quienes formamos parte del Directorio de la Asociación Escuela de Derecho 2019, es un gran honor presentar la edición número 63. Al mismo tiempo, exhortamos a los siguientes directorios a mantener uno de los legados más preciados que tiene nuestra asociación, la facultad y la sociedad ecuatoriana.

La academia ha generado siempre espacios de reflexión a lo largo de la historia. En ese sentido, nuestra Asociación, que es probablemente el único gremio de representación estudiantil que cuenta con una revista con 63 ediciones en su haber, sigue trabajando íntegramente con los estudiantes, ese es nuestro motivo de orgullo y el mejor reflejo de nuestro trabajo; salvo deshonrosas excepciones. Sigamos adelante, escribiendo con la pluma bravía de nuestros predecesores. Recuerden que, cuando el ritmo del progreso parezca lento, habrá que trabajar con mucho denuedo para estar a la altura de nuestras realizaciones.

Juan Fernando Calderon Páez
Presidente AED 2019

EDITORIAL

La Revista Ruptura, es una publicación científica bianual de la Asociación Escuela de Derecho de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Su énfasis es el ámbito de lo jurídico en un sentido dogmático y en su relación con otras disciplinas, saberes y ciencias. En ese sentido, puede utilizar el sistema de “especiales temáticos” en cualquiera de sus convocatorias.

Esta publicación tiene carácter semestral (Enero-Junio) (Julio-Diciembre) y orienta sus políticas editoriales a partir de la armonización de los requerimientos generales y específicos de LATINDEX, SCIELO (Ecuador), WOS y SCOPUS. Además, considera los lineamientos legales y reglamentarios vigentes, directrices de la SENESCYT, el Reglamento General de Publicaciones de la PUCE y sus políticas generales sobre publicaciones e investigación científica regidas por la Facultad de Jurisprudencia, la Dirección de Investigación y el Centro de Publicaciones.

Ruptura se encuentra en su tercera época. Nació bajo el nombre de “Revista de la Asociación Escuela de Derecho” y en su número 18 adoptó su actual denominación. La Revista es dirigida por los estudiantes de la Facultad de Derecho de la PUCE, quienes conforman el Equipo de Gestión Editorial, y supervisada por el Comité Editorial (Publicaciones) de la Facultad, el Centro de Publicaciones y la Dirección de Investigación de la PUCE. Asimismo, la revista cuenta con un Comité Editorial y de Revisores Externos constituido por académicos, investigadores y profesionales de universidades nacionales y extranjeras del más alto prestigio y miembros de los mejores estudios jurídicos del país que combinan el libre ejercicio con la labor docente.

Aborda temas desde una perspectiva exegética, inter y transdisciplinar. Está dedicada al análisis crítico de la problemática nacional e internacional del Derecho en todas sus áreas. Se edita en castellano, inglés, italiano, francés y portugués. Incluye artículos originales en formato de documento científico, revisión, análisis de actualidad, resumen de investigaciones, nota de investigación, miscelánea y reseñas de libros. También son considerados para publicación traducciones originales y/o divulgativas. Sin embargo, es importante señalar que, con la finalidad de mantener los altos estándares exigidos por la academia, la selección y evaluación de todos los documentos publicados en Ruptura se realiza bajo la metodología de << doble ciego >>, que mantiene el anonimato de autores y evaluadores. Por lo tanto, los

artículos para su publicación habrán: a) superado una preselección y revisión del equipo editorial; y b) cumpliendo con el sistema de revisión antes mencionado. La revista está abierta a la recepción de artículos durante todo el año, dentro de las fechas límites de cada uno de los números.

Ruptura se encuentra en el marco de la misión de la PUCE y su plan estratégico y operativo, y busca contribuir de un modo riguroso y crítico, a la tutela y desarrollo del Estado de Derecho, la dignidad humana y de la herencia cultural, mediante la investigación, la docencia y la labor de vinculación con comunidades locales, nacionales e internacionales. Finalmente, se invita a todos los docentes e investigadores a que participen y compartan con nosotros futuras contribuciones.

Comité Editorial
Revista Ruptura

ÍNDICE

ARTÍCULOS.....19

El sistema penal acusatorio y la aplicación del principio de oportunidad en la legislación ecuatoriana y en el derecho comparado

The accusatory criminal system and the application of the principle of opportunity in Ecuadorian legislation and comparative law

Ab. Stalin Omar Capa Vera

Investigador jurídico independiente 21

Internet y derechos de la mujer: una aproximación al factor género en las tecnologías de información y comunicación como variable jurisprudencial constitucional e interamericana

Internet and women's rights: an approximation of the gender factor in information and communication technologies as a constitutional and inter-American jurisprudential variable

Dr. Efrén Guerrero Salgado, PhD

Docente principal PUCE 43

Extradición de Rafael Correa vs asilo en Bélgica

Extradition of Rafael Correa vs asylum in Belgium

Iván Avalos Barreno

Investigador jurídico independiente 79

La reforma de la Constitución: consideraciones conceptuales

Constitutional Reform: Conceptual Considerations

Esteban Javier Polo Pazmiño

Docente, UASB..... 95

The United Nations Security Council, our new global legislator?

El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, nuestro nuevo legislador global?

Jorge Luis Almeida Estrella

Investigador jurídico independiente 115

El silencio administrativo y sus implicaciones en el Ecuador ¿Garantiza derechos?

The administrative silence and its implications in Ecuador
Guarantees rights?

Farid Villacís de la Cueva

Investigador jurídico independiente 135

Declive de los derechos humanos frente a la migración de ciudadanos venezolanos - Panorama de Ecuador

Decline of human rights against the migration of Venezuelan citizens - Panorama of Ecuador

Ab. Gissela Estefanía Quinatoa Tacuri

Investigadora Jurídica independiente 163

Facultative Government-Initiated Referendum in Latin America: Evidence from Ecuador, Colombia, and Costa Rica

Referéndum Facultativo Iniciado por el Gobierno en América Latina: Evidencia de Ecuador, Colombia y Costa Rica

Luis Utreras Torres

Investigador Jurídico – Universidad de Ontario 173

**Libertad de pensamiento y de conciencia:
su defensa frente a los abusos
de conciencia y de poder**

Freedom of thought and conscience: defense
against the abuse of conscience and power

Jaime Baquero de la Calle Rivadeneira, PhD

Docente investigador Universidad de los Hemisferios

Esteban Cajiao Brito, MA

Docente Universidad de los Hemisferios 193

NORMAS.....225

ANEXOS.....265

ARTÍCULOS

El sistema penal acusatorio y la aplicación del principio de oportunidad en la legislación ecuatoriana y en el derecho comparado

The accusatory criminal system and the application of the principle of opportunity in Ecuadorian legislation and comparative law

Ab. Stalin Omar Capa Vera¹

Investigador jurídico independiente

Información del Artículo

Original - Ruptura, 2019

Artículo recibido/ Received: 16 de octubre, 2019

Artículo aceptado/Accepted: 05 de noviembre, 2019

Citación

Capa, S. (2019). *El sistema penal acusatorio y la aplicación del principio de oportunidad en la legislación ecuatoriana y en el derecho comparado*. Revista Ruptura de la Asociación Escuela de Derecho PUCE. Edición 2019, p (21-42).

DOI:

RESUMEN: La investigación se cenfoca en el “principio de oportunidad”, el cual forma parte de nuestra legislación en más de un cuerpo legal, y además ha sido objeto de estudio de varios doctrinarios en Latinoamérica. Empezaremos nuestro estudio desde el génesis de esta institución, la cual guarda relación con los sistemas penales acusatorio, inquisitivo y mixto, además de un análisis sobre la aplicación de este principio en el derecho comparado en diferentes legislaciones, y como mecanismo para reducir la congestión judicial en la Fiscalía General del Estado.

1 Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Abogado en Oviedo y Asociados. Quito – Ecuador. stalin_omar_31@hotmail.es

PALABRAS CLAVE: Víctimas, discrecionalidad, principio de legalidad, principio de oportunidad, acción penal, Fiscalía, sistema acusatorio, sistema inquisitivo.

ABSTRACT: *This research focuses on the “principle of opportunity”, which is part of our legislation in more than one body of law, and has also been the subject of several doctrinaires in Latin America, we will begin our study from the genesis of this institution, which is related to the accusatory, inquisitive and mixed criminal systems, in addition to an analysis of the application of this principle in law compared to different legislations, and as a mechanism to reduce judicial congestion in the State Attorney General’s Office.*

KEY WORDS: *Victims, discretionality, principle of legality, principle of opportunity, criminal action, prosecution, accusatory system, inquisitive system.*

INTRODUCCIÓN

La importancia de estudiar el principio de oportunidad en la legislación ecuatoriana, y su aplicación en el sistema penal de nuestro país, radica en su utilización como mecanismo para reducir la congestión procesal existente en las diferentes unidades de la Fiscalía General del Estado, problemática que aqueja a nuestra sociedad, y que deriva en la ineficacia de un sistema, en el cual, pese a existir principios constitucionales como la celeridad y la economía procesal, dichas garantías resultan ineficaces al existir una carga procesal desmesurada a los operadores de justicia, quienes no cuentan con los mecanismos y personal suficientes para solventar la cantidad de procesos que caen bajo su responsabilidad.

El archivo de una investigación por aplicación del principio de oportunidad, le brinda al Fiscal, que es el único titular de la acción penal, la facultad de decidir qué casos deben ser investigados, y cuáles no cuentan con elementos suficientes para formular cargos, y le permite de esta forma archivar los procesos que, bajo su discreción, no tienen bases suficientes para armar un caso.

1. SISTEMAS PENALES ACUSATORIO E INQUISITIVO

A lo largo de la historia las agrupaciones sociales se han visto en la necesidad de solucionar conflictos que nacen de la convivencia; para ello han establecido cuáles serán bienes jurídicos protegidos, cuya finalidad es una sociedad pacífica y llevadera entre sus integrantes. Uno de los mecanismos utilizados por las sociedades para garantizar esta protección es el ámbito penal, el cual tiene su sistema procesal, entendido por el autor Zavala Baquerizo como “un cúmulo de principios y normas jurídicas, vinculados entre sí, cuyo propósito consiste en lograr la realización de la justicia” (Zavala 2002, p.320), el cual al responder la realidad de una sociedad, siempre va a variar en relación territorial y temporal.

Esto quiere decir, que los esquemas de administración de justicia se han desarrollado en respuesta a las características propias de las tradiciones jurídicas de cada sociedad, cuyo análisis puede verse desde diferentes perspectivas, por ejemplo, se puede decir que cronológicamente se fueron desarrollando los sistemas inquisitivo, acusatorio y mixto, respectivamente.

Al contrario, si el análisis se hace desde una perspectiva funcional, debemos establecer quiénes son los operadores y la forma en la que estos ejecutan los verbos rectores del sistema penal, que son acusar, defender y juzgar (Fernández 1999, p. 163).

Para empezar el estudio del principio de oportunidad, es necesario aclarar la diferencia entre los sistemas penales acusatorio, inquisitivo y mixto, puesto que el origen de este principio se encuentra relacionado a estos sistemas. Vamos a empezar con el más antiguo, el sistema inquisitivo:

Según el autor colombiano Francisco Cintura, el sistema inquisitivo es “un modelo de procesamiento criminal en el que las labores de investigación y de juzgamiento se confunden en una misma persona” (Cintura 2005, p.98)

De esta definición se puede concluir que en este sistema las funciones de acusar, defender, investigar y juzgar, recaen sobre una misma persona, y esta acumulación de funciones da como resultado que se dificulte la existencia de una imparcialidad por parte del juzgador,

puesto que es Juez y parte, lo cual vulnera principios que deben respaldar al acusado, como es el principio de defensa.

Siguiendo por esta línea de tiempo, nos encontramos con el sistema acusatorio, del cual el autor Fernando Quinceno Álvarez nos dice que: “... este adquiere su importancia en la acusación, ella resulta indispensable para que se inicie el proceso, pues el acusado debe conocer detalladamente los hechos por los cuales se le somete a juicio ...” (Quinceno 2013, p.11)

En este sentido podemos decir que la característica más importante del sistema acusatorio es la necesidad de una acusación previa al inicio de un proceso, ya sea por parte de un órgano oficial, un particular, el ofendido o no, lo cual demuestra que en este sistema al Juez le resulta imposible actuar de oficio.

Quinceno Álvarez menciona que otra de las características del sistema acusatorio es la pasividad del Juez, puesto que, este sistema en su naturaleza no permite que quien ejerza la función acusadora pueda ser al mismo tiempo el juzgador; además menciona otros principios importantes de este sistema que son la oralidad, la publicidad y el contradictorio (Quinceno Fernando, 2013, pp.11-12).

Finalmente nos encontramos con el sistema penal mixto. Al respecto Maldonado Castro nos dice que este es:

“Un esquema procesal que se caracteriza por la combinación de elementos distintivos tanto del sistema acusatorio cuanto del inquisitivo, en la medida en que comprende una fase escrita y secreta, en la que se da prelación al ejercicio de la acusación por sobre la defensa del justiciable, y, otra en la que se lleva a cabo un juicio contradictorio, oral y público; en consecuencia, los sistemas procesales actuales, al ser mixtos, pueden ser marcadamente acusatorios o, bien, inquisitivos” (Maldonado 2008, p.20).

Si bien este sistema toma características tanto del inquisitivo como del acusatorio, al final termina incurriendo en la misma vulneración que el sistema inquisitivo, ya que si bien se da un juicio contradictorio y público, el Juzgador puede asumir un rol activo dentro del proceso mediante interrogatorios a testigos, peritos, etc., o a su vez solicitando prueba de oficio, dejando de lado la imparcialidad.

Una vez que hemos determinado las características principales de los tres sistemas penales existentes, vamos a hacer un análisis sobre la normativa ecuatoriana para determinar cuál es el que se aplica actualmente en el Ecuador.

El autor Andrés Baytelman, nos dice que “las ideas-fuerza o valores que dan sustento al sistema acusatorio no pueden ser otros que los principios de inmediación, oralidad, concentración y continuidad, contradicторiedad, imparcialidad, presunción de inocencia y publicidad” (Baytelman 2000, pag. 140); lo cuales se encuentran contemplados, tanto en la Constitución de la República del Ecuador como en el Código Orgánico Integral Penal, los cuales han optado por seguir estas directrices.

Según lo establece la Constitución de la República en su art. 95, es “la Fiscalía quien dirigirá, de oficio o a petición de parte, la investigación preprocesal y procesal penal”; es en este artículo donde se le entrega a este órgano oficial del Estado, la titularidad de la acción penal de los delitos de acción pública, enmarcándose este proceso dentro de las características del sistema acusatorio (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Una confirmación de que la legislación ecuatoriana utiliza el sistema acusatorio es el Código Orgánico Integral Penal, el cual en su artículo 5, detalla cómo el sistema penal se debe regir de conformidad con los principios establecidos por el autor Baytelman, los cuales son característicos del sistema acusatorio. A continuación vamos a detallar lo que el mencionado código nos dice sobre cada uno de ellos:

Oralidad: el proceso se desarrollará mediante el sistema oral y las decisiones se tomarán en audiencia; se utilizarán los medios técnicos disponibles para dejar constancia y registrar las actuaciones procesales; y, los sujetos procesales recurrirán a medios escritos en los casos previstos en este Código (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

Publicidad: todo proceso penal es público salvo los casos de excepción previstos en este Código.(Código Orgánico Integral Penal, 2014).

Contradicción: los sujetos procesales deben presentar, en forma verbal las razones o argumentos de los que se crean asistidos; replicar los argumentos de las otras partes procesales; presentar

pruebas; y, contradecir las que se presenten en su contra (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

Imparcialidad: la o el juzgador, en todos los procesos a su cargo, se orientará por el imperativo de administrar justicia de conformidad con la Constitución de la República, los instrumentos internacionales de Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos 30 derechos humanos y este Código, respetando la igualdad ante la Ley (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

Inmediación: la o el juzgador celebrará las audiencias en conjunto con los sujetos procesales y deberá estar presente con las partes para la evacuación de los medios de prueba y demás actos procesales que estructuran de manera fundamental el proceso penal (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

Concentración: la o el juzgador concentrará y realizará la mayor cantidad de actos procesales en una sola audiencia; cada tema en discusión se resolverá de manera exclusiva con la información producida en la audiencia destinada para el efecto (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

Inocencia: toda persona mantiene su estatus jurídico de inocencia y debe ser tratada como tal, mientras no se ejecutorie una sentencia que determine lo contrario (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

Al verificar que estos principios son aplicados en la legislación ecuatoriana, podemos concluir que el sistema que se aplica en nuestro país es el sistema acusatorio, puesto que cumple con las características propias del mismo.

Primero, es un tercero diferente al juzgador el encargado de acusar, que en este caso es la Fiscalía General del Estado, y segundo, respeta los principios de oralidad, publicidad, contradicción, inocencia, inmediatez, concentración e imparcialidad, los cuales fueron enunciados anteriormente.

En nuestro país no se aplica un sistema inquisitivo ya que según lo establece la Constitución de la República del Ecuador de 2008 en su artículo 76, numeral 7, inciso k, “el juzgador debe ser independiente, imparcial y competente”, lo cual es contrario a las características del sistema inquisitivo, en el cual el juzgador también es parte del proceso.

2. RESEÑA HISTÓRICA DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

Es necesario analizar el origen del principio de oportunidad, para de esta forma comprender la forma y motivos por los cuales fue incorporado a nuestra legislación, y descubrir cómo este ha sido una herramienta utilizada por el sistema penal ecuatoriano durante los últimos años.

Para empezar, hay que remontarse a la Europa continental a partir del siglo XIII, en la cual se caracterizaba por ser arbitrario, secreto, pues no se requería la reacción del ofendido, se realizaba de oficio y se utilizaba la tortura como mecanismo de investigación, sistema que entra en crisis con el surgimiento del “iluminismo francés” con el cual se promulga la publicidad, se termina con la tortura, se instaura el derecho a la defensa y el juzgamiento pasa a realizarse por un jurado (Yépez, 2010, p.37).

En septiembre de 1791 se promulga una ley en Francia que regulaba la existencia de un jurado de acusación, el cual decidía la admisibilidad de una acusación o la clausura de la persecución penal, funciones que fueron otorgadas a un Juez de Instrucción en el Código Francés de 1808, con lo cual se volvió a un sistema inquisitivo con persecución de oficio, iniciándose así una etapa mixta, sistema que es adoptado por la Europa continental dividiendo las funciones de los sujetos procesales, dejando la persecución en manos del Ministerio Público (Yépez, 2010, p.38).

El origen del principio está en el derecho anglosajón, sistema que se traslada a Estados Unidos, en donde la ofensa causada por el delito solamente interesaba a la víctima, por lo que la persecución era privada, pero luego ante el incremento de la delincuencia, se llegó a la persecución penal pública que estaría a manos del Fiscal. En Estados Unidos, el Fiscal decide discrecionalmente los casos que son llevados a juicio, independientemente de la actividad probatoria.” (Yépez, 2010, p.38).

El análisis de la autora, demuestra que el sistema anglosajón que adopta el principio de oportunidad es el mismo que se encuentra incorporado en la legislación ecuatoriana, en el cual es el Fiscal el único titular de la acción penal, y quien goza de la discrecionalidad de decidir qué investigaciones se llevarán a cabo y cuáles no lo harán.

La autora María Victoria Rodríguez Peña, nos relata que en lo referente a Alemania, con la llegada del nacional socialismo al poder, se amplió el margen del principio de oportunidad (Rodríguez 2004, p.37).

El autor Óscar Julián Guerrero Peralta, nos dice que “el principio de oportunidad no nació en la vida jurídica del procesalismo penal europeo como una excepción del principio de legalidad, ni como una flexibilidad del mismo, sino como un componente del principio de legalidad.” (Guerrero 1998, p.109). El mismo autor sostiene que la discrecionalidad reglada tiene su origen en Alemania, permitiendo dar por terminado un proceso si existe un consenso entre el acusador y el acusado.

En el caso de nuestro país, no existen antecedentes constitucionales o legales sobre el principio de oportunidad. Si bien se han dado procesos procesales penales como la desestimación de la denuncia, el archivo provisional o definitivo de un dictamen fiscal no acusatorio, el procedimiento abreviado y la conversión de acción penal a pública, estos no cumplen con las características del principio de oportunidad, entre los cuales están la presencia de elementos constitutivos de un delito y la presunción de responsabilidad.

En Ecuador, el principio de oportunidad tiene casi una década, puesto que es la Constitución de la República en sus artículos 195 y 198 la que introdujo por primera vez el principio de oportunidad dentro del sistema penal ecuatoriano, que sería posteriormente agregado al Código de Procedimiento Penal mediante un artículo agregado por Ley No. 0, publicada en Registro Oficial Suplemento 555 de 24 de Marzo del 2009, y finalmente el mismo es adoptado por el Código Orgánico Integral Penal, publicado en el año 2014, el cual desarrolla el principio de oportunidad y la forma en la que este debe ser aplicado en su artículo 412 y siguientes.

3. DEFINICIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

Para definir el concepto de principio de oportunidad, existen varios criterios para comprenderlo. Así pues, aparte de la facultad discrecional del Fiscal respecto del ejercicio de la acción penal, se tiene también como una forma de abreviación del proceso, aunque siempre tendría como eje transversal a la disposición de la acción penal, que implica la excepción al principio de obligatoriedad que rige por el órgano encargado de la acusación, el Fiscal (Yépez 2010, p. 30).

Por su parte, Balcigalupo sostiene que por principio de oportunidad no debe entenderse tan solo la renuncia a la acción penal del Fiscal, si se presentan determinadas condiciones, sino más bien, todo tratamiento penal diferenciado del conflicto social representado por el hecho delictivo (Armenta Deu 2008, p. 228).

A continuación vamos a dar los diferentes conceptos de principio de oportunidad dados por varios autores, los cuales fueron citados por la autora Mariana Yépez Andrade, en su libro *Principio de Oportunidad en el Ecuador*, y estos son los siguientes:

Julio Maier nos dice que es “La posibilidad de que los órganos públicos, a quienes se les encomienda la persecución penal, prescindan de ella, en presencia de la noticia de un hecho punible o, inclusive, de la prueba más o menos completa de su perpetración, formal o informalmente, temporal o indefinidamente, condicional o incondicionalmente, por motivos de utilidad o razones político criminales” (Yépez , 2010, p. 31).

Von Hippel define el principio de oportunidad como “aquel en atención el cual el Fiscal debe ejercer la acción penal, con arreglo a su discrecional criterio, en uno de los determinados supuestos regulados legalmente” (Yépez , 2010, p. 31).

Klaus Roxin define el principio de oportunidad como “Es la contraposición teórica al principio de legalidad, mediante el cual se autoriza al Fiscal a optar entre llevar la acción o abstenerse de hacerlo archivando el proceso, cuando las investigaciones llevadas a cabo conduzcan a la conclusión de que el acusado, con gran posibilidad, ha cometido un delito” (Yépez , 2010, p. 31).

Gimeno Sendra define al principio de oportunidad como “La facultad que el titular de la acción penal asiste, para disponer, bajo determinadas condiciones, de su ejercicio con independencia de que se haya acreditado la existencia de un hecho punible” (Yépez, 2010, p. 31).

El autor colombiano José Fernando Mestre Ordoñez define el principio de oportunidad como “la discrecionalidad política para acusar o perseguir el delito”, y dice que “El Fiscal General de la Nación debe tener un grado de discrecionalidad para formular su pretensión ante la jurisdicción e incluso para adelantar la investigación o no” (Ordoñez, 2001, p. 92).

Es necesario determinar el alcance del principio de oportunidad en la legislación ecuatoriana, pero este tiene varios factores a considerar. Para Mariana Yépez Andrade, estos factores son el tipo de delitos, el impacto social, el daño causado, el interés de las víctimas y el momento procesal en el que se puede aplicar el principio de oportunidad. (Yépez 2010, p. 34).

Después de analizar las definiciones dadas por los diferentes autores, podemos concluir que los elementos que han sido comunes en todas las definiciones son que el principio de oportunidad es una facultad otorgada por la ley al titular de la acción penal para que éste haciendo uso de su discrecionalidad, se abstenga de iniciar una investigación sobre el cometimiento de un delito, o a su vez desista de una ya iniciada.

En el caso de la legislación ecuatoriana, el Código Orgánico Integral Penal describe lo que este principio implica, y en su artículo 412 nos dice lo siguiente “La o el Fiscal podrá abstenerse de iniciar la investigación penal o desistir de la ya iniciada” (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

La ley *Ibidem* también especifica los casos en los cuales se podrá aplicar este principio, los cuales serán analizados detalladamente en el siguiente capítulo, pero hemos evidenciado que el principio de oportunidad en el sistema penal ecuatoriano se encuentra dentro del marco de las definiciones planteadas por los autores que se han estudiado en la presente investigación.

4. PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN EL DERECHO COMPARADO

El estudio del derecho comparado tiene como finalidad el analizar los diferentes sistemas jurídicos de los países, pues cada uno de estos tiene situaciones sociales propias que pueden generar conflictos, para los cuales es preciso buscar soluciones o alternativas que no siempre son las mismas en cada Estado.

La importancia del estudio del derecho comparado radica en que permite conocer la estructura de las diferentes instituciones jurídicas de cada país, y así definir cuáles son los principios comunes a todos los ordenamientos jurídicos, facilitando de esta forma un análisis de lo positivo y negativo de cada uno de estos y permitiendo encontrar la solución más beneficiosa a un problema social.

Los criterios de oportunidad tienen contenidos diversos en las diferentes legislaciones del mundo, para lo cual se incluyen las experiencias internacionales con un ordenamiento jurídico. Para su análisis partiremos desde los que tienen mayor tradición en la aplicación del principio de oportunidad, como es el caso de los Estados Unidos, posteriormente analizaremos la situación de los países europeos, y finalmente haremos un análisis sobre la realidad de Latinoamérica, tomando casos puntuales de países específicos cuya aplicación tiene grandes semejanzas con la aplicación usada en el Ecuador.

5. ESTADOS UNIDOS

Se aplica la discrecionalidad absoluta de los Fiscales, que consiste en la negociación con las personas sobre quienes recaen los cargos, la cual incluye la pena que van a solicitar a los Jueces, por lo que no solamente es sobre el inicio de la investigación, sino también durante la persecución. La confesión del imputado es suficiente para la condena, con un hecho efectivamente cometido, con el incentivo de la rebaja de la pena, a pesar de que se renuncia a un juicio con jurados (Yepez 2010, p. 49).

Esta aplicación del principio de oportunidad se conoce como discrecionalidad absoluta, y es la facultad amplia y plena que se les concede a los fiscales para decidir, en todos los casos, llevar adelante o suspender la persecución penal (Duce y Riego 2002, p.1 82).

La discrecionalidad absoluta de los fiscales se realiza a través de *Plea Bargainig* o alegaciones preacordadas de culpabilidad, las cuales se han aplicado por más de cincuenta años. En virtud de la discrecionalidad no existen mecanismos que obliguen a los Fiscales a continuar una persecución penal, pero sí hay límites que se evidencian por estas vías:

- a) Control del caso investigado por los Fiscales, a través de la revisión, ya sea por un gran jurado o un juez de la audiencia preliminar, quien va a determinar si existe o no causa probable.
- b) La persecución penal indicativa, que impide que se lleven adelante investigaciones discriminatorias en razón de género, sexo y edad; y la persecución penal vindicativa, que permite suspender la investigación si se demuestra que el fiscal la realiza por motivos de venganza (Yépez 2010, p. 49).

El *Plea Bargainig* se puede dar de manera voluntaria, inducida de modo estructural y negociada, surgiendo este sistema en Estados Unidos a finales del siglo XIX, siendo el mismo el usado en Inglaterra.

6. EUROPA

Entre los países europeos que analizaremos, se encuentra Alemania, en el cual no existe ninguna definición legal del principio de oportunidad como tal por su interrelación con el principio de legalidad, pero se concibe como: “toda excepción al principio de legalidad y a su correlativa obligación de ejercicio de la acción penal” (Bejarano y Castro, 2011, p. 31).

El principio de oportunidad, es aquel en atención al cual el Fiscal debe ejercitar la acción penal con arreglo a su discrecionalidad, en unos determinados supuestos regulados legalmente (Bejarano y Castro, 2011, p. 31).

En lo referente a la legislación penal alemana, el Strafprozeßordnung alemán o Ley de Procedimiento Penal, establece que el principio de legalidad es aquel que rige como base esencial de su ordenamiento criminal. En orden a este principio, se señala que el ministerio fiscal está obligado a investigar todo hecho con suficiente apariencia delictiva, y si de estos hechos existen motivos suficientes, está obligado a ejercitar la acción penal (Strafprozeßordnung, 1975).

Como señala el artículo precedente, el Ministerio Fiscal está obligado a investigar todo hecho con suficiente apariencia delictiva, lo cual deja abierta la posibilidad de excepción a los casos en los cuales no existan suficientes bases que demuestren la necesidad de investigar.

En cuanto a las causales de aplicación del principio de oportunidad en el ordenamiento jurídico alemán, para exponerlas seguiremos la clasificación que hace Teresa Armenta Deu, quien sistematiza estas causales en cuatro y la cual sigue a su vez el orden que estableció para éstas el profesor Roxin en su texto “Shsfverfahrensrecht”, (Bejarano y Castro, 2011, p.39) y estas son las siguientes:

1. Reprochabilidad escasa.
2. Existencia de interés en la persecución.

3. La presencia de un interés contrapuesto al de la persecución de mayor peso que este.

4. Delitos privados.

7. ITALIA

La codificación del sistema penal de Italia no contiene declaratorias expresas, taxativas o regladas, únicamente comprende criterios legales en algunas normas jurídicas, a partir de las cuales se puede inferir que el principio, en su aplicación tradicional, puede ser aplicado (Villanueva s/f, p. 62).

Una de las características del sistema penal italiano es la introducción del carácter dispositivo de las partes en materia probatoria, en el procedimiento y en la pretensión punitiva, y esa potestad dispositiva es la que permite el principio de oportunidad.

En Italia existe el Patteggiamento, llamado acuerdo entre las partes, que posibilita que el Fiscal y el acusado acuerden sobre la forma y la pena, evitando así el juicio oral, por lo que, a pedido del imputado y con el consentimiento del Fiscal, el Juez puede dictar sentencia, sin debate oral con la posibilidad de reducir la pena (Melgarejo 2006, p.35).

8. LATINOAMÉRICA

En los últimos diez años, América Latina ha comenzado a transitar diversos procesos de transformación de sus sistemas de justicia penal. Varios países de la región han puesto manos a la obra y enfrentan al problema judicial como un compromiso digno de elogio, han puesto la mira en el problema penal y han intentado alejarse del modelo inquisitivo (Stippel y Marchisio, 2012, p. 22 y 23).

Ante la crisis del principio de legalidad y a pesar de las justificaciones teóricas, es indispensable provocar un cambio y lograr la implementación de algunas de las manifestaciones del principio de oportunidad y el aumento de las alternativas al juicio oral, pues al analizar los informes nacionales de algunos países de Latinoamérica, pocos casos, con relación al número de sucesos delictivos realmente acaecidos, son los que llegan al sistema de administración de justicia, menos los que

superan las etapas previas al proceso penal *stricto sensu*, y escasísimos los que llegan a la etapa de juicio (Stippel y Marchisio, 2012, p.27).

Como resultado de esto, en los últimos tiempos se observa en Latinoamérica una importante evolución en materia de simplificación del proceso, con reformas a los sistemas de enjuiciamiento, también se advierte que el Ministerio Público resultó favorecido y así lo demuestra la ubicación institucional que le otorgaron la mayoría de los países del Cono Sur, como órgano independiente del poder político, devolviéndole su rol de órgano requirente autónomo e independiente, frente a un Juez, que también fue reubicado y recuperó su posición de “decisor del conflicto penal” presentado por las partes (Stippel y Marchisio, 2012, p. 27).

Al encontrarse nuestro país en Latinoamérica, y ser estos países culturalmente parecidos, vamos a hacer un análisis sobre el principio de oportunidad en países vecinos de Ecuador, para encontrar semejanzas y diferencias con la aplicación establecida en nuestro sistema.

8.1. Colombia

Es la facultad constitucional la que le permite a la Fiscalía General de la Nación, no obstante que existe fundamento para adelantar la persecución penal, suspenderla, interrumpirla o renunciar a ella, por razones de política criminal, según las causales taxativamente definidas en la Ley, con sujeción a la reglamentación 30 expedida por el Fiscal General de la Nación y sometido a control de legalidad ante el Juez de Garantías (Bejarano y Castro, 2011, p.30).

En lo referente a la legislación penal colombiana, la Constitución Política de Colombia en su artículo 250, establece que el principio de oportunidad quedó consagrado como sigue: La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido

al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías. Se exceptúan los delitos cometidos por Miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio (Constitución Política de Colombia, 1991).

8.2. Argentina

Es la posibilidad o atribución que tienen los órganos encargados de la promoción de la persecución penal, fundada en diversas razones de política criminal y procesal de no iniciar la acción, o de suspender provisionalmente la ya iniciada, o de limitar su extensión objetiva y subjetiva o de hacerla cesar definitivamente antes de la sentencia, aun cuando concurren las condiciones ordinarias para perseguir y castigar (Caffarella, 1996).

En lo referente a la legislación penal argentina, el Código Penal de la Nación Argentina en su artículo 71 establece:

“Sin perjuicio de las reglas de disponibilidad de la acción penal previstas en la legislación procesal, deberán iniciarse de oficio todas las acciones penales, con excepción de las siguientes:

- 1) Las que dependieren de instancia privada;
- 2) Las acciones privadas” (Código Penal de la Nación Argentina, 1922).

8.3. Perú

Es la facultad que tiene el Ministerio Público, como titular de la acción penal pública, para (bajo determinadas condiciones establecidas expresamente por ley) abstenerse de su ejercicio, o en su caso, para solicitar ante el órgano jurisdiccional el sobreseimiento de la causa bajo los mismos supuestos. Debiendo para ello existir elementos probatorios de la comisión del delito y de la vinculación con el imputado, quien debe prestar su consentimiento para la aplicación del citado principio (Salas, 2007). En lo referente a la legislación penal peruana, el Código Procesal Penal peruano (Decreto Legislativo No 638) en su artículo 2 señala que:

“El Ministerio Público, con consentimiento expreso del imputado, podrá abstenerse de ejercitar la acción penal en cualquiera de los siguientes casos:

1. Cuando el agente haya sido afectado gravemente por las consecuencias de su delito y la pena resulte inapropiada.
2. Cuando se tratare de delitos que por su insignificancia o su poca frecuencia no afecten gravemente el interés público, salvo cuando la pena mínima supere los dos años de pena privativa de libertad o se hubiere cometido por un funcionario público en el ejercicio de su cargo.
3. Cuando la culpabilidad del agente en la comisión del delito, o en su contribución a la perpetración del mismo sean mínimos, salvo que se tratare de un hecho delictuoso cometido por un funcionario público en el ejercicio de su cargo.

En los supuestos previstos en los incisos 2) y 3) será necesario que el agente hubiere reparado el daño ocasionado o exista un acuerdo con la víctima respecto a la reparación civil (Código de Procedimiento Penal Peruano, 1939).

Una vez analizado el principio de oportunidad desde ordenamientos jurídicos diferentes al ecuatoriano, podemos concluir que a pesar de existir ciertas diferencias entre las acepciones de estos o su aplicación, este consiste en la facultad que tiene el Ministerio Público, que en la mayoría de los casos es la Fiscalía General del Estado o Nación, de renunciar, interrumpir o suspender la persecución penal de un delito cometido. En casi todos los casos esta facultad se encuentra reglada o sometida a control, pero dejando abierta la discrecionalidad del titular de la acción penal.

9. RELACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD CON EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Uno de los principios más importantes del derecho penal es el principio de legalidad, cuya esencia es: *nullum crimen nulla poena sine previa lege* (no hay delito ni pena sin ley previa).

En ese contexto el principio de legalidad indica un apego estricto a lo que establecen las leyes de nuestro ordenamiento jurídico, lo cual conlleva a vivir un Estado de Derecho, y garantiza un cumplimiento objetivo de los preceptos legales. De acuerdo con el Dr. Darío Bazzani (2006, p. 212), hay tres principales concepciones del principio de oportunidad frente al principio de legalidad:

- a) Estos son opuestos.
- b) Este es una excepción al principio de legalidad.
- c) Este es complementario al principio de legalidad.

Todos estos criterios se sustentan en teorías discutibles desde varios puntos de vista, pero lo cierto es que el principio de oportunidad no puede ser tratado sin tomar en cuenta el principio de legalidad (Yépez 2010, p. 26).

El primer criterio, en el cual estos dos principios son opuestos, es el propuesto por quienes consideran que el ejercicio de la acción penal es indispensable y obligatorio, siendo la oportunidad contraria a este. Es importante indicar que es necesaria la existencia de una ley que de paso a la existencia del principio de oportunidad, es decir están actuando conforme a la ley y tienen sustento incluso en la Constitución, por lo tanto no se opone al principio de legalidad, sino al de obligatoriedad.

Al respecto, el autor Pedro Miguel Angulo Arana explica que el principio de oportunidad se opone al principio de obligatoriedad de la acción penal y no al principio de legalidad, pues los criterios de oportunidad pueden ser aplicados por los fiscales de modo discrecional y son tan legales como cualquier otra institución procesal vigente (Angulo 2004, p. 28).

Se puede decir entonces que el principio de oportunidad es una excepción al principio de obligatoriedad, siendo este el segundo criterio, puesto que no excluye la posibilidad de aplicarlo, pero la ley establece ciertos casos y circunstancias en las cuales puede ser aplicado, es decir, debe estar dentro del marco de la legalidad, por lo tanto no lo contradice, más bien es una excepción del mismo en la cual el encargado de la acusación, es la Fiscalía General del Estado.

La Fiscalía tiene la facultad discrecional sobre la misma, bajo ciertos parámetros establecidos por la ley, siendo este el tercer criterio, en el cual el principio de oportunidad es complementario al principio de legalidad, pues se trata de una “oportunidad reglada”, reglada por el derecho positivo, y sustentado en el mismo, con lo cual podemos concluir que este será aplicado de forma complementaria al principio de legalidad en los casos previamente establecidos por la ley. La contradicción entre estos principios la manifiesta Naucke, al sostener que:

“La acentuación del principio de legalidad y el rechazo del principio de oportunidad se basa en dos argumentos. El primero y más importante es la exigencia de igualdad ante la ley. Si todos los ciudadanos son iguales ante la ley, luego deben ser tratados procesalmente por igual todas las personas que, por ejemplo, son sospechosas de un hurto, es decir, deber ser acusadas todas ellas, si eso es posible. El segundo fundamento del principio de legalidad, de importancia difícil de estimar, proviene de la teoría de la pena. Una fundamentación teórica para la pena estatal proviene de la idea de prevención, profilaxis e intimidación. Esta prevención así expresa la hipótesis fáctica, solo puede ser esperada por una justicia penal que evite continuamente decisiones arbitrarias y vacilaciones extremas. El principio de legalidad debe garantizar esta continuidad” (Naucke, 2006, p.214).

Si bien Naucke considera que el principio de oportunidad se va en contra de todo lo relacionado al principio de legalidad, este estudio demuestra completamente lo contrario, ya que el principio de oportunidad aparte de estar positivizado dentro de nuestro marco jurídico, aparece como una alternativa a un sistema penal que necesitaba descongestionarse dejando de lado casos que entorpecían el aparato judicial, dando una clara muestra de prevalencia en la actualidad de soluciones alternativas.

De esta forma evidenciamos que el principio de oportunidad debe ir de la mano con el principio de legalidad ya que para su aplicación es necesario cumplir con la ley.

10. IMPORTANCIA DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

Los sistemas judiciales tienen varias problemáticas, entre estas está la congestión y saturación procesal que existe debido a la gran cantidad

de denuncias que se presentan, el legislador ha buscado una forma de contrarrestar esta problemática y para ello ha establecido ciertos mecanismos que se encuentran vigentes en nuestra legislación. La Constitución de la República, en su artículo 195, manifiesta lo siguiente

“La Fiscalía ... durante el proceso ejercerá la acción pública con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal..., lo que busca el legislador con la aplicación de este principio es tratar de evitar los problemas anteriormente mencionados; para lograr este objetivo, estos principios se deben aplicar, conjuntamente con el principio de mínima intervención penal establecido en el artículo 3 del Código Orgánico Integral Penal, el cual establece lo siguiente: “La intervención penal está legitimada siempre y cuando sea estrictamente necesaria para la protección de las personas. Constituye el último recurso, cuando no son suficientes los mecanismos extrapenales.”

Lo que se busca es tratar de solucionar de manera rápida conflictos que son denunciados de manera frecuente, los cuales en su mayoría no cumplen con los requisitos establecidos en la legislación para la existencia de la vulneración del bien jurídico protegido.

El principio de oportunidad le brinda a la Fiscalía la facultad discrecional de decidir si van a iniciar o no un proceso penal de acción pública, y es aquí donde radica la importancia del principio de oportunidad puesto que mediante la aplicación de un sistema simplificador busca conseguir una mejor administración de justicia que de como resultado un sistema procesal penal público menos saturado.

Por lo tanto, el principio de oportunidad tendría como objetivos básicos:

- Descongestionar los atascados juzgados y tribunales, de manera tal que les permita intervenir en los hechos más lesivos y esenciales para la comunidad y los ciudadanos.
- Discriminalizar, cuando haya otros mecanismos de reacción social más eficaces o parezca innecesario el proceso y la pena; y,
- Buscar la eficiencia del sistema frente a hechos más relevantes y de mayor gravedad social.

Mencionados los objetivos básicos, y como hemos analizado en las definiciones del principio de oportunidad anteriormente, concluimos que una de las características principales de este es la discrecionalidad de la que puede hacer uso el Fiscal al ejercer la acción penal para abstenerse de continuar con la persecución penal, pese a haber suficientes elementos que determinen una posible existencia del delito, de tal manera que el fiscal debe actuar con discrecionalidad, especialmente al analizar los casos que afectan al interés público.

Usando la discrecionalidad como característica fundamental, el Fiscal de acuerdo al principio de oportunidad busca:

- Reducir la carga de trabajo en el ámbito penal
- Velar ante la posibilidad de aplicar sanciones alternativas
- Satisfacer los intereses de la víctima;

Al indicar que el principio de oportunidad busca que el país cuente con un sistema judicial descongestionado, podemos esperar también que con su aplicación se logrará también la descongestión carcelaria que se vive en los centros penitenciarios, evitando que quienes cometan delitos que no tengan alarma social ingresen a los diferentes y saturados centros de rehabilitación de nuestro país, siendo esta una más de las razones por la que el legislador ha ponderado este malestar social, estableciendo que se deben aplicar los principios de mínima intervención penal y aplicar el principio de oportunidad en los casos permitidos por la misma ley.

11. CONCLUSIONES

En conclusión, no cabe duda de que la importancia del principio de oportunidad se encuentra en la necesidad de simplificar, de acelerar y de hacer eficiente la administración de justicia en el país, esto se logra aplicando sistemas alternativos de soluciones de conflictos, dentro de los cuales se encuentra la aplicación del principio de oportunidad.

12. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Angulo Arana, Pedro Miguel (2004) El principio de Oportunidad en Perú, Editorial Palastra, 1a Edición, Lima.
- Armenta Deu, Teresa (2008) Estudios sobre el Proceso Penal, Rubinzal- Culzoni Editores, Buenos Aires.
- Baytelman, Andrés, (2000) “El juicio oral”, en El Nuevo Proceso Penal, Cuadernos de trabajo, número 2, Universidad Diego Portales, Santiago de Chile.
- Bazzani, Dario (2006) El Principio de Oportunidad y la terminación Anticipada del Proceso en el nuevo Sistema procesal penal, Consejo de la Judicatura Sala Administrativa, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 1a edición, Bogotá.
- Bejarano, Farid Antonio y Castro, Johana (2011) El Principio de Oportunidad en el Derecho Comparado. Disertación doctoral no publicada, Universidad de Medellín.
- Caffarella Nores, Jose I. (1996) El principio de oportunidad en el derecho argentino, teoría. Realidad y perspectiva en Nueva doctrina Penal. Editorial Del puerto FRL. Buenos Aires.
- Código Penal de la Nación Argentina (1922)
- Código Orgánico Integral Penal (2014) Registro Oficial N°180.
- Código Procesal Penal Peruano (1939)
- Código Procesal Penal Alemán “Strafprozeßordnung,”(1975)
- Constitución de la República del Ecuador (2008) Registro Oficial N°449.
- Constitución Política de Colombia (1991)
- Duce Mauricio y Riego, Cristian (2002) Introducción al nuevo Sistema Procesal penal, Universidad Diego Portales, Escuela de Derecho, 1a edición. Santiago de Chile.

- Fernandez, Fernando M., (1999) “Acusar, Defender y Juzgar, Verbos Rectores del Proceso Penal”, en: Reformas a la Justicia Penal en las Américas, Fundación para el debido proceso penal (The Due Process of Law Foundation), Washington, D.C.
- Guerrero Peralta, Oscar Julian (1998) Procedimiento Acusatorio y Terminación Anticipada del proceso penal, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, Bogotá.
- Maldonado Castro Marco Antonio, (2006) Los correctivos jurídicos y fácticos de la etapa del juicio en el contexto del actual sistema procesal penal ecuatoriano, Disertación para maestría en derecho penal, Universidad Andina Simón Bolívar.
- Melgarejo Barreto, Pepe (2006) El Principio de Oportunidad en el nuevo Código Procesal Penal, Jurista editores, 1a edición, Lima.
- Naucke, Wolfgang. (2006). Derecho Penal Una introducción. Editorial Astrea, Buenos Aires.
- Quinceno Alvarez, Fernando (2009) Sistema acusatorio y Juicio oral, Editora jurídica de Colombia, Medellín.
- Salas Beteta, Christian (2007) Principio de oportunidad: conciliación en el ámbito penal. Revista internautita jurídica. N0 19 enero-junio 2007.
- Vasquez Rivera Juan Carlos, Carlos Alberto Mojica Araque (2010) Principio de oportunidad. Universidad de Medellín. Primera edición, Medellín.
- Yépez, Mariana. (2010). Principio de Oportunidad en Ecuador. Editorial Abya-Yala, Quito.
- Zavala Baquerizo, Jorge, (2001) El debido proceso penal, Guayaquil, Editorial Edino.

Internet y derechos de la mujer: una aproximación al factor género en las tecnologías de información y comunicación como variable jurisprudencial constitucional e interamericana

Internet and women's rights: an approximation of the gender factor in information and communication technologies as a constitutional and inter-American jurisprudential variable

Dr. Efrén Guerrero Salgado, PhD¹
Docente principal PUCE

Información del Artículo

Original - Ruptura, 2019

Artículo recibido/ Received: 29 de julio, 2019

Artículo aceptado/Accepted: 06 de noviembre, 2019

Citación

Guerrero, E. (2019). *Internet y derechos de la mujer: una aproximación al factor género en las tecnologías de información y comunicación como variable jurisprudencial constitucional e interamericana*. Revista Ruptura de la Asociación Escuela de Derecho PUCE. Edición 2019, p (43-78).

DOI:

1 Licenciado en Ciencias Jurídicas y Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Máster en Protección de Derechos Humanos por la Universidad de Alcalá. Máster Oficial en Gobierno y Administración Pública por el Instituto Ortega y Gasset, Madrid. Doctor en Gobierno y Administración Pública por la Universidad Complutense de Madrid). Profesor titular en la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Ex decano de la Facultad de Jurisprudencia de la PUCE. eeguerrero@puce.edu.ec

RESUMEN: Las plataformas digitales construidas en torno a la filosofía de la red 2.0² han servido como una caja de resonancia de discursos subalternos que no estaban previstos en los esquemas tradicionales de comunicación política e institucional. Este artículo pretende demostrar que es necesario iniciar una reflexión sobre el factor de género en episodios de acoso y maltrato en internet hacia las mujeres en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Al respecto, se hará un análisis jurídico sobre situaciones relacionadas al ejercicio de los derechos de las mujeres y su comportamiento dentro de las redes sociales. Se demostrará que, a pesar de que internet es un escenario relativamente nuevo, la capacidad adaptativa de la interpretación constitucional obligará a los jueces a actuar y defender los derechos de las ciudadanas en ese nuevo espacio.

PALABRAS CLAVE: Estudios de Género, Tecnología, Web 2.0, Ecuador, Derechos Humanos.

ABSTRACT: *Social media built around the philosophy of Web 2.0 have served as a sounding board for subaltern discourses which were not covered by the traditional schemes of political and institutional communication. This article aims to demonstrate the need to start reflecting on the gender factor in episodes of harassment and abuse on the Internet to women in the Ecuadorian legal system. In this regard, there will be a legal analysis of situations related to the exercise of the rights of women and their behavior within social networks. It will be shown that, even though the Internet is a relatively new scenario, the adaptive capacity of constitutional and international law interpretation will force judges to act and defend the rights of citizens in this new space.*

KEY WORDS: *Gender Studies, Technology, Web 2.0, Ecuador, Human Rights.*

2 Para efectos de este artículo, se hará la diferencia entre web 1.0, basada en la “publicación y extensión” de información, mientras que la web 2.0 se basa en la “creación y participación” en la creación de información. Cfr. O’Reilly, Tom, “What is Web 2.0” en Donelan, Helen (ed.), *Online Communication and Collaboration: A Reader* (New York: Routledge, 2010), 225-229.

INTRODUCCIÓN

La Constitución de 2008 plantea un giro biocéntrico y no estado-céntrico, y por tal puede calificarse como el proyecto social más potente en el último periodo democrático en el Ecuador³. Trasladó un estándar moderno y extendido respecto a las relaciones entre hombres y mujeres, centrado en tres elementos: un potente mecanismo legal de igualdad formal entre los miembros de su sociedad, una valoración jurídica de diferencias en forma de políticas públicas adaptadas a la variable de género y sofisticados mecanismos de garantía y *enforcement* de los derechos a favor de las ciudadanas. Por primera vez se daba una posibilidad legal, legitimada gracias a una fuerte expectativa social, de contar con un sistema jurídico acorde a las necesidades del país moderno que traslade las declaraciones jurídicas a medios de democracia material⁴ y que las interacciones sociales se conviertan en espacios libres de violencia y exclusión que expandan el concepto de nación a favor de actores históricamente excluidos⁵.

Frente a esta herramienta, la realidad tecnológica generó una terra incógnita “materializada” en los entornos digitales centrados en una Red Universal Digital⁶. La audaz reforma del Estado ecuatoriano desde el año 2007 ha tenido como protagonista⁷, y dentro de ella un escenario

3 Cfr. Gudynas, Eduardo. “La ecología política del giro biocéntrico en la nueva Constitución de Ecuador”, *Revista de estudios sociales*. No. 32 (2009): 34.

4 Entendida como democracia en que los valores de libertad y justicia se ven efectivamente cumplidos. Cfr. Valadés, Diego. *Constitución y Política* (México D.F.: UNAM, 1994), 24.

5 Ávila, Ramiro. *El neoconstitucionalismo transformador*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Fundación Rosa Luxemburgo, 2011, 194.

6 Es importante hacer esta diferencia, ya que la internet (la red conectada desde servidores localizables y públicos), es parte de una Red Universal Digital, que incluye las redes públicas y privadas, las transmisiones encriptadas, y toda la información que se transmite en redes no conocidas por el Estado. Véase. Vacas, Fernando Sáez, *Más allá de internet: la red universal digital: X-economía y nuevo entorno tecnosocial*. (Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces SA, 2009), 164.

7 El Plan Nacional del Buen Vivir plantea como eje de la acción estatal la “Revolución del Conocimiento, que propone la innovación, la ciencia y la tecnología, como fundamentos para el cambio de la matriz productiva, concebida como una forma distinta de producir y consumir. Esta transición llevará al país de una fase de dependencia de los recursos limitados (finitos) a una de recursos ilimitados (infinitos), como son la ciencia, la tecnología y el conocimiento”. Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo. Plan Nacional del Buen Vivir 2013-2017. Quito: SENPLADES, 2013, 19.

de choque principal: no hay tema de la actividad estatal que no haya sido discutido en internet y que haya tenido como consecuencia enfrentamientos entre autoridades de regulación y los ciudadanos, sobre bienes jurídicos como la honra, dignidad y la imagen personal⁸. Dentro de este espacio, denostar y estigmatizar a las mujeres no ha sido un argumento nuevo. El ejemplo más grave de este espacio fue el episodio sucedido en un balneario de la costa ecuatoriana: dos turistas fueron encontradas asesinadas⁹ y la respuesta desde el internet despertó lo peor de las redes sociales; y, en consecuencia, desde el núcleo más duro de creencias de los ciudadanos se dijo que las dos jóvenes tuvieron responsabilidad sobre su muerte por el hecho de “viajar solas”. Al contrario, a fines del año 2016 y como consecuencia de casos de femicidios sucedidos en varios países de América, surge la iniciativa #NiUnaMenos. Sin liderazgos, vocerías institucionales o actores políticos, ciudadanos y ciudadanas de todos los países de habla hispana visibilizaron el problema, con una variada respuesta desde el poder político¹⁰.

La visibilidad de los discursos subalternos no es una actividad propia de los movimientos sociales latinoamericanos. A nivel mundial, las redes sociales y los servicios de mensajería, han servido como espacios de libre expresión privada, y que escapan al poder político del Estado¹¹, lo que tiene tres consecuencias. A nivel de la filosofía, se rompe la idea que Bourdieu planteaba de la existencia de “un portavoz”, es

8 Freedom House, *Freedom on the Net 2016* (Washington: Freedom House, 2016): 10, 15.

9 La noticia apareció en medios de comunicación y confirmadas por personeros del régimen en redes sociales. Véase Telemazonas (2016) “Encuentran muertas a las turistas argentinas desaparecidas en Montañita”. Noticia disponible en <http://www.telemazonas.com/2016/02/encuentran-muertas-a-las-turistas-argentinas-desaparecidas-en-montanita/>, con acceso el 05 de mayo de 2016.. Creo que el discurso puede dividirse en dos grupos: a) aquellos que asumen que todos y cada uno de los problemas que hay en un país son causa y consecuencia de las actividades de la Administración Pública y en consecuencia de la actitud de los operadores de Gobierno. Entre ellos, suponían que cualquier acción que una persona natural haga contra otra es culpa de un Estado “que le hace el juego a la delincuencia” y por lo tanto es cómplice de dos muertes lamentables; y b) los que culpan a las víctimas, quienes afirmaron que ser joven, viajar, vivir y conocer el mundo es causa suficiente para que tengas que correr peligros.

10 Rosales, María Belén, “#NiUnaMenos y los debates fundantes en comunicación y género”, *Con X* (Nº 2, 2016).

11 Freedom House, *Freedom on the Net 2016*, op. cit., 6.

lo que “confiere autoridad al discurso autorizado”¹², y que en el feminismo, se ha visto como una intervención directa en la gran agenda pública y en consecuencia en la construcción de los relatos sociales, donde se encontraban invisibilizadas¹³. Finalmente, lo que está sucediendo es un fenómeno comunicacional y político: las mujeres han hecho que sus luchas por civilización, equidad y justicia se hayan vuelto parte de la agenda pública relativa a las tecnologías de la información y comunicación¹⁴, por otro lado, se visibilizan solidaridades y luchas que llevan de ida y vuelta discursos entre el norte y el sur global¹⁵. En suma, en el caso de las mujeres, existe una violencia estructural (entendida de falta de acceso y de políticas públicas por parte del Estado) e interseccional (afectando con varios derechos) e invisibilizada (desvanecida en los imaginarios culturales) que, como se verá más adelante, se visibiliza dentro y fuera de la red.

En este escenario general, la experiencia ecuatoriana tiene que verse a la luz de la inmensa entrada de la tecnología en la vida ciudadana, animada desde el gobierno nacional, y la existencia de la asimetría de poder basada en la perspectiva de género como un imperativo de la política pública¹⁶. Al respecto, la teoría feminista propone una ruptura que tratará de guiar este estudio: el concepto de ciudadanía, a decir de Pateman, tiene un dejo patriarcal, en la forma de un estado protector, que establece premios y castigos a la acción ciudadana y genera desigualdades y estatus¹⁷, y que en el diálogo igualitario no solo se trata de contar con canales libres y sin restricciones, sino desde una reestructuración de las identidades de los sujetos¹⁸. En suma, los actores subalternos encuentran en la tecnología un espacio para discutir los temas públicos e incluirlos en las agendas colectivas, por lo que pueden generar una zona

12 Bourdieu, Pierre , “Lenguaje y poder simbólico” en *¿Qué significa hablar?*, (Madrid: Akal,2001), 71-73.

13 Hale, Sondra. “A Propensity for Self-Subversion and a Taste for Liberation: An Afterword.” *Journal of Middle East Women’s Studies* 10, no. 1 (2014): 152.

14 Cfr. Martin, Fiona, and Gerard Goggin. “Digital Transformations? Gendering the End User in Digital Government Policy.” *Journal of Information Policy* 6 (2016): 436-59.

15 Deb, Basuli. “Cutting across Imperial Feminisms toward Transnational Feminist Solidarities.” *Meridians* 13, no. 2 (2016): 164-88.

16 Senplades, *Plan Nacional del Buen Vivir 2013-2017*. Op. cit., 116, 207.

17 Pateman, Carole. *The sexual contract* (Stanford: Stanford University Press, 1988): 2-18.

18 Mouffe, Chantal, “Feminismo, ciudadanía y política democrática radical.” en *Debate Feminista. Ciudadanía y feminismo. Feminismo y teoría, identidad pública y privada*, (México D.F.:UNIFEM-IFE, 2001), 18-19.

temporalmente autónoma, capaz de deconstruirse en el ciberespacio y fuera del control de actores tradicionales¹⁹. Esta zona para que aporte con su libre expresión a la democracia debe ser protegida, por lo que otro objetivo es mostrar las posibilidades legales existentes al respecto.

En contraposición, Ecuador es un país con una necesidad importante de democratizar el debate, pero al mismo tiempo es un país con amplios sectores que discriminan a los diferentes, especialmente a las mujeres que rompen el paradigma impuesto por un sistema social que aún no tiene claro el papel del género en la vida nacional²⁰. El caso del uso de las redes sociales y su regulación con la variable de género es una muestra de este debate y vale la pena hacer un acercamiento al tema que pueda visibilizar la problemática y proponer ciertas condiciones de evaluación.

El presente artículo busca ilustrar el papel de internet como un escenario donde las relaciones jurídicas deben tratarse con la categoría género como un tema principal, las posibilidades del acoso o maltrato en este escenario y cuáles son sus consecuencias jurídicas. Para lograr este cometido el presente texto se dividirá en cuatro partes. En primer lugar, se explicarán los alcances del uso de herramientas de la web 2.0 como activadores de acción colectiva y como medio de protección de derechos humanos. En segundo lugar, se hará un análisis de la situación del discurso de las mujeres en el espacio digital. Finalmente, se analizará si el sistema jurídico ecuatoriano es un obstáculo para la activación de los discursos colectivos o si, socialmente, la igualdad formal es limitada por una cultura misógina y excluyente que se traslada desde los espacios de 1.0 al 2.0. Se busca demostrar que, a pesar de

19 “El Web no depende para su existencia de la tecnología informática. El boca-a-boca, el correo, la red marginal de fanzines, los «árboles telefónicos» y cosas de ese tipo ya constituyen una Web de información. La clave no es el tipo o el nivel de la tecnología implicada, sino la apertura y horizontalidad de su estructura.” Bey, Hakim. “La zona temporalmente autónoma”, *Devenir*, 1996, (consultado el 02 de mayo de 2016) http://www.demopunk.net/sp/docs/bey_taz_sp.pdf .

20 A este respecto, comparto la posición de Gioconda Herrera en el sentido de que “el estudio de la desigualdad de género en el espacio público demanda de una mirada más diacrónica que indague cómo actúa la desigualdad en varias temporalidades y en múltiples sitios: en lo local, lo regional, lo nacional, lo global; en el mercado, en las instituciones, en la calle y en la casa”. Herrera, Gioconda. “Los estudios de género en el Ecuador: entre el conocimiento y el reconocimiento”, en *Antología de género*, (Quito: Flacso-Ecuador, 2001), 33.

que los beneficios del entorno digital para las mujeres, en particular aquellos que experimentan múltiples desventajas sociales, la exclusión y la marginación, aún no están claros y ni siquiera inevitables²¹, la capacidad de adaptación de la norma, sumada a un uso eficiente de la norma constitucional, podría dar respuestas adecuadas para prevenir brechas en el ejercicio de derechos en el caso ecuatoriano.

1. REDES SOCIALES COMO HERRAMIENTAS DE ACCIÓN COLECTIVA: ACERCAMIENTOS AL FENÓMENO

Esta sección buscará explicar los alcances de internet como elemento de activación de la acción colectiva y sus consecuencias para el género en el derecho. En primer lugar, se debe tener claro que las estructuras empáticas de comunicación entre personas son tan antiguas como el hombre y la mujer. De hecho, son esas relaciones las que generan la cultura y definen al hombre ya que solamente pueden construirse sociedades desde el encuentro con el otro. Al respecto, Aristóteles ya planteaba esa necesidad afirmando que el hombre que afirme la falta de necesidad de relacionarse con el otro solo podría ser un animal que vive sin instintos gregarios, o un Dios²². Es entonces que la especie, como medio de supervivencia y mecanismo de expansión de sus capacidades ha actuado de forma gregaria en gran parte de su historia. En los últimos años este modelo de relación se ha trasladado a que las personas se enfrenten a través de la tecnología a los diferentes modos de vida y “unas formas de vida significativas a través de todo el abanico de actividades humanas, incluyendo la vida social, educativa, religiosa, recreativa y económica, abarcando las esferas pública y privada”²³. Ese hecho se ha remitido, dentro de la esfera pública ecuatoriana, a un debate constante sobre las actividades públicas y privadas dentro de las redes.

Este hecho se traslada a nivel tecnológico como un traslado de la tecnología militar a la tecnología civil. Hasta mediados de los años noventa del siglo XX, la espina dorsal de las comunicaciones mundiales por internet fue Advanced Research Projects Agency Network (Arpanet), una red de alcance militar creada en los años sesenta como

21 Martin, Fiona, and Gerard Goggin. “Digital Transformations? Gendering the End User in Digital Government Policy” op. cit. 437.

22 Aristóteles. *Política* (Madrid: Biblioteca Básica Gredos, 2000), 1253

23 Kymlicka, Will, *Ciudadanía multicultural* (Buenos Aires: Paidós, 1996), 112.

un mecanismo de comunicación de centros de información militar de los Estados Unidos²⁴. A partir de la primera década del año 2000 surge un fenómeno de democratización del acceso a la red gracias a la aplicación de la Ley de Moore a los dispositivos portátiles, con la consecuente reducción del precio de los productos. Esto llevó a una mundialización de los servicios de internet y a la reducción de los costos de los dispositivos de acceso. Actualmente, el 40% de la población mundial utiliza dispositivos con acceso a internet²⁵.

Al respecto, y como todo fenómeno social, internet también tiene elementos que generan cambios en el sistema completo y generan nuevos insumos para una situación social de activación de la sociedad. En el caso de las comunicaciones por internet, fueron los postulados de la web 2.0: la red debía evolucionar de una simple proveedora de contenidos a una herramienta para que los usuarios personalicen su uso, obtengan y generen contenidos, y lo más importante, busquen pares con los cuales compartirla²⁶. La evolución de la herramienta ha generado el espacio con mayor capacidad tecnológica de la historia y el mayor productor y consumidor mundial de datos e información: mundialmente a diario XX de información, centrada principalmente en productos multimedia.

Esta herramienta, aparentemente simple en su construcción, ha demostrado que los alcances de la discusión ciudadana en las redes pueden volverse herramientas para la acción colectiva en la red. Por ejemplo, las protestas en Venezuela, Estados Unidos, Francia y Hong Kong se basaron en convocatorias ciudadanas espontáneas organizadas en las redes sociales²⁷. Este elemento supera cualquier situación anterior y demuestra que las herramientas informáticas son capaces de actuar como mecanismos para el ejercicio de la acción colectiva²⁸.

24 Cfr. Salus, Peter. H., y Cerf, Vinton. *Casting the Net: From ARPANET to Internet and Beyond...* (Reading, Mass: Addison-Wesley Longman Publishing Co.) 15-23.

25 Según el Banco Mundial, se define "usuario de Internet" a personas que han utilizado Internet (desde cualquier lugar) en los últimos 12 meses. Internet puede ser utilizado a través de un ordenador, teléfono móvil, asistente personal digital, máquina de juegos, TV digital, etc. The World Bank Data s.v. "Internet users" <http://data.worldbank.org/indicator/IT.NET.USER.P2>, consultado el 05 de mayo de 2016.

26 Grabner-Kräuter, Sonja. "Web 2.0 Social Networks: The Role of Trust" *Journal of Business Ethics*, no. 90, supl. 4 (2009) 505-506

27 Cfr. Bremmer, Ian. "Democracy in Cyberspace: What Information Technology Can and Cannot Do", en *Foreign Affairs*, vol. 89, núm. 6 (noviembre 2010): 86-92.

28 En contraposición, un sector de la literatura plantea que los lazos que genera la

La pregunta que surge en este punto es si las diferencias nacidas en el mundo 1.0 se extienden en el ciberespacio²⁹. Este elemento es importante, ya que una de las ventajas principales de las herramientas de la web 2.0 es la creación de personalidades propias y diseñadas para el intercambio de información³⁰. Por esta razón, la red es un fuerte protector de la privacidad y el anonimato, es uno de los bienes jurídicos más requeridos por los internautas. La siguiente sección buscará analizar si existe igualdad dentro de la red y si existen elementos diferenciadores de género al menos a nivel teórico dentro de la plataforma digital twitter.

2. DERECHO A LA IGUALDAD EN LAS PLATAFORMAS DIGITALES: ACERCAMIENTO AL FENÓMENO CON LA VARIABLE DE GÉNERO

La positivización de la igualdad jurídica frente a la ley no es una norma dentro de la evolución jurídica del Derecho sino una excepción. A través de la historia las normas han servido como un medio para diferenciarse entre grupos sociales y como una herramienta de control social. La presente sección buscará demostrar que, en el caso del acceso a internet y el uso de las redes sociales, se da un fenómeno que podemos llamar de democracia “formal” y “material” ilustrado por Ferrajoli: a pesar de la existencia de una normatividad de base capaz de regular espacios que generen una valoración jurídica de las diferencias, lo que

tecnología son débiles, y en consecuencia, no generan actividades de tipo director que puedan manifestarse de forma clara en el sistema social. Rahaghi, John, “New Tools, Old Goals: Comparing the Role of Technology in the 1979 Iranian Revolution and the 2009 Green Movement.” *Journal of Information Policy* 2 (2012): 155-156.

29 Por ejemplo, se podría analizar Twitter. Esta plataforma es definida como un mecanismo de micro blogging limitado a 140 caracteres. Esta plataforma hace que sus usuarios empiecen a recibir contenido personalizado, basado en los otros usuarios que pueden ser seguidos. Una vez establecida esta relación, las personas pueden interactuar de manera más directa. Cfr. Huberman, Bernardo; Romero, Daniel y Wu, Fang. “Social Networks that Matter: Twitter Under the Microscope”. Obtenido de *Social Science Research Network* (SSRN) (consultado el 1 de mayo de 2016) <http://ssrn.com/abstract=1313405>.

30 Acar, Adam, y Muraki, Yuya. “Twitter for crisis communication: lessons learned from Japan’s tsunami disaster”, en *International Journal of Web Based Communities*, vol. 7, núm 3 (2011): 393.

sucede es que hay limitantes de índole contextual que afectan en gran medida tanto la gestión de la realidad como la puesta en práctica de mejoras en el ejercicio del derecho de los sujetos³¹; y, en el caso de las mujeres una “brecha digital” que limita tanto su acceso a la información y al discurso sobre ellas que se hablan en estas plataformas³².

En primer lugar es conveniente hacer unos ajustes teóricos: si se hace una evolución del concepto de igualdad entre hombres, ya tenía problemas desde su inicio, por cuanto obviaba la existencia de las mujeres en los espacios de decisión política. Independientemente de las luchas sociales y las buenas intenciones de las mismas, el papel de las mujeres era de segundas a bordo con ciertas excepciones, que reafirmaban los valores de discriminación y exclusión imperantes, especialmente en el caso del acceso a medios de comunicación, donde las limitaciones impiden el acceso a elementos de juicio que impiden decisiones estratégicas por parte de las mujeres³³. Actualmente (al menos se supone) el mejor estándar posible del derecho a la igualdad no es una posición de tabula rasa entre sujetos, sino el de la valoración jurídica de las diferencias que busca: a) garantizar todos los elementos que hacen únicos a los ciudadanos/as; b) las diferencias y las caracterizaciones de cada individuo son celebradas en la legislación; y, c) no establece a ninguna característica más o menos deseable³⁴.

En el caso de las nuevas tecnologías, especialmente en plataformas de redes sociales, existe una serie de dificultades para poder reflexionar este tema desde datos objetivos. A pesar de que el 49,9% de la población debería ser representada a nivel de política pública, los análisis del acceso a internet en Ecuador no incluyen la variable de género de forma estructural. Lo que se hace es una medición sobre

31 Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón, teoría del garantismo Penal* (Madrid: Trotta, 1995): 113.

32 Valdría la pena tener en cuenta que las relaciones de género o el acercamiento desde el Internet a ciertos temas constituye un tema de Micro-política “un término que se aplica igualmente bien a las cuestiones de género que se encuentran a través del papel de las redes sociales en la vida cotidiana de las personas”. Wang, Xinyuan. “Social Media, Politics and Gender.” In *Social Media in Industrial China*, 127-55. London: UCL Press, 2016, 128.

33 Cfr. Kabeer, Naila. “Resources, Agency, Achievements: Reflections on the Measurement of Women’s Empowerment.” *Development and Change*, vol.30, no. 3 (1999): 435-64

34 Véase Ferrajoli, Luigi. *Derecho y Garantías, La Ley del más Débil* (Madrid: Trotta, 1995): 73-93

el acceso. Ese dato es importante ya que la falta de estadísticas reales por parte del Estado es, según la jurisprudencia internacional, una limitante para conocer si existe discriminación o violencia contra las mujeres³⁵. Por otro lado, no se incluye la existencia de lenguaje inclusivo o falta de contenido discriminatorio, a pesar de que la tasa de analfabetismo digital histórica es mayor en hombres que en mujeres³⁶. Por otro lado, se mantiene una serie de variables de índole técnico que hace más difícil el acceso a la tecnología para las mujeres: las barreras culturales en el acceso a carreras técnicas, la existencia de un prejuicio basado en la creencia de que ciertas actividades laborales son de tipo masculino (como por ejemplo las relacionadas a las Tic, entre otras), que en conjunto generan un techo de cristal que impide la plena integración de las mujeres en el panorama tecnológico³⁷. Estas actividades han sido solucionadas, al menos en teoría, por el Estado ecuatoriano con la instalación de infocentros y conectividad, además de una entrada gracias a la instalación de teléfonos inteligentes de forma transversal en la sociedad ecuatoriana ³⁸.

La pregunta que surge de todo lo expuesto es si el sistema jurídico ecuatoriano protege los derechos de la mujer dentro de internet y si existe una categoría de derechos digitales³⁹. Es ahí donde la democracia tiene el reto de liberarse de las ideas de que la acción normativa está cumplida únicamente con la promulgación de una ley formal; para el efecto es necesaria la construcción de normas de tipo material que aseguren que el Estado de Derecho no solo se conciba como una ilusión sino que tenga una existencia real⁴⁰. Lo que sí puede concluirse es que, hay un amplio número de mujeres que han construido relaciones desde la variable de género utilizando las tecnologías de la información y comunicación, a espaldas de un sistema jurídico que niega el acceso a este

35 Corte IDH Caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala. *Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C No. 277, Párrafo 69

36 Pérez, Albay Gallardo, Claudio. *Mujeres y hombres del Ecuador en cifras II* (Quito: CONAMU, 2005): 28.

37 Este hecho no sucede únicamente en los quintiles con menor poder socioeconómico. Véase por ejemplo. Kiss, Diana, Barrios, Olga, y Alvarez, Judith. (2007). Inequidad y diferencia: mujeres y desarrollo académico. *Revista Estudios Feministas*, vol.15, nº1: 85-105.

38 Senplades, Plan Nacional del Buen Vivir 2013-2017. Op. cit., 320.

39 Cfr. Mathiesen, Kay. "Human Rights for the Digital Age", en *Journal of Mass Media Ethics*, vol. 29, núm. 1 (2014): 7-8.

40 Ferrajoli, Luigi. *Derecho y Garantías, La Ley del más Débil*, (Madrid: Trotta):81.

tipo de instrumentos⁴¹. En vista de esta situación, el siguiente punto de este texto buscará analizar los derechos digitales con los que cuentan las mujeres y otros grupos subalternos dentro de la red y cómo estos se visibilizan o no a través de la jurisprudencia ecuatoriana.

3. DERECHOS DIGITALES DE LAS MUJERES EN EL ECUADOR

La libertad de navegación y uso libre de internet para todos los ciudadanos está enmarcada en el derecho a la libertad en sentido amplio. Si no se garantiza la libertad de forma completa, el sistema democrático queda definido como precario en el que “las demás barreras a la acción gubernamental se convierten en esperanzas vacías y la democracia no se puede beneficiar con el juicio libre y espontáneo de un pueblo del que se debe depender para dirigir su propia conducta”⁴². Esto implica que el Estado asegure un internet libre, seguro y neutral: libre de restricciones, neutral en la igualdad formal y material en su uso, y seguro para que los usuarios puedan obtener recursos y servicios en él. Cualquier otra medida es una limitante a los derechos ciudadanos ya que hace que el sistema normativo sea un “pacto suicida”⁴³ que impide la acción estatal para garantizar la seguridad a través de la legislación y no se genere una cultura de la sospecha hacia los ciudadanos.

Con estas características se apuntan los elementos que definen el derecho a la igualdad. Para nuestros propósitos es el derecho a que todos y todas, de manera igualitaria, tengan acceso a la afirmación y tutela legal de la propia identidad, a partir de los elementos que hacen a cada una de las personas diferentes en una sociedad y, al mismo tiempo, únicas y dignas⁴⁴. Esto plantea una diferencia de hecho y otra de derecho. La primera asume que la igualdad es una excepción y que las diferencias son la regla en la experiencia humana. La segunda es que la protección y el

41 Creo necesario analizar el factor de las nuevas reclamaciones feministas realizadas por adolescentes desde redes sociales, blogs u otros espacios. Véase Keller, Jessalynn. “Making Activism Accessible: Exploring Girls’ Blogs as Sites of Contemporary Feminist Activism.”, en *Girlhood and the Politics of Place*, editado Mitchell Claudia and Rentschler Carrie, (New York; Oxford: Berghahn Books, 2016), 261-278.

42 O’Donnell, Daniel. *Protección internacional de los derechos humanos*, (Lima: Comisión Andina de Juristas, 1989): 144-145.

43 Cfr. Posner, Richard, *Not a suicide pact. The constitution in a time of national emergency* (Nueva York: Oxford University Press, 2006).

44 Cfr. Ferrajoli, Luigi. *Derecho y Garantías, La Ley del más Débil*, op. cit. 73-93

diseño legal en los sistemas jurídicos donde exista una auténtica democracia sustancial, existan otros elementos como medidas de discriminación positiva y excepciones que aseguren las diferencias, en cada caso particular, como bienes jurídicos protegibles, por tanto, el concepto de igualdad no significará una igualdad de trato uniforme por parte del Estado, sino más bien un trato igual a situaciones idénticas, pero diferente entre otras situaciones, es decir, dentro del ordenamiento jurídico existen causas previamente establecidas en disposiciones legales que serán aplicables a situaciones concretas presentadas en un hecho fáctico⁴⁵.

Al contrario de este principio, Ecuador tiene millones de usuarias de internet que deben contar por parte del Estado con una protección igualitaria y efectiva de la ley y sin discriminación⁴⁶.

En un mundo globalizado donde el internet es la herramienta principal de intercambio de información mundial, no se concibe y no hay evidencia de una justificación objetiva y razonable⁴⁷ para que millones de ecuatorianas (no solo mujeres, sino otros grupos subalternos) sean objetos de vejaciones con el uso de nuevas tecnologías, vengan estas del Estado o cualquier otra fuente. En este caso, la Corte Constitucional estableció en una sentencia una serie de elementos que deberían tratarse en el ejercicio de la acción estatal⁴⁸.

- a. Reconocimiento de la discriminación contra la mujer.
- b. Reconocimiento que, producto de dicha discriminación, se violaron los principios de la igualdad de derechos y del respeto de su dignidad humana, se dificultó la participación de la mujer en la

45 Corte Constitucional, Sentencia: 051-11-SEP-CC, 15 de diciembre de 2011, MP: Roberto Bhrunis Lemarie, Suplemento del Registro oficial: Registro Oficial N° 617 -- Jueves 12 de enero del 2012, p. 47.

46 Corte IDH. Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005, párr. 139 y 140.

47 Corte IDH, Caso Castañeda Gutman Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184, párr. 211 citando Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, Serie A No. 18, párr. 84.

48 Corte Constitucional, Sentencia: 129-12-SEP-CC; Fecha: 4 de julio del 2012; MP: Dr. Alfonso Luz Yunes; Suplemento Registro Oficial: Registro Oficial N° 743 -- Miércoles 11 de julio del 2012; p. 137.

vida política, social, económica, laboral y cultural del país en las mismas condiciones que el hombre, lo que constituye un obstáculo para el aumento del bienestar de la sociedad y la familia, entorpeciendo el pleno desarrollo de la posibilidad de la mujer para prestar servicio al país y a la humanidad.

- c. Reconocimiento de que “en estratos de exclusión social la mujer ha tenido un acceso mínimo a las oportunidades de empleo, alimentación, salud, enseñanza, capacitación, así como la satisfacción de otras necesidades”.
- d. Obligación de respeto a la igualdad fundamental de todos los seres humanos en dignidad y derechos, lo que permitirá la máxima participación de las mujeres en todas las esferas, en igualdad de condiciones con el hombre.
- e. Reconocimiento de la invisibilidad del aporte que han brindado las mujeres para el desarrollo de la sociedad, especialmente en materia de maternidad; y que la procreación no debe ser causa de discriminación ya que han vivido una situación de inferioridad en comparación con los hombres, en los contextos referidos.
- f. La necesidad de terminar con esa situación desde el punto de vista jurídico, con una perspectiva de género, donde se aprecie la complejidad del tema de la discriminación y las medidas que se han ido adoptando para evitar actos discriminatorios de este tipo en contra de las mujeres.

Esta sentencia establece una serie de obligaciones que son una prioridad del estado de derecho y justicia, que “no consiste en la sujeción a la letra de la ley sin importar su significado sino esencialmente en la sujeción a la Constitución, y cambia en tercer lugar el papel de la ciencia jurídica, que ya no solo es descriptiva, sino crítica y proyectual”⁴⁹.

Por otra parte, en el caso de las redes sociales y de la comunicación en general, el cambio principal en las reglas de juego en la materia nació con la expedición de la Constitución de la República del Ecuador, aprobada por referéndum y publicada en el Registro Oficial N°

49 Corte Constitucional, Sentencia: 246-12-SEP-CC, Fecha: 24 de julio del 2012, Magistrado Ponente: Dr. Roberto Bhrunis Lemarie, Suplemento Registro Oficial (1): Año IV-Quito, miércoles 26 de septiembre del 2012-- N° 797, p. 125.

449 de 20 de octubre de 2008 que, en su Disposición Transitoria Primera, estableció la obligación del órgano legislativo de aprobar en un plazo máximo de trescientos sesenta días, una Ley de Comunicación. El proceso de elaboración de la Ley Orgánica de Comunicación se caracterizó desde su inicio en 9 de septiembre de 2009 hasta el 14 de junio de 2013 en el que fue aprobada por la Asamblea Nacional, por las dificultades para obtener un consenso sobre el articulado final, lo que llevó al estancamiento del proyecto de ley por varios años. Finalmente, el proyecto de ley fue sancionado por el Presidente de la República, y promulgado en el Tercer Suplemento del Registro Oficial de 25 de junio de 2013, por lo que la Ley Orgánica de Comunicación entró en plena vigencia en el Ecuador⁵⁰.

Sobre esta Ley, el tema de la protección de grupos subalternos, al menos en términos formales es bastante clara, pero únicamente para medios de comunicación por cuanto establece una regla de ruptura para las redes sociales:

Art. 4.- Contenidos personales en internet.- Esta ley no regula la información u opinión que de modo personal se emita a través de internet. Esta disposición no excluye las acciones penales o civiles a las que haya lugar por las infracciones a otras leyes que se cometen a través del internet.

Llegados a este punto, la existencia de derechos a la comunicación y la información para los ciudadanos es necesaria ya que el paradigma proyectual que sugiera la magistratura constitucional debe enfrentarse con los cambios tecnológicos. Al respecto, existe una serie de guías emitidas por la misma instancia:

- a. Aceptan la existencia de medios de comunicación no tradicionales que “difunden de manera más rápida y masiva las noticias de importancia nacional o internacional”⁵¹.
- b. Se hace una diferencia entre los medios de comunicación del 1.0 (webs de periódicos por ejemplo) y “nuevos medios sociales en línea (blogs, microblogins, twitter, entre otros) los cuales fueron

50 Registro Oficial No. 22, Tercer Suplemento de 25 de junio de 2013.

51 Corte Constitucional Ecuador.Sentencia: 028-12-SIN-CC, Fecha: 17 de octubre del 2012, MP: Dr. Patricio Pazmiño Freiré, Suplemento Registro Oficial (3): Año IV-Quito, Miércoles 17 de octubre del 2012-- N° 811, p. 49.

diseñados para el uso de particulares como medios de comunicación personal, pero que con el paso del tiempo se han visto adjudicados a tareas mucho más importantes ya sea como instrumentos de opinión o inclusive de información”.

- c. Reconocimiento de las redes sociales e internet como fundamento de la libertad de expresión y el activismo virtual. En ese sentido, la Corte afirma que “la población civil ha podido desarrollar mecanismos que garanticen un espacio para el control social y la denuncia de aquellos problemas que aquejan su vida cotidiana, además de herramientas para fundamentar su crítica e interactuar respecto de los hechos y eventos que acontecen en su realidad, sin necesidad de llevar los mismos formalismos que los medios de comunicación tradicionales”.
- d. La no regulación de la actividad en redes sociales por parte del Estado: “la utilización de las nuevas herramientas de tecnología en el internet ha afianzado de manera importante el derecho a la libertad de expresión, información y comunicación, que de manera *prima facie*, escapan del poder de regulación del Estado central” .

Dado que se establece la regla de apertura de que las materias relativas a redes sociales se tratan desde el sector privado, hay una serie de consecuencias jurídicas de importancia. La primera es dado que se aumenta el catálogo de libertades disponibles para los ciudadanos, en especial al escrutinio de los temas de interés público y aquellos que son parte de esa situación⁵². La segunda, es una interpretación a nivel de garantía: los esfuerzos gubernamentales deben encaminarse al mejor ejercicio de las libertades individuales⁵³ por lo que, cualquier restricción -sin importar su fuente (legal, judicial, administrativa o tecnológica)- es contraria a los propios objetivos estatales y es contraria a la técnica jurídica⁵⁴.

52 Corte Constitucional, Sentencia: 028-12-SIN-CC, Fecha: 17 de julio del 2012, Voto salvado, MP: Dr. MSc.Alfonso Luz Yunes, Suplemento Registro Oficial (3): Año IV-Quito, Miércoles 17 de octubre del 2012-- N° 811, pp. 107-108.

53 El “fin del Estado es la felicidad del hombre dentro de la sociedad. Deben armonizarse los intereses de la colectividad con los derechos del individuo. El hombre americano no concibe vivir sin justicia. Tampoco concibe vivir sin libertad” (“Declaración de México” del 6 de marzo de 1945, inciso 12. Conferencias Internacionales Americanas, Segundo Suplemento, 1945-1954. Washington, D.C.: Unión Panamericana, Departamento Jurídico, 1956, pág. 25).

54 Sentencia: 043-10-SEP-CC, 23 de septiembre de 2010, MP: Dr. Roberto Bhrunis

Dado que las libertades de acceso a datos, empleo de medios tecnológicos y de libre expresión, han sido aceptadas y ratificadas por el Estado ecuatoriano, no se pueden alegar situaciones de derecho interno para limitarlas. Por otro lado, utilizando el mismo sistema constitucional, eminentemente con base en los tratados internacionales⁵⁵, estos instrumentos deben interpretarse no de acuerdo al momento de la formación de la norma sino al escenario actual de aplicación⁵⁶. Finalmente, la interpretación que debe darse tendría que estar basada en el principio *pro-homine*⁵⁷, para garantizar que la estructura del sistema democrático cuente con un ambiente adecuado de ejercicio de las libertades ciudadanas.

Como consecuencia de estos elementos de la actividad jurídica, se supondría que la actividad de las mujeres y otros grupos subalternos debería estar protegida en términos del derecho internacional respecto a su privacidad y su libertad de emitir mensajes, evitándose así cualquier injerencia o ataque que pueda afectar la honra de las personas⁵⁸ y que cualquier injerencia a la actividad comunicativa a una

Lemarie, Suplemento del Registro oficial: Año III - N° 661 Quito, miércoles 14 de marzo del 2012, p. 38.

- 55 “Obtener la tutela efectiva de los derechos, constituye la garantía de que el ordenamiento jurídico es aplicado de manera objetiva, de tal forma que el Estado garantice a los ciudadanos el respeto de los derechos consagrados tanto en la Constitución como en los convenios y tratados internacionales de derechos humanos, y que los mismos no serán violentados en el futuro, por ninguna persona, incluyendo a las autoridades administrativas, judiciales o particulares”. Corte Constitucional Ecuador, Sentencia: 091-12-SEP-CC, 3 de abril de 2012, Dr. Alfonso Luz Yunes, Suplemento Registro Oficial: Año III-- Quito, Viernes, 29 de junio de 2012, No 735, p. 124.
- 56 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-10/89, Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de 14 de julio 1989, Serie A, n. 10, párr. 37.
- 57 Es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los DD.HH., en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos (...). Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los DD.HH., esto es, estar siempre a favor del hombre”. Pinto, Mónica. “El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los Derechos Humanos.” en La aplicación de los tratados sobre Derechos Humanos. por los tribunales locales (Buenos Aires: Centro de Estudios Legales y Sociales, 1997): 163.
- 58 “El ámbito de protección del derecho a la vida privada ha sido interpretado en términos amplios por los tribunales internacionales de derechos humanos, al señalar que

persona, a nivel privado o de índole privado con fines de distribución pública, debe hacerse en causas muy limitadas y de acuerdo al test de proporcionalidad⁵⁹, por lo que “la libertad siempre la regla y la limitación o restricción siempre la excepción”⁶⁰.

Por tal razón, las mujeres deben encontrar en la actividad jurídica del Estado, el estándar más alto de libertad para la libre circulación de las ideas⁶¹, que asegura el bloque de constitucionalidad ecuatoriano⁶²

este va más allá del derecho a la privacidad. La protección a la vida privada abarca una serie de factores relacionados con la dignidad del individuo, incluyendo, por ejemplo, la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones, determinar su propia identidad y definir sus propias relaciones personales. El concepto de vida privada engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior” Corte IDH. Caso Artavía Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 noviembre de 2012, párr. 143.

59 CIDH. Marco Jurídico Interamericano sobre el derecho a la Libertad de Expresión (Washington: CIDH, 2009): 67.

60 Este test se basa en tres elementos:

- a. La limitación debe haber sido definida en forma precisa y clara a través de una ley formal y material,
- b. La limitación debe estar orientada al logro de objetivos imperiosos autorizados por la Convención Americana, y
- c. La limitación debe ser necesaria en una sociedad democrática para el logro de los fines imperiosos que se buscan; estrictamente proporcionada a la finalidad perseguida; e idónea para lograr el objetivo imperioso que pretende lograr Corte IDH. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007, párr. 51 al 54.

61 Cfr. Corte IDH, Colegiación Obligatoria de Periodistas [en adelante: Corte IDH, La Colegiación Obligatoria de Periodistas] (Artículos 13 y 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC 5/85 del 13 de noviembre de 1985, par. 50

62 “El bloque de constitucionalidad nos permite interpretar las normas constitucionales, pero además, los tratados de derechos humanos orientan al Juez constitucional a identificar elementos esenciales que definan la fisonomía insustituible de la Constitución. (...) En tal virtud, para resolver un problema jurídico no solo se debe tener presente a la Constitución, ya que otras disposiciones y principios pueden tener relevancia para decidir esos asuntos”. Corte Constitucional Ecuador. Sentencia: 026-12-SIS-CC, Fecha: 21 de junio del 2012, MP: Dr. Manuel Viteri Olvera, Suplemento del Registro oficial: Año IV N° 781 Quito, martes 4 de septiembre del 2012, p. 102.

que funciona bajo una hipótesis de interrelación o interconexión de todo el sistema normativo: la falta de acción de un derecho repercutirá de manera negativa en el ejercicio del otro, como mecanismos interconectados entre sí⁶³. Los derechos de las personas no se suspenden independientemente de la plataforma donde se encuentren, “son igualmente importantes e interdependientes y deben garantizarse simultáneamente en forma plena, para dar efectividad total al derecho consagrado en los instrumentos interamericanos”⁶⁴. Las redes sociales han servido como una caja de resonancia de la acción de los ciudadanos y juegan un rol esencial como los demás medios de comunicación “como vehículos para el ejercicio de la dimensión social de la libertad de expresión en una sociedad democrática”⁶⁵, ya que son un espacio para las más diversas informaciones y opiniones.

El problema surge porque las fuentes de discriminación, acosos o maltrato no se extraen del internet sino de la realidad circundante, por lo que no debe tratárselas como un espacio de anomia. Al contrario de su similar ecuatoriano, la Corte Constitucional Colombiana ha sido muy clara al respecto:

En internet puede haber una realidad virtual pero ello no significa que los derechos, en dicho contexto, también lo sean. Por el contrario, no son virtuales: se trata de garantías expresas por cuyo goce efectivo en el llamado “ciberespacio” también debe velar el juez constitucional” (...). A nadie escapa el valor que tienen dentro de un sistema global de comunicaciones, como internet, derechos y libertades tan importantes para la democracia como el derecho a la igualdad, la intimidad y el habeas data, la libertad de conciencia o de cultos, la libertad de expre-

63 Cfr. Walzer, Michael. *Las esferas de la justicia, defensa del pluralismo y la igualdad*. (México D.F., México: Fondo de Cultura Económica), 123.

64 CIDH. Marco Jurídico Interamericano sobre el derecho a la Libertad de Expresión, op. cit. párr. 16. Ver también: Corte IDH, Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 80; Corte IDH, Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr.149; Corte IDH, Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párr. 67; CIDH. Alegatos ante la Corte Interamericana en el caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Transcritos en: Corte IDH, Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 101. 1) a).

65 Corte IDH, Caso Ivcher Bronstein, párr. 149; Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Sentencia del 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 108.

sión, el libre ejercicio de una profesión u oficio, el secreto profesional y el ejercicio de los derechos políticos que permiten a los particulares participar en las decisiones que los afectan, por citar tan solo algunos ejemplos. Nadie podría sostener que, por tratarse de internet, los usuarios sí pueden sufrir mengua en sus derechos constitucionales⁶⁶.

Una sociedad con altos niveles de maltrato, existencia de violencia de género y polarización política, hacen de las redes sociales un espacio de riesgo para los ciudadanos sin que se haya construido una respuesta desde el Estado para poder limitar esta situación y generar mejores espacios para el ejercicio de los derechos. Al respecto, las redes sociales han sido un escenario de confrontación política entre el Estado y las mujeres⁶⁷, en una serie de temas de interés público como el aborto, el matrimonio igualitario o la posición de instancias del poder ejecutivo en el caso de situaciones como el crimen sucedido a dos turistas argentinas en un balneario de la costa ecuatoriana. En todos esos escenarios el propósito de la red como espacio de debate e interconexión de ideas fue desnaturalizado y vuelto una confrontación permanente entre actores políticos que buscaban reforzar una posición táctica dentro de una arena de confrontación política. Frente a este tema ¿cuáles son las respuestas de la norma para la defensa de los derechos de las mujeres? La siguiente sección buscará responder a este particular mediante el análisis de la jurisprudencia, con el fin de obtener elementos de análisis.

4. RESPUESTAS JURÍDICAS HACIA LA RED PARA EL EJERCICIO DE DERECHOS EN LAS REDES SOCIALES: UN ANÁLISIS DESDE LA NORMA INTERNACIONAL

Las redes sociales reproducen -con sus virtudes o peligros- las ventajas, desventajas y la situación de la superestructura dominante en una sociedad. Ecuador, a pesar de poseer un sistema jurídico que como se ha analizado tiene un fuerte potencial para la garantía de derechos y el ejercicio de la justicia, choca con el ejercicio de la justicia y con una sociedad que se encuentra limitada por el ejercicio de los

66 Corte Constitucional de la República del Colombia, Sentencia C-1147/01, Bogotá, D.C., 31 de octubre de 2001.

67 De acuerdo a la organización no gubernamental Fundamedios, se han dado El Observatorio de Medios del Ecuador (OME) analizó 3 años de enlaces sabatinos, comprendidos entre el 2013 y el 2016. Durante este período el OME registró 95 agresiones contra las mujeres. Disponible en <http://www.dejanosenpaz.org/>.

derechos que sostienen sistemas sociales caracterizados por la inequidad y la injusticia hacia las mujeres.

Frente a estos argumentos hay una visión que ve a internet como un espacio para-territorial en el que no existen consecuencias de la actuación de los ciudadanos, por cuanto no hay una territorialidad de la red. Internet se encuentra como una construcción social ya que puede reproducirse donde se encuentre con la capacidad tecnológica para hacerlo, sin que eso conlleve consecuencias territoriales de la actividad de la red. Al respecto, principio de justicia universal, ahora utilizado en el caso de crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad, debe utilizarse en el caso del género en función del principio de concurrencia, concurrencia se refiere a la facultad que pueden tener dos o más jurisdicciones para conocer de crímenes de persecución internacional con la única finalidad de que no haya impunidad⁶⁸, definida esta como “la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos⁶⁹”.

Con estas circunstancias como contexto, habría que definir cuáles conductas son aquellas que pueden ser catalogadas como aquellas que deberían ser tratadas en la red como necesarias de protección a favor de las mujeres. Debe tenerse en cuenta que “no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana”⁷⁰, y que una distinción de protección en materia de género es un medio de evitar una falta de investigación que: a) envíe un mensaje de que la violencia contra la mujer es tolerada; b) se favorece su perpetuación y la aceptación social del fenómeno; c) aumenta el sentimiento y la sensación de inseguridad en las mujeres; y, d) como una persistente desconfianza de estas en el sistema de administración de justicia⁷¹. Por esa razón, es responsabilidad del Estado considerar que hay ciertas conductas negativas que refuerzan una situación general

68 Cfr. Soria, Paloma. “Caso Atenco: Justicia Universal y Género en la Audiencia Nacional. Sortuz”, en *Oñati Journal of Emergent Socio-Legal Studies*, vol. 3, no 1, (2015): 92-100.

69 Corte IDH. Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109, Párrafo 175

70 Corte IDH. Opinión Consultiva Oc-18/03 de 17 de Septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos sobre la Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, párra. 89.

71 Corte IDH. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, Párrafo 400

de desprotección y que por su naturaleza son “incompatibles con el derecho internacional de los derechos humanos⁷²”. Sin ser esta una lista exhaustiva, las descripciones de la siguiente tabla constituirían las conductas que deberían tratarse:

Tabla 1. Reseña de conductas posiblemente punibles con respecto al acoso y maltrato a mujeres en internet

Conducta	Definición
Acoso Sexual	La persona que solicite algún acto de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, prevaliéndose de situación de autoridad laboral, docente, religiosa o similar, sea tutora o tutor, curadora o curador, ministros de culto, profesional de la educación o de la salud, personal responsable en la atención y cuidado del paciente o que mantenga vínculo familiar o cualquier otra forma que implique subordinación de la víctima, con la amenaza de causar a la víctima o a un tercero, un mal relacionado con las legítimas expectativas que pueda tener en el ámbito de dicha relación ⁷³ .
Acoso ⁷⁴	Es (1) Es un comportamiento agresivo o daño intencional, (2) que puede ser llevada a cabo en varias ocasiones y con el tiempo; y (3) en una relación interpersonal caracterizada por un desequilibrio de poder. Estas acciones negativas pueden ser llevadas a cabo por contacto físico, por medio de palabras, o de otras maneras, como hacer caras o gestos, o la exclusión deliberada de un grupo.
Discriminación ⁷⁵	Toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la propiedad, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas.
Violencia basada en género ⁷⁶	Toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera .

72 Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012 Serie C No. 257, Párrafo 302

Violencia Sexual ⁷⁷	Todo acto sexual, la tentativa de consumir un acto sexual, los comentarios o insinuaciones sexuales no deseados, o las acciones para comercializar o utilizar de cualquier otro modo la sexualidad de una persona mediante coacción por otra persona, independientemente de la relación de esta con la víctima, en cualquier ámbito, incluidos el hogar y el lugar de trabajo.
Violencia Psicológica ⁷⁸	Toda acción u omisión que cause daño, dolor o perturbación emocional, alteración psicológica o disminución de la autoestima del agredido. Incluye gritos, insultos o amenazas de dañar a alguien que la víctima considera importante.

Fuente: Elaboración Propia, a partir de fuentes en pie de página.

Estas conductas en la red podrían verse como una limitación a la libertad de expresión. La existencia de parámetros de género en la gestión de la libertad de expresión no constituye en ninguna medida una limitación a las libertades; por ejemplo, una persona que emita un tuit en contra de otra persona por su naturaleza de ser mujer, no puede hacer *per se* pábulo de su propia libertad como un medio de expresión. Debe analizarse de acuerdo al test que plantea la jurisprudencia, en primer lugar: a) la naturaleza del bien jurídico puesto en predicamento; en este caso, la dignidad de una persona por su naturaleza de mujer; b) equilibrar el daño sucedido con la regla según la cual la libertad de expresión debe garantizarse no solo en cuanto a la difusión de ideas e informaciones recibidas favorablemente o consideradas inofensivas o indiferentes sino también en cuanto a las que ofenden, chocan, inquietan, resultan ingratas o perturban al Estado o a cualquier sector

73 Art. 166 Código Integral Penal (Suplemento del Registro Oficial 180, de 10 de febrero de 2014).

74 Cfr. Smith, Peter K., Cowie, Helen y Olafsson, Ragnar F. “Definitions of Bullying: A Comparison of Terms Used, and Age and Gender Differences, in a Fourteen-country International Comparison”, en *Child Development*, vol. 73 núm. 4. (2002): 1119–33.

75 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 01 de septiembre de 2015. Serie C No. 298, párrafo 253.

76 Art. 1 de la Convención de Naciones Unidas para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW).

77 República del Ecuador, Plan Nacional de erradicación de la violencia de género hacia niñez, adolescencia y mujeres (Quito: CONAMU, 2007): 9.

78 Ídem, pág. 11

de la población⁷⁹; y, c) la existencia en la situación materia de caso la creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer⁸⁰. El estereotipo de género se refiere a una preconcepción de papeles que son ejecutados por mujeres, que se agravan cuando se reflejan implícitamente en políticas o son socialmente persistentes⁸¹. Por tal razón, la responsabilidad del Estado⁸² implica que la gestión de los procesos abarca proteger la integridad psíquica de la mujer. La legislación busca, según la Corte Constitucional, la anhelada protección⁸³:

- a. Materializarse con el efectivo y eficaz acceso integral a la justicia.
- b. No encontrarse sometida a una dilación procesal que puede transformarse en una verdadera revictimización de la agredida o los miembros de la familia.
- c. La finalidad que persigue la limitación del recurso de apelación, en este tipo de trámites, es tutelar el efectivo cumplimiento de sus derechos y garantías constitucionales de la mujer y los miembros de la familia.

79 Ver, entre otros: Corte IDH, Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, Sentencia del 2 de julio de 2004, Serie C No. 107; Caso Ivcher Bronstein vs. Perú, Sentencia del 6 de febrero de 2001, Serie C No. 74 y Caso La Última Tentación de Cristo – Olmedo Bustos y otros Vs. Chile, Sentencia del 5 de febrero de 2001, Serie C No. 73.

80 Corte IDH. Caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C No. 277, Párrafo 213.

81 Corte IDH. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, Párrafo 400.

82 “La responsabilidad internacional se genera en forma inmediata con el ilícito internacional atribuido al Estado, y es consecuencia de todo menoscabo a los derechos humanos que pueda ser atribuido a la acción, y también a la omisión, de cualquier poder u órgano de este. La responsabilidad internacional puede configurarse aún en ausencia de intencionalidad, y hechos violatorios de la Convención son de responsabilidad del Estado independientemente de que estos sean o no consecuencia de una política estatal deliberada”. Corte IDH. Caso Servellón García y otros Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152, Párrafo 107

83 Sentencia: N° 009-14-SCN-CC, del 1 de Octubre de 2014, MP: DR. Principales MCMS María del Carmen Maldonado Sánchez, Registro Oficial N° 368 Suplemento, 5 de Noviembre de 2014

El parámetro de responsabilidad deriva del principio de obligatoriedad ya que los prestadores del servicio público se encuentran sujetos a obligaciones derivadas de la administración de un bien público⁸⁴. De ahí que se encuentra regulado por las disposiciones contenidas en la Constitución, los instrumentos internacionales, la ley y las disposiciones expedidas válidamente por las entidades competentes, disposiciones que deben ser cumplidas por todos los actores del proceso comunicacional que se encuentran sujetos a las responsabilidades administrativas, civiles y penales que den lugar por motivo de los contenidos comunicativos que se difundan a través de los medios de comunicación⁸⁵.

Hay un tema que surge en el caso del papel del Estado como usuario de las redes sociales. En el caso de que el Estado sea el responsable de ataques a la persona en materia de género ¿cuál es el camino a seguir? En primer lugar, la jurisprudencia internacional afirma que existe un deber general de investigar violaciones en contra de las mujeres, especialmente si existe un contexto general de violencia⁸⁶. Esto se encuentra afirmado en el hecho de que:

“La violencia contra la mujer no solo constituye una violación de los derechos humanos sino que es ‘una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres’ que trasciende todos los sectores de la sociedad independientemente de su clase, raza o grupo étnico, nivel de ingresos, cultura, nivel educacional, edad o religión y afecta negativamente sus propias bases”⁸⁷.

Con estos antecedentes surgen las siguientes consecuencias:

- a. Se debe analizar si existe una acción directa del Estado o si es la estructura legal o institucional la que afecta los derechos de las

84 Corte IDH. Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, Párrafo 96

85 Corte Constitucional Ecuador. Sentencia: N° 003-14-SIN-CC, del 17 de Septiembre de 2014, MP: DR. Principales MCMS María del Carmen Maldonado Sánchez, Registro Oficial N° 346 Suplemento, 2 de Octubre de 2014

86 Corte IDH. Caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C No. 277, Párrafo 186.

87 Corte IDH. Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216, Párrafo 108.

mujeres. En el primer caso, es imprescindible la búsqueda de un nexo causal entre la acción comunicacional del Estado y una afectación de derechos. En el caso de una norma hay que establecer una diferencia entre dos tipos de normas: aquella que afecta los derechos de las personas por su sola vigencia denominadas “leyes de aplicación inmediata”; y, de otro lado, las que están sujetas a “actos normativos posteriores al cumplimiento de ciertas condiciones o, llanamente, a su aplicación por funcionarios del Estado (...)”⁸⁸.

- b. En segundo lugar, el Estado es un garante de derechos y por lo tanto si por acción u omisión de sus agentes se incumplen los derechos de libertad de expresión, se incumplen las obligaciones *erga omnes* contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención⁸⁹.
- c. El Estado debe tener en cuenta las limitantes de su actuación: a) en una sociedad democrática no solo es legítimo sino un deber, que el Estado se pronuncien sobre cuestiones de interés público. Sin embargo, deberían probar los hechos en los que fundamentan sus opiniones y deberían hacerlo con una diligencia aún mayor a la debida por los particulares, en razón de su alta investidura, del amplio alcance y eventuales efectos que sus expresiones pueden llegar a tener en determinados sectores de la población, así como para evitar que los ciudadanos y otras personas interesadas reciban una versión manipulada de determinados hechos⁹⁰.
- d. Este deber de especial cuidado se ve particularmente acentuado en situaciones de mayor conflictividad social, alteraciones del orden público o polarización social o política, precisamente por el conjunto de riesgos que pueden implicar para determinadas personas o grupos en un momento dado⁹¹.

Estas líneas de acción obligan a un paso inferior: la construcción de mecanismos de forma interna. En el caso ecuatoriano tenemos una

88 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994, sobre la Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención, párr. 41

89 Corte IDH. Caso Ríos y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194, Párrafo 109

90 Corte IDH. Caso Perozo y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195, Párrafo 151

91 Íbid.

figura legal (art. 26 de la Ley de Comunicación), que incluye la idea de que “queda prohibida la difusión de información que, de manera directa o a través de terceros, sea producida de forma concertada y publicada reiterativamente a través de uno o más medios de comunicación con el propósito de desprestigiar a una persona natural o jurídica o reducir su credibilidad pública”. En la misma norma se establecen los siguientes elementos de resarcimiento de derechos: La disculpa pública de la o las personas que produjeron y difundieron tal información y publicar la disculpa establecida en el numeral anterior en el medio o medios de comunicación, en días distintos, en el mismo espacio, programas, secciones, tantas veces como fue publicada la información lesiva al prestigio o la credibilidad de las personas afectadas. A pesar de que esa figura ha sido profundamente discutida en el esquema legal actual, no se puede negar la capacidad de esta norma de ser un mecanismo de gestión que pudiera solucionar, al menos parcialmente los daños realizados a una persona. Dependerá de la acción del Estado en situaciones parecidas o análogas.

5. CONCLUSIONES

El presente artículo busca mostrar una serie de elementos que pueden ser útiles en la construcción del pensamiento jurídico en torno a las redes sociales, relacionado con los límites de la libertad de expresión en el caso de violaciones a los derechos humanos de mujeres. Se buscó mostrar que el sistema jurídico e institucional, independientemente de su potencia, choca con una cultura y estructura normalmente excluyente, discriminatoria y vejatoria a las personas del sexo femenino; y, en tal razón, se deben buscar mecanismos legales para solucionar estos problemas.

En el caso de internet, la existencia de libertades amplias a la difusión y extensión de ideas otorga una amplia capacidad para los grupos tradicionalmente de invisibilidad por parte del Estado para que sus derechos –especialmente los de las mujeres– sean respetados. De los datos presentados, se ha demostrado que existen vacíos en el sistema jurídico ecuatoriano para casos en los que las mujeres tengan que enfrentarse dentro de las redes sociales a personas o colectivos que representan una parte de un sistema tradicional de exclusión social. Frente a este escenario, el sistema legal ecuatoriano tiene las suficientes herramientas para que las inmensas posibilidades que construyen el sistema de la Constitución 2008 se vean reflejadas en la realidad de

una forma en que el Estado pueda hacer de las promesas constitucionales realidades técnicas. Por esa razón es necesario que se haga un ejercicio de reforma democrática del Estado ecuatoriano. El primero es un acto de cambio de la estructura estatal a fin de mejorar los *outcomes* y *outputs* de la política pública⁹²; y, en suma, hacer que el sistema funcione mejor, tanto en eficiencia y eficacia, como en sus resultados a corto plazo o estructurales⁹³ en favor de quienes han sido históricamente vejados de la estructura de gestión de lo público, como es el caso de las mujeres.

Por otro lado se deben corregir las condiciones de la democracia en las redes sociales como único contexto de organización política donde se pueden sostener las condiciones de dignidad de las personas en forma de derechos⁹⁴; esto obligaría, en una gestión pública ideal, a la búsqueda del bien común y a la mejor gestión de los bienes públicos para protegerlos⁹⁵. En nuestro caso implica que cualquier tipo de violencia o acoso en contra de las mujeres no debe ser tolerada. Cualquier escenario de tolerancia a prácticas de violencia (sea sobre género, discriminación, actos de abuso físico o psicológico, etc.), desnaturaliza las bases de la convivencia pacífica atentan y son un obstáculo insalvable para la vida de los ciudadanos. Para impedir esta situación, se necesitan los espacios de presión contra mayoritaria que aseguren una gestión plural de los bienes públicos y una democracia real a favor de todos los ciudadanos⁹⁶ que deben protegerse. La acción de defensa de derechos de las mujeres siempre será un obstáculo para estamentos tradicionales y retrógrados de la sociedad, por lo que es necesario

92 Véase Pollit, Christopher y Bouckaert Geert. La reforma de la gestión pública, un análisis comparado (Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2010): 15 y ss.

93 Cfr. Bresser-Pereira, Luiz. *Crise Econômica e Reforma do Estado no Brasil* (Sao Paulo: Editorial 34, 1996): 14-20.

94 Prezowski, Adam. *Qué esperar de la democracia: límites y posibilidades del autogobierno* (Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2010): 245.

95 Para lograr ese objetivo la doctrina ha establecido, casi como una tendencia histórica, la construcción de marcos jurídicos claros, como mecanismo de freno de la actividad del funcionario. Cfr. Bailey, Stephen “Ethics and the Public Service”, en *Public Administration Review*, vol. 24, núm. 4 (1964): 257 y ss.

96 Esta teoría se contrapone al “populismo moral” que plantea que la mayoría tiene el derecho moral de dictar de qué modo deben vivir [todos los demás]” Cfr. Hart, Herbet. “Moral Populism and Democracy”, en *Law, Liberty, and Morality* (Oxford: Oxford University Press, 1988): 79.

que el Estado con el fin de expandir el catálogo de derechos de todos los ciudadanos, propongan a quienes -como las mujeres- pueden expandir el sistema democrático y darle una visión nueva, tantas veces denostada por quienes plantean que la realidad puede verse desde un solo lado de la medalla.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Acar, A. y Muraki, Y. (2011) “Twitter for crisis communication: lessons learned from Japan’s tsunami disaster”, en *International Journal of Web Based Communities*, vol. 7, núm 3.

Aristóteles. (2000). *Política* (Madrid: Biblioteca Básica Gredos).

Ávila, R. (2011). *El neoconstitucionalismo transformador*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Fundación Rosa Luxemburgo.

Bailey, S. (1964) “Ethics and the Public Service”, en *Public Administration Review*, vol. 24, núm. 4.

Bey, H. (1996). “La zona temporalmente autónoma”, *Devenir*, Recuperado de http://www.demopunk.net/sp/docs/bey_taz_sp.pdf.

Bourdieu, P. (2001). “Lenguaje y poder simbólico” en *¿Qué significa hablar?*, Madrid: Akal.

Bremmer, I. (2010) “Democracy in Cyberspace: What Information Technology Can and Cannot Do”, en *Foreign Affairs*, vol. 89, núm. 6 (noviembre).

Bresser-P. (1996). *Luiz. Crise Econômica e Reforma do Estado no Brasil Sao Paolo*: Editorial 34.

Deb, B. (2016). “Cutting across Imperial Feminisms toward Transnational Feminist Solidarities.” *Meridians* 13, no. 2

Ferrajoli, L. (1995) *Derecho y Garantías, La Ley del más Débil* Madrid: Trotta.

- Ferrajoli, L. (1999) *Derecho y razón, teoría del garantismo Penal* Madrid: Trotta.
- Freedom House. (2016.) *Freedom on the Net 2016* (Washington: Freedom House).
- Grabner-Kräuter, S. (2019) “Web 2.0 Social Networks: The Role of Trust” *Journal of Business Ethics*, no. 90, supl. 4 .
- Gudynas, E. (2009). “La ecología política del giro biocéntrico en la nueva Constitución de Ecuador”, *Revista de estudios sociales*. No. 32.
- Hale, S (2014). “A Propensity for Self-Subversion and a Taste for Liberation: An Afterword.” *Journal of Middle East Women’s Studies* 10, no. 1.
- Hart, H (1988). “Moral Populism and Democracy”, en *Law, Liberty, and Morality* Oxford: Oxford University Press.
- Herrera, G. (2001) “Los estudios de género en el Ecuador: entre el conocimiento y el reconocimiento”, en *Antología de género*, Quito: FLACSO-Ecuador.
- Huberman, B.; Romero, D. y Wu, F. “Social Networks that Matter: Twitter Under the Microscope”. Obtenido de Social Science Research Network (SSRN) Recuperado de <http://ssrn.com/abstract=1313405>.
- Kabeer, N. (1999) “Resources, Agency, Achievements: Reflections on the Measurement of Women’s Empowerment.” *Development and Change*, vol.30, no. 3.
- Keller, J. (2016) “Making Activism Accessible: Exploring Girls’ Blogs as Sites of Contemporary Feminist Activism.”, en *Girlhood and the Politics of Place*, editado Mitchell Claudia and Rentschler Carrie, New York; Oxford: Berghahn Books.
- Kiss, D., Barrios, O., y Álvarez, J. (2007). *Inequidad y diferencia: mujeres y desarrollo académico*. *Revista Estudios Feministas*, vol.15, n°1.
- Kymlicka, W. (1996). *Ciudadanía multicultural*. Buenos Aires: Paidós.

- Martin, F., y Gerard G. (2016) "Digital Transformations? Gendering the End User in Digital Government Policy." *Journal of Information Policy* 6 (2016): 436-459.
- Mathiesen, K. (2014). "Human Rights for the Digital Age", en *Journal of Mass Media Ethics*, vol. 29, núm. 1.
- Mouffe, C. (2001). "Feminismo, ciudadanía y política democrática radical." en *Debate Feminista. Ciudadanía y feminismo. Feminismo y teoría, identidad pública y privada*. México D.F.:UNIFEM-IFE)
- O'Donnell, D. (1989) *Protección internacional de los derechos humanos*. Lima: Comisión Andina de Juristas.
- O'Reilly, T. (2010) "What is Web 2.0" en Donelan, Helen (ed.), *Online Communication and Collaboration: A Reader* (New York: Routledge).
- Pateman, C (1988). *The sexual contract* (Stanford: Stanford University Press).
- Pérez, C. (2005) *Mujeres y hombres del Ecuador en cifras II* Quito: CONAMU.
- Pinto, M. (1997) "El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los Derechos Humanos." en *La aplicación de los tratados sobre Derechos Humanos por los tribunales locales*. Buenos Aires: Centro de Estudios Legales y Sociales.
- Pollit, C. y Bouckaert, G. (2010). *La reforma de la gestión pública, un análisis comparado*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.
- Posner, R, (2006) *Not a suicide pact. The constitution in a time of national emergency* Nueva York: Oxford University Press.
- Prezowski, A. (2010) *Qué esperar de la democracia: límites y posibilidades del autogobierno* (Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores).
- Rahaghi, J. (2012). *New Tools, Old Goals: Comparing the Role of Technology in the 1979 Iranian Revolution and the 2009 Green Movement.* *Journal of Information Policy* 2.

- República del Ecuador. (2007). Plan Nacional de erradicación de la violencia de género hacia niñez, adolescencia y mujeres Quito: CO-NAMU.
- Rosales, M. (2016), “#NiUnaMenos y los debates fundantes en comunicación y género”, *Con X* (Nº 2, 2016), .
- Salus, P., y Cerf, V. *Casting the Net: From ARPANET to internet and Beyond...* (Reading, Mass: Addison-Wesley Longman Publishing Co.) 15-23.
- Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo (2013). *Plan Nacional del Buen Vivir 2013-2017*. Quito: SENPLADES.
- Smith, P., Cowie, H. y Olafsson, R. (2002) “Definitions of Bullying: A Comparison of Terms Used, and Age and Gender Differences, in a Fourteen-country International Comparison”, en *Child Development*, vol. 73 núm. 4.
- Soria, P. (2015). “Caso Atenco: Justicia Universal y Género en la Audiencia Nacional. Sortuz”, en *Oñati Journal of Emergent Socio-Legal Studies*, vol. 3, no 1.
- Telemazonas (2016) “Encuentran muertas a las turistas argentinas desaparecidas en Montañita”. Noticia disponible en <http://www.telemazonas.com/2016/02/encuentran-muertas-a-las-turistas-argentinas-desaparecidas-en-montanita/>.
- Vacas, F. (2009), *Más allá de internet: la red universal digital: X-economía y nuevo entorno tecnosocial*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces SA.
- Valadés, D. (1994). *Constitución y Política México D.F.: UNAM*, 24.
- Walzer, M. *Las esferas de la justicia, defensa del pluralismo y la igualdad*. (México D.F., México: Fondo de Cultura Económica), 123.
- World Bank, The World Bank Data s.v. “Internet users” <http://data.worldbank.org/indicador/IT.NET.USER.P2>.
- Wang, X. (2016) “Social Media, Politics and Gender.” In *Social Media in Industrial China*, 127-55. London: UCL Press.

Jurisprudencia constitucional

Corte Constitucional de la República del Colombia, Sentencia C-1147/01, Bogotá, D.C., 31 de octubre de 2001.

Corte Constitucional Ecuador. Sentencia: 026-12-SIS-CC, Fecha: 21 de junio del 2012, MP: Dr. Manuel Viteri Olvera, Suplemento del Registro oficial: Año IV N° 781 Quito, martes 4 de septiembre del 2012, p. 102.

Corte Constitucional Ecuador. Sentencia: 043-10-SEP-CC, 23 de septiembre de 2010, MP: Dr. Roberto Bhrunis Lemarie, Suplemento del Registro oficial: Año III - N° 661 Quito, miércoles 14 de marzo del 2012, p. 38.

Corte Constitucional Ecuador. Sentencia: N° 003-14-SIN-CC, del 17 de Septiembre de 2014, MP: DR. Principales MCMS María del Carmen Maldonado Sánchez, Registro Oficial N° 346 Suplemento, 2 de Octubre de 2014

Corte Constitucional Ecuador. Sentencia: N° 009-14-SCN-CC, del 1 de Octubre de 2014, MP: DR. Principales MCMS María del Carmen Maldonado Sánchez, Registro Oficial N° 368 Suplemento, 5 de Noviembre de 2014

Corte Constitucional Ecuador. Sentencia: N°028-12-SIN-CC, Fecha: 17 de octubre del 2012, MP: Dr. Patricio Pazmiño Freiré, Suplemento Registro Oficial (3): Año IV-Quito, Miércoles 17 de octubre del 2012-- N° 811.

Corte Constitucional Ecuador. Sentencia: N° 028-12-SIN-CC, Fecha: 17 de julio del 2012, Voto salvado, MP: Dr. MSc.Alfonso Luz Yunes, Suplemento Registro Oficial (3): Año IV-Quito, Miércoles 17 de octubre del 2012-- N° 811.

Corte Constitucional Ecuador. Sentencia: 051-11-SEP-CC, 15 de diciembre de 2011, MP: Roberto Bhrunis Lemarie, Suplemento del Registro oficial: Registro Oficial N° 617 -- Jueves 12 de enero del 2012.

Corte Constitucional Ecuador. Sentencia: 129-12-SEP-CC; Fecha: 4 de julio del 2012; MP: Dr. Alfonso Luz Yunes; Suplemento Registro Oficial: Registro Oficial N° 743 -- Miércoles 11 de julio del 2012.

Corte Constitucional Ecuador. Sentencia: 246-12-SEP-CC, Fecha: 24 de julio del 2012, Magistrado Ponente: Dr. Roberto Bhrunis Lemarie, Suplemento Registro Oficial (1): Año IV-Quito, miércoles 26 de septiembre del 2012-- N° 797.

Corte Constitucional Ecuador. Sentencia: 091-12-SEP-CC, 3 de abril de 2012, Dr. Alfonso Luz Yunes, Suplemento Registro Oficial: Año III-- Quito, Viernes, 29 de junio de 2012, No 735, p. 124

Jurisprudencia internacional

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párr. 67

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Marco Jurídico Interamericano sobre el derecho a la Libertad de Expresión (Washington: CIDH, 2009).

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, Sentencia del 2 de julio de 2004, Serie C No. 107.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Caso La Última Tentación de Cristo – Olmedo Bustos y otros Vs. Chile, Sentencia del 5 de febrero de 2001, Serie C No. 73.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C, No. 111,

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Caso Castañeda Gutman Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, Serie A No. 18.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Colegiación Obligatoria de Periodistas [en adelante: Corte IDH, La Colegiación Obligatoria de Periodistas] (Artículos 13 y 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC 5/85 del 13 de noviembre de 1985.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994, sobre la Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 noviembre de 2012.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 01 de septiembre de 2015. Serie C No. 298.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Caso Perozo y otros Vs. Venezuela. Excepciones Prelimina- res, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Caso Ríos y otros Vs. Venezuela. Excepciones Prelimina- res, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Excepción Prelimi- nar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Caso Servellón García y otros Vs. Honduras. Fondo, Repa- raciones y Cos- tas. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala. Excepciones Pre- liminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C No. 277, Párrafo 69
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C No. 277.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Fondo, Reparaciones y Cos- tas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Opinión Consultiva Oc-18/03 de 17 de Septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos sobre la Condición Jurídica y Dere- chos de los Migrantes Indocumentados.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Opinión Consultiva OC-10/89, Interpretación de la Decla- ración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de 14 de julio 1989, Serie A, n. 10, párr. 37.

Extradición de Rafael Correa vs asilo en Bélgica

Extradition of Rafael Correa vs asylum in Belgium

Iván Avalos Barreno¹

Investigador jurídico independiente

Información del Artículo

Original - Ruptura, 2019

Artículo recibido/ Received: 23 de julio, 2019

Artículo aceptado/Accepted: 05 de noviembre, 2019

Citación

Avalos, I. (2019). *Extradición de Rafael Correa vs asilo en Bélgica*. Revista Ruptura de la Asociación Escuela de Derecho PUCE. Edición 2019, p (79-94).

DOI:

RESUMEN: El trabajo analiza, desde una visión a partir del derecho internacional privado, la posible extradición del expresidente del Ecuador Rafael Correa Delgado, a raíz de la solicitud de prisión preventiva requerida por la fiscal Diana Salazar y aceptada por la juez Daniela Camacho; para paralelamente examinar la posibilidad de que Correa haga efectiva la figura del asilo en Bélgica, país donde actualmente reside; de tal manera que se logre obtener fundamentos jurídicos que inclinen la balanza hacia una u otra posición.

PALABRAS CLAVE: soberanía, refugio, Estado, tratado internacional.

ABSTRACT: *This paper analyzes, from a vision of international law, the possible extradition of the former president of Ecuador Rafael Correa Delgado, in the wake of the request of preventive prison required by the fiscal Diana Salazar and accepted by the judge Daniela Camacho; to in parallel examine the possibility of Correa to apply for asylum in Belgium, country*

1 Iván Rodrigo Avalos Barreno. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Ivanro41@hotmail.com

were he actually lives, that make it possible to obtain legal bases that shift the balance in favor of one position.

KEY WORDS: *sovereignty, asylum, State, international treaty.*

INTRODUCCIÓN

Rafael Correa Delgado estuvo a la cabeza del país durante diez años consecutivos, tiempo en el cual efectuó varios cambios sustanciales; que afectaron a ciertos grupos sociales y beneficiaron a otros. En su trayectoria política al mando del Ecuador dividió por completo a los habitantes del país, por un lado se encuentran aquellos quienes piensan que tanto Correa como el movimiento Alianza País han sido la mejor expresión de democracia y buen gobierno, mientras que en el otro costado están los que afirman haber soportado el peor gobierno de la historia.

De una u otra forma Rafael Correa, a pesar de haber culminado con su periodo presidencial, sigue siendo el protagonista principal de varios noticieros a nivel nacional como internacional, sobre todo por los supuestos actos de corrupción cometidos, los cuales perjudican tanto su pasado político como el del movimiento del cual fue parte.

Los supuestos actos de corrupción efectuados bajo el liderato de Correa, salen a la luz en la actualidad debido a que existen serios indicios que permiten tener la certeza de que en el periodo presidencial de Rafael, tanto fiscales como jueces e incluso la contraloría, formaban parte de su red de corrupción, por lo que coadyuvaban a blindar sus artimañas; motivo por el cual se han designado a nuevas autoridades.

En este sentido la nueva Fiscal General del Ecuador Diana Salazar, quien está a cargo de la investigación en la que Correa se encuentra vinculado, ha solicitado prisión preventiva en su contra, medida que fue aceptada por la Juez Camacho con el fundamento de que la petición es legal, convencional y constitucional, por lo tanto no arbitraria.

La prisión preventiva en contra de Correa se vuelve difícil de concretar debido a que el expresidente actualmente reside en Bélgica, país al que decidió trasladar su residencia después de culminar con su último periodo presidencial.

En virtud de ello existen dos claras posibilidades: la primera de ellas es que Ecuador efectuó la debida solicitud a la Interpol por parte de la Corte Nacional de Justicia, de manera que esta institución internacional capture al ex mandatario para así poder continuar con el trámite de su extradición al país; mientras que la segunda posibilidad es que Correa solicite asilo en Bélgica. Estas posibilidades son excluyentes una de otra.

El asilo y la extradición son instituciones propias del derecho internacional; las cuales serán delicadamente tratadas y estudiadas tanto por parte del Estado ecuatoriano así como por los asesores jurídicos de Correa en pos de aplicar una u otra. En el caso de que se aplicara la extradición el efecto inmediato que se produciría es el retorno de Correa al Ecuador para que enfrente la justicia, mientras que por el contrario de aplicarse el asilo Correa se beneficiaría de la protección belga y evadiría los procesos que en su contra la Fiscalía impulsa.

El ensayo en cuestión analizará en un primer capítulo la figura de la extradición a la luz del derecho internacional privado, definiendo sus características elementales, así como la posibilidad de que sea aplicada en contra de Correa; un segundo capítulo tratará sobre el asilo, sus implicaciones, características, y lo que podría pasar en el eventual caso de que Correa lo solicite a Bélgica; el tercer capítulo pondrá en una balanza al refugio en un costado y la extradición en el otro con el fin de evaluar cuál de estas posibilidades es la más viable.

1. LA FIGURA DE LA EXTRADICIÓN

Según Mansilla y Mejía (2017) en su estudio se afirma que, la extradición es la institución jurídica que tiene por objeto la colaboración entre los Estados para evitar que un delincuente o presunto delincuente se sustraiga a un juicio o al cumplimiento de una sentencia.

Para Mansilla (2017), la extradición es la institución internacional implementada entre Estados gracias a la celebración de un tratado para lograr la colaboración en la entrega de un procesado o presunto delincuente, con el fin de evitar la impunidad.

De estos conceptos previamente citados se puede colegir que la figura de la extradición pretende que los límites fronterizos entre diversos Estados no se conviertan en un limitante para que la justicia siga su

curso; es decir, esta figura del derecho internacional actúa cuando un presunto delincuente ha salido por diversas razones del país en el que está siendo investigado.

El principio rector fundamental que sirve de base para que la extradición opere es principalmente la cooperación internacional, en cuanto que los Estados que respetan su normativa interna así como la legislación internacional, se ven en la necesidad de colaborar entre sí para llegar a alcanzar la justicia. Para poder comprender la extradición es necesario remitirse, por lo menos de forma general, inicialmente a los elementos que conforman un Estado; estos son: el territorio, la población, el gobierno, la soberanía y el reconocimiento internacional. A efectos del trabajo propuesto se hará referencia a los dos últimos elementos.

La soberanía como elemento componente del Estado hace referencia a aquel poder, que faculta a su titular para que pueda tomar decisiones de manera independiente, sin que influyan factores externos ajenos a su voluntad, con la posibilidad de que de manera unilateral logre imponer su resolución; esta soberanía evidentemente no es ilimitada, pues tiene que apegarse a los límites que le son impuestos por el derecho. Una vez que todos los elementos constitutivos del Estado se fusionan es necesario que haga su aparición el último de los elementos, es decir, el reconocimiento internacional que a su vez conlleva a que los diversos Estados alrededor del mundo tengan la certeza de que deben respetar las decisiones y reconocer como tal a un Estado.

Ambos elementos descritos de manera escueta se relacionan con el derecho internacional privado, y sobre todo con la posible extradición de Rafael Correa en cuanto que mediante la soberanía Ecuador ha decidido dictar prisión preventiva en su contra, sin que sea de relevancia la opinión de los demás países, incluso el país belga en donde reside en la actualidad el expresidente; mientras que mediante el elemento de reconocimiento internacional es necesario que Bélgica acepte como válida esta decisión.

Los efectos inmediatos que produce la extradición, una vez que sea debidamente solicitado por el país requirente, son principalmente:

- Brindar eficacia al derecho penal, coadyuvando a que se continúe con el proceso establecido por el país requirente

- Eliminar los límites fronterizos como un impedimento que obstaculiza el alcance de la justicia
- Garantizar la seguridad jurídica.

1.2. Requisitos que debe tomar en cuenta el Ecuador para solicitar la extradición

Después de un acercamiento general a lo que es la extradición es momento de analizar los requisitos que el país debe tomar en cuenta para hacer una solicitud formal en pos de solicitarla; analizando paralelamente si tales requisitos son cumplidos en el caso Rafael Correa Delgado. Estos requisitos son:

- La conducta por la cual ha sido sentenciada la persona sujeto de la extradición, o la conducta por la cual está siendo procesada, debe estar tipificada tanto en la legislación interna del país requirente como en la legislación del país requerido.

Son varios los delitos por los cuales el expresidente Correa está siendo investigado, entre ellos la asociación ilícita, cohecho y tráfico de influencias, delitos cuya conducta está tipificada en el Código Orgánico Integral Penal del Ecuador. En Bélgica son también consideradas delito estas conductas, por lo cual el primer requisito estaría siendo cumplido

- Es obligatorio que el Estado requirente demuestre motivada y justificadamente la causa por la cual está siendo procesado el sujeto, es decir exponga la existencia de una sentencia condenatoria en su contra, o la solicitud de prisión preventiva a luz de su legislación interna.

Para que proceda la prisión preventiva como medida cautelar en el Ecuador, es necesario cumplir con los parámetros expuestos en el artículo 534 del COIP; los 2 primeros numerales de dicho articulado se refieren a la exposición de elementos de convicción, presentados por el fiscal hacia el juez, los cuales demuestren la existencia de un delito y la participación del procesado en el mismo. Requisitos que se cumplieron debidamente por parte de la fiscal Salazar provocando de esta manera que la juez Camacho aceptara la medida cautelar.

El tercer numeral del artículo 534 del COIP establece que deben existir “indicios de los cuales se desprenda que las medidas cautelares

no privativas de libertad son insuficientes...”. (Código Orgánico Integral Penal, 2014, art.534 num.4). Debido a que el expresidente se encuentra fuera del país y sus posibilidades económicas son suficientes como para continuar con su residencia en Bélgica o incluso trasladarse a otro Estado, es necesario que la prisión preventiva sea aplicada, tomando en consideración que el procesado comparezca al proceso y cumpla la pena de existir sentencia condenatoria; por estas razones este requisito del numeral tercero se habría cumplido.

Los supuestos delitos cometidos por Correa según el COIP prevén una pena privativa de libertad de 1 a 3 años para el cohecho, de 3 a 5 años para la asociación ilícita y de 3 a 5 años también para el tráfico de influencias; lo cual se relaciona con el artículo 534 del mencionado cuerpo legal que establece los requisitos para que proceda la prisión preventiva, “...que se trate de una infracción sancionada con pena privativa de libertad superior a un año”. (Código Orgánico Integral Penal, 2014, art.534 num.4)). Razón por la cual este requisito también estaría cumplido.

- Es necesario que el estado requirente tenga jurisdicción para poder juzgar y ejecutar lo juzgado.

Con respecto este requisito es claro que la juez Camacho tiene plena jurisdicción en materia penal, al ejercer su cargo de acuerdo al nombramiento legal pertinente. De igual forma los delitos supuestamente cometidos por Rafael Correa fueron ejecutados dentro del territorio nacional, razón por la cual su conocimiento corresponde a los jueces ecuatorianos. Este requisito estaría cumplido.

- Como último requisito se estipula la necesidad de que exista un convenio internacional de extradición entre el país requirente y el país requerido

1.2.1 ¿Es requisito *sine qua non* para la extradición la existencia de un convenio internacional?

Este último especial requisito de la existencia de un convenio merece cierto análisis más amplio a diferencia de los demás requisitos previamente estipulados, debido a que surge un problema ya que existe una dicotomía en la doctrina. Varios son los expertos que aseguran que es necesario un convenio internacional entre el país requirente y

país requerido para que tenga lugar la extradición, mientras que otros tratadistas del derecho internacional aseguran que este convenio no es indispensable.

Según Pérez (2009), procede la petición de extradición únicamente cuando así lo determinan los tratados (ya sean bilaterales o multilaterales) existentes entre ambos países que forman parte de la extradición. Mientras que para Akehurst no existe en derecho positivo ninguna obligación de llevar a cabo la extradición a falta de un tratado. Sin embargo, un Estado puede llevar a cabo actos de extradición, sin que medie un tratado, es decir, no existe tampoco una norma internacional que prohíba a los Estados ejecutar extradiciones en ausencia de acuerdos formales (Citado en Gómez-Robledo, 2000).

Los tratados internacionales son acuerdos celebrados entre dos o más Estados, o entre un Estado y una Organización Internacional, con el fin de asistirse mutuamente en cualquier ámbito de relevancia para ambos; debe ceñirse a ciertas solemnidades sustanciales y está reglamentado por el derecho internacional.

En el caso de que existiese un tratado o convenio internacional sobre extradición su procedimiento se tornaría mucho más ágil entre los países interesados; pero ¿qué es lo que sucede cuando no existe un convenio internacional al respecto?

Para poder contestar la pregunta previamente planteada es necesario hacer remisión a uno de los principios fundamentales y básicos del derecho internacional en materia de extradición; este principio según Cañardo (2013) es el llamado *aut dedere aut punire*, lo que se traduce en o bien se castiga al sospechoso o bien se lo entrega para que sea castigado. En este sentido el país requerido en caso de no entregar al sospechoso debería castigarlo a la luz de su propia legislación; cosa que es muy difícil ya que en ese país seguramente no se contara con las pruebas suficientes que permitan tener la certeza de que el sospecho cometió un delito ya que lo materializó en otro Estado, es por ello que lo mejor es entregarlo al país requirente.

Para poder entregar al sospechoso a pesar de la inexistencia de un tratado internacional entre los países interesados, es necesario que el país requerido observe otro de los principios del derecho internacional que es la cooperación entre Estados. Según este principio es fundamental que los países se asistan mutuamente en diversos ámbitos,

inclusive en cuanto a la extradición. Es por ello que según mi personal entender no es un requisito *sine qua non* la existencia de un convenio internacional para la tramitación de la extradición.

De todas maneras sí existe un convenio internacional entre Ecuador y Bélgica que abarca el tema de la extradición; este fue suscrito en 1887 y contempla la posibilidad de que se extradite a un delincuente o presunto delincuente por varios delitos. Debido a la antigüedad del documento los delitos que en este se estipulan no responden a la actualidad social de ambos países, cosa que complicaría una posible extradición de Correa; pero como se acaba de afirmar en líneas precedentes un tratado internacional no es requisito indispensable en pos de esta figura del derecho internacional.

1.3. El principio de derecho internacional *non inquiry* o no intervención vs consideraciones del país requerido para aceptar la extradición

Como ya se expuso anteriormente, los requisitos a la luz del derecho internacional que son de necesario cumplimiento para que proceda la extradición en contra de Correa son cumplidos por el Estado ecuatoriano; pero según Cañardo (2013) la extradición puede no ser atendida por el país requerido cuando la persona a ser extraditada corra el peligro de sufrir un trato injusto o inhumano, debido sobre todo a que el sistema judicial del país requirente es corrupto o está motivado por la venganza.

En los últimos meses el Ecuador ha sido visto internacionalmente por medio de los diversos noticieros y otros medios de comunicación masiva como el internet, como un país con varios problemas de corrupción; basta con recordar el reciente inconveniente que envolvió a gran parte de América Latina como fue la trama de sobornos de Odebrecht, el famoso caso en el 2007 de los conocidos “Pativideos” en donde el ex ministro Ricardo Patiño aparecía maniatando la economía nacional, en el 2014 nuevamente Ricardo Patiño como canciller dejaba por los suelos al Ecuador a ojos del conglomerado internacional ya que en Italia se encontró un cargamento de droga en su valija diplomática; en el 2012 el Presidente del Banco Central admitió haber falsificado su título de economista y luego salió del país para evitar dar cuentas a la justicia.

Son innumerables los casos como los previamente descritos, los cuales ratifican que el Ecuador tiene serios problemas de corrupción, esto sobre todo debido a que la justicia parece no llegar, o en el mejor de los casos ser efímera para aquellos que violentan la ley de manera desvergonzada a vista y paciencia de los ciudadanos que poco o nada pueden hacer al respecto. La justicia actúa de tal manera que los implicados en inconvenientes legales, después de esquivar su castigo mediante la influencia de los amañados jueces y fiscales, vuelven a ocupar altos cargos en el Ecuador.

Por razones como las estipuladas, tanto Bélgica como otros países alrededor del mundo, no estarían faltando a la verdad en el caso de considerar que el sistema judicial ecuatoriano es corrupto; además es claro evidenciar que el actual Presidente Lenin Moreno, así como sus aliados quienes anteriormente formaban un solo equipo con Rafael Correa, tienen una opinión que difiere en el tiempo, esto porque anteriormente afirmaban que Correa era un gran mandatario de manos limpias y que luchaba contra la corrupción, mientras que en la actualidad aseveran que Correa en su gobierno cometía un gran número de delitos. Estas razones son suficientes para que Bélgica niegue la extradición del expresidente Rafael Correa, asumiendo que el sistema judicial en el Ecuador no solamente es corrupto, sino que también es posible que esté motivado por la búsqueda de la venganza en contra de Correa por parte de los actuales mandantes del país.

Frente a estas consideraciones que podría hacer Bélgica y así negar la extradición de Rafael Correa, se encuentra un principio de derecho internacional muy conocido, el principio *non inquiry* o de no intervención en los asuntos internos. Para poder esclarecer el significado de este principio es necesario dilucidar lo que se debe entender por intervención. Según el tratadista Antonio Remiro Brotóns la intervención es el acto por el que un Estado se entromete mediante la autoridad en los asuntos que son de jurisdicción doméstica de otro, imponiéndole un comportamiento determinado. (Citado en Bernal, 2010).

En este sentido el principio de no intervención supondría que ningún Estado puede tomarse la atribución de incidir directa o indirectamente en las decisiones de otro; esto debido a la soberanía y reconocimiento internacional como elementos esenciales en la conformación de un Estado, elementos a los que se hizo referencia en el capítulo inicial del presente trabajo. Este principio es de tal relevancia que ha sido consagrado en la Carta de Naciones Unidas (1945): “Ninguna dis-

posición de esta Carta autorizará a las Naciones Unidas a intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados (...). (art.2 num.7)).

De esta manera encontramos nuevamente una dicotomía, por un lado el principio de no intervención que en caso de ser aplicado facilitaría la extradición de Correa, pues Bélgica no estaría facultada para hacer ningún tipo de juicio de valor ni consideración acerca de la forma en la que se desarrolla la justicia ecuatoriana, mientras que por otro el posible dictamen belga que no entregaría a Correa aduciendo que el la justicia ecuatoriana es corrupta y únicamente se busca la venganza en su contra.

Para poder esclarecer esta discordancia doctrinaria es necesario nuevamente utilizar un principio del derecho internacional, este es la cooperación entre Estados. Aplicando este fundamental principio Bélgica debería aceptar la extradición de Correa, tomando en cuenta que es posible que en algún momento el Estado ecuatoriano se convierta en el país requerido de una extracción cambiando así los roles.

2. LA FIGURA DEL ASILO

Como Díez de Velasco afirma en su estudio, puede decirse que el asilo es una protección que un Estado ofrece a personas que no son sus nacionales ya que su libertad o su vida corren peligro, debido a persecuciones o amenazas de otro Estado (Citado en Arlettaz, 2016).

El asilo en el derecho internacional es una especie de amparo ofrecido por un Estado en beneficio de una persona de cualquier nacionalidad diferente a la del Estado protector, el cual busca brindar auxilio a la persona que huye de un país en donde pelagra su integridad o su vida, de manera que se le brinde resguardo y asistencia.

Tal es la relevancia del asilo en la esfera de la ciencia jurídica que ha sido consagrada en la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948): “En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país”. (art.14 num.1)). Cabe resaltar que dicha Declaración hace sobresalir el hecho de que el asilo puede ser disfrutado en el caso de ser perseguido.

Haciendo uso de la soberanía los países tienen la plena facultad de tomar la decisión de considerar como asilada a una persona, o por el contrario no tomarla en cuenta como tal rechazando su solicitud, sin que tengan la obligación de motivar su decisión.

Existen dos clases fundamentales de asilo, el asilo territorial que es concedido a la persona interesada, después de analizar su solicitud, en el territorio del país protector; y el asilo diplomático que es otorgado en una de las embajadas del país protector. El efecto inmediato que produce otorgar el asilo a una persona es la aceptación tácita de no extraditarla.

2.1. ACNUR y sus dictámenes en pos del asilo

A diferencia de la extradición la figura del asilo no contempla requisitos universales y fundamentales que tengan que ser necesariamente cumplidos por la persona solicitante: el país receptor es el que impondrá soberanamente si la acepta o no, pero esto no quiere decir que no existan ciertas consideraciones a tomar en cuenta en favor de aceptar o no dicha figura de derecho internacional.

Al respecto Bélgica, al igual que varios otros países alrededor del mundo, es parte de la Organización de las Naciones Unidas ONU, organización internacional que tiene como objetivos primordiales la cooperación entre Estados, fomentar la paz y seguridad y promover la correcta aplicación de los Derechos Humanos. Esta organización para su correcto funcionamiento ha creado diversas agencias o sub organizaciones las cuales tienen sus propias metas; una de estas agencias es el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados ACNUR, la cual busca el bienestar de aquellas personas que se han visto en la innegable necesidad de huir de un país dándoles la posibilidad de solicitar asilo.

ACNUR realiza varias reuniones conocidas como mesa redonda, en donde mediante la intervención de expertos en el tema a tratar, determina ejes fundamentales y bases que deben ser observadas por los Estados que forman parte de esta organización. En este sentido, en el año 2001 en la ciudad de Ginebra se convocó a una mesa redonda en donde se estipularon ciertas circunstancias que coadyuvarían a que se otorgue el refugio a una persona, estas principalmente son:

- Los Derechos Humanos le corresponden a cada una de las personas por el simple hecho de ser humanos, le son naturalmente inherentes y de pertenencia universal sin que medie discriminación alguna.
- El derecho a la unidad familiar debe ser garantizado como un Derecho Humano; derecho que será tomado muy en cuenta para conceder el asilo
- La aplicación del derecho a la unidad familiar no queda condicionada a un tratado internacional, es decir, no existe la necesidad de que un Estado esté suscrito a un convenio que hable sobre este tema para que lo aplique.
- Para que un Estado aplique de manera eficiente el derecho a la unidad familiar debe, de ser el caso, tomar las medidas necesarias que garanticen que los miembros de la familia no van a tener que separarse; o abstenerse de ejecutar cualquier acción que desencadene en la desunión familiar.
- No existe un concepto único de familia a la luz del derecho internacional, los países están en la obligación de considerar a la familia en forma flexible, tomando en cuenta cada caso particular así como también las diferentes situaciones económicas, culturales, educativas, etc.
- En el caso de que una persona solicite asilo en un Estado las autoridades competentes están en la obligación de agilizar lo más posible el trámite y solventar la situación jurídica de la persona, sobre todo cuando existan menores de edad que se puedan ver afectados por la falta de aplicación del derecho de la unidad familiar.

Estas estipulaciones brevemente resumidas realizadas por ACNUR son las más relevantes, las cuales deberían ser tomadas en cuenta por los países en los que se solicita asilo.

2.2. ¿Podría Rafael Correa solicitar asilo en Bélgica?

Debido a la difícil situación jurídica y política que afronta el expresidente Rafael Correa Delgado es muy probable que su equipo de asesoría legal tenga la idea de solicitar asilo en Bélgica; a continuación se

expondrá lo que sucedería en el hipotético caso de que su solicitud esté en manos del país europeo en el que actualmente reside.

Después de que Correa culminara con su último periodo presidencial tomó la decisión de trasladarse conjuntamente con su familia a Bélgica, país de nacionalidad de su esposa. En este Estado europeo al igual que en nuestra legislación, se han adoptado los conceptos del *ius solis* y *ius sanguinis* para poder establecer el vínculo jurídico entre una persona natural y el país, es decir que tanto las personas que nacen dentro del territorio como quienes son descendientes de un ciudadano de Bélgica son considerados sus nacionales.

En este sentido los 3 hijos del expresidente, acogiéndose al *ius sanguinis*, tienen la nacionalidad del país en donde se encuentra su domicilio actualmente, es decir Bélgica. Cabe resaltar que el hijo menor de la familia Correa Malherbe aún es menor de edad.

Bajo estas consideraciones, en el supuesto de que Correa inicie la solicitud de asilo en Bélgica, este Estado estaría en la obligación de agilizar lo más posible el trámite (según lo decretado por la ACNUR y expuesto en líneas precedentes), tomando en cuenta que en su núcleo familiar existe un menor de edad, así como también se tendría necesariamente que tomar medidas que garanticen la unión familiar, ya que en el caso de que no se acepte el asilo y por el contrario se lo extradite se estaría propiciando que su familia se separe.

Estas consideraciones y el hecho de que la familia de Correa ostente la nacionalidad belga son fundamentos contundentes, los cuales inclinarían la balanza en beneficio de que Bélgica acepte el asilo en favor del expresidente, dotándole de esta forma de protección y respaldo.

3. EXTRADICIÓN VS ASILO

Un vez que se han expuesto, a la largo del trabajo en cuestión, los diferentes fundamentos jurídicos que apoyan la aplicación tanto del asilo así como de la extradición, a continuación se muestra un cuadro comparativo en donde se podrá evidenciar de mejor manera cuál de estas opciones es la más viable en el especial caso del expresidente Rafael Correa.

	Consideraciones que permiten su aplicación en el caso Rafael Correa	Consideraciones que imposibilitan su aplicación en el caso Rafael Correa
Extradición	<p>Existe la petición de prisión preventiva en su contra</p> <p>Hay un convenio sobre extradición entre Bélgica y Ecuador</p> <p>Los delitos por los que se investiga a Correa también están tipificados en Bélgica</p>	<p>Bélgica puede considerar que la justicia ecuatoriana es corrupta y solo busca la venganza en contra de Correa</p>
Asilo	<p>La familia de Correa tiene la nacionalidad belga</p> <p>Existe un menor de edad dentro de su familia</p> <p>Bélgica podría considerar a Correa como un perseguido político</p>	<p>La orden de prisión preventiva por la supuesta participación de Correa en varios delitos podría truncar la solicitud de asilo en Bélgica.</p>

4. CONCLUSIONES

El principio de derecho internacional conocido como cooperación entre Estados hace posible que la existencia de un tratado internacional entre el país requirente y el país requerido deje de ser un requisito *sine qua non* para aplicar la extradición. De todas maneras el Ecuador sí cuenta con un convenio firmado con Bélgica el cual facilitaría la extradición de Rafael Correa.

El Ecuador cumple con los requisitos expuestos por la doctrina del derecho internacional en pos de aplicar la extradición en contra del expresidente Rafael Correa Delgado, pero a pesar de esta ventaja la extradición puede verse truncada en razón de que Bélgica tendría la posibilidad de hacer un juicio de valor acerca de nuestra justicia, y en caso de encontrarla corrupta y motivada por la venganza la extradición no sería aceptada por el país europeo; en contraposición a esta posible consideración de Bélgica acerca de nuestra justicia Ecuador podría hacer uso del principio *non inquiry* el cual dispone que un Estado no puede entrometerse en los asuntos propios de otro.

Si Bélgica llega a negar la extradición del expresidente por considerar que el sistema de justicia en el Ecuador no es del todo fiable, estaría actuando dentro de las facultades que le son atribuidas por uno de los elementos conformantes del Estado como es la soberanía, de manera que tomaría una decisión independiente sin que influya o sea de relevancia la opinión de los demás Estados alrededor del mundo, incluido el Ecuador.

Por el contrario, si Rafael Correa solicita asilo en Bélgica para de esta manera beneficiarse de su protección y así evitar enfrentar la justicia ecuatoriana, estaría revestido de ventajas que le permitirían ganar el beneplácito belga. La ACNUR estipula que los Estados deben garantizar todas las medidas necesarias para evitar la desunión o fraccionamiento familiar, de tal manera que Correa al contar con su esposa e hijos de nacionalidad belga se vería favorecido por esta consideración, de igual manera el hecho de que cuente con menores de edad dentro de su familia constituiría otra gran ventaja en pos de que su solicitud de asilo sea aceptada.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Arlettaz, F. (2016). *Naturaleza y alcance del asilo en el sistema interamericano de Derechos Humanos*. Recuperado de https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122016000100007.

Bernal, C. (2010). *El principio de no intervención en el sistema interamericano enfocado a los casos de Nicaragua (1978-86) y de Colombia-Ecuador (2008)*. Recuperado de <https://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/politica/tesis364.pdf>.

Cañardo, H. (2013). La extradición, el delito político y el asilo extraterritorial a la luz de los principios del derecho internacional público. *Revista de derecho*, 8(1), 81-115.

Código Orgánico Integral Penal. R.O. No.180 del 10 de febrero del 2014.

Gómez-Robledo, A. (2000). *Extradición en derecho internacional: aspectos y tendencias relevantes*. Mexico: Unam.

Mansilla, M. (2017). *Derecho internacional privado*. México: Iure.

Pérez, M. (2009). *Instrumentos de cooperación judicial penal I: la extradición y la euroorden*. España: Universitat Jaume I.

La reforma de la Constitución: consideraciones conceptuales

*Constitutional Reform:
Conceptual Consideration*

Abg. Esteban Javier Polo Pazmiño¹
Docente, UASB

Original - Ruptura, 2019

Artículo recibido/ Received: 16 de agosto, 2019

Artículo aceptado/Accepted: 05 de noviembre, 2019

Citación

Polo, E. (2019). *La reforma de la Constitución: consideraciones conceptuales*. Revista Ruptura de la Asociación Escuela de Derecho de la PUCE. Edición 2019, p (95-114).

DOI:

RESUMEN: Ha sido una práctica frecuente en el país que la reforma constitucional² se analice desde una perspectiva estrictamente pro-

1 Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Diplomado en “Jurisdicción Constitucional” por la Universidad del Rosario. Especialización en Derecho Constitucional por la Universidad Andina Simón Bolívar. Master en Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla- La Mancha. Doctorado en Derecho por la Universidad de Castilla - La Mancha. Fue coordinador jurídico de la Corte Nacional de justicia además de ser Asesor de la Presidencia en la Corte Constitucional del Ecuador y actualmente es Docente en la Universidad Católica de Cuenca en la Maestría de Derecho Constitucional y Docente en la Universidad Andina Simón Bolívar en el posgrado de Derecho Constitucional y Derecho Procesal estebanpolo88@gmail.com

2 Una aclaración necesaria es que, a lo largo del presente ensayo, la referencia al término “reforma” no hace mención al mecanismo específico previsto en el artículo 442 de la Constitución ecuatoriana, que denomina “reforma parcial” a una forma específica de modificar el texto constitucional. Al contrario, el uso de este término

cedimental, sin tomar en consideración la incidencia sustancial del ejercicio de esta figura en la teoría constitucional y política. Pese a la evidente instrumentalización de la reforma respecto a su objeto -la Constitución-, este mecanismo posee una serie de aristas sustanciales que generan efectos jurídicos y políticos en el sistema constitucional. La reforma se diferencia del poder constituyente, especialmente por el establecimiento de límites que, por voluntad del constituyente, condicionan su ejercicio. La regulación constitucional que prevé las reglas para su reforma tiene sustento en la propia esencia del constitucionalismo contemporáneo, por lo que, para una comprensión adecuada de las prescripciones normativas que rigen a la reforma constitucional, es necesario conocer la base conceptual de esta figura jurídico-política.

PALABRAS CLAVE: Constitución, reforma, poder constituyente, limitaciones, Corte Constitucional.

ABSTRACT: *It has been a frequent practice in Ecuador to analyze constitutional reform from a strictly procedural perspective, without taking into consideration the substantial impact of this figure in constitutional theory. Despite the obvious instrumentalization of constitutional reform regarding its purpose – the Constitution – this mechanism has a series of substantial edges that generate legal and political effects in the constitutional system. The constitutional regulation that contains the rules for its reform is based on the very essence of contemporary constitutionalism. Therefore, it is necessary to comprehend the conceptual basis of this legal-political figure in order to have an adequate understanding of the normative prescriptions that govern constitutional reform.*

KEY WORDS: *Constitution, constitutional reform, constituent power, limitations, Constitutional Court.*

INTRODUCCIÓN

En el caso ecuatoriano, la Constitución expedida en 2008 ha superado el tiempo de vigencia promedio de un texto constitucional en el país; no obstante, la coyuntura política, social y jurídica da cuenta de varias iniciativas que promueven en la actualidad una serie de modificaciones a la Constitución. Muestra de aquello es que, en lo que va del 2019

alude a la institución genérica destinada a modificar, suprimir o alterar un cuerpo normativo, en este caso, la Constitución.

(agosto), han ingresado siete propuestas de enmienda, reforma parcial o cambio de Constitución y la Corte Constitucional ha emitido seis dictámenes de procedimiento.

Esto ha propiciado un amplio debate que no se agota en el ámbito académico, pues varios sectores sociales y políticos se han interesado también en las decisiones emitidas por la Corte Constitucional³. Frente a este contexto, es necesario analizar desde una perspectiva jurídica los aspectos fundamentales de este instituto, pues se requiere contar con los elementos apropiados desde las Ciencias Jurídica y Política, para intervenir de manera crítica y protagónica en esta todavía inconclusa discusión sobre los efectos, naturaleza jurídica y componentes fundamentales de la reforma constitucional.

1. EL PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO

En términos generales, el poder constituyente originario consiste en aquella potestad para elaborar una Constitución. En relación con esto, Sagüés (2009) distingue dos modalidades: “Desde el punto de vista cronológico, es 1) un poder fundacional, cuando crea el Estado, o 2) posfundacional, si inaugura una nueva era o ciclo constitucional, cuando se ejercita en un Estado ya existente, pero despegándose del orden constitucional previo” (p.153). Por consiguiente, la elaboración de una Constitución se refleja tanto en la creación de un Estado como en la reestructuración de sus elementos fundamentales.

En el primer caso, el nacimiento de la norma fundamental no tiene un antecedente positivo, puesto que no existe un marco normativo previo. Por su parte, el poder constituyente de carácter “pos fundacional” supone una ruptura entre el marco constitucional vigente y la voluntad soberana que, al pretender un cambio de Constitución, busca alejarse de sus elementos y principios esenciales. En consecuencia, si bien es cierto que en este caso sí existe un marco constitucional previo que rige en el Estado, carece de sentido que el poder pos fundacional deba sujetarse a sus prescripciones normativas, debido a que

3 Las decisiones en referencia son los dictámenes de procedimiento que, conforme con los artículos 443 de la Constitución y 99 numeral 1 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales, debe expedir la Corte Constitucional para indicar la vía de cada una de las propuestas que se formulen para modificar la Norma Suprema.

aquello sería un limitante para la elaboración de una Constitución que no tiene por qué acatar las disposiciones de su antecesora.

Una de las consecuencias que esto acarrea es la inexistencia de limitaciones expresas que condicionan el ejercicio del poder constituyente que crea una Constitución, dado que el poder soberano constitutivo es supremo y al no fundamentarse en ninguna norma jurídica, prescinde de límites externos. Sin embargo, aquello de ninguna manera implica la carencia de límites implícitos o inmanentes, pues, la Constitución, para ser considerada materialmente como tal, requiere tener un contenido mínimo⁴.

Lo dicho también permite diferenciar el poder constituyente de los poderes constituidos, los cuales, a diferencia del primero, sí necesitan un sustento jurídico que debe constar en la norma constitucional o legal para ejercer sus funciones. Al contrario, cabe indicar que el poder constituyente tiene una finalidad concreta y puntual, por lo que desaparece una vez que entre en vigencia la Constitución.

En definitiva, se ha situado el ejercicio del poder constituyente originario tanto en la creación del Estado a través del acto constituyente, como en el cambio de Constitución dentro del Estado ya existente. Ambos momentos conllevan una circunstancia atípica y “extrema” en la cual se busca negar y sustituir el régimen previo, sea a través de un nuevo Estado o de una reestructuración fundamental al ya existente. Hay, no obstante, un mecanismo menos profundo para efectuar cambios en el texto supremo: la reforma de la Constitución, que conlleva la modificación de contenidos constitucionales siempre que no alteren su esencia y dentro del marco regulativo del mismo texto constitucional.

4 Respecto del contenido de la Constitución, (Salgado Pesantes, 2004) manifiesta que: “Por un lado, enuncia los principios básicos que sirven de fundamento al Estado constitucional, los cuales deben orientar la acción de los poderes públicos. Además, consagra los derechos y libertades de la persona y establece las garantías que tutelan los derechos (...). De otro lado, organiza el poder del Estado a través de las instituciones políticas y reglamenta su ejercicio” (p.49). Adicionalmente, entre los elementos mínimos que configuran una Constitución, desde la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano en 1789, constan el reconocimiento de los derechos y los mecanismos para hacerlos efectivos y la separación de poderes; a esto, se debe añadir, indiscutiblemente, la soberanía popular ya que en un Estado constitucional, ésta es la que le otorga legitimidad.

2. LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN

A diferencia del poder constituyente originario, la reforma constitucional sí cuenta con una reglamentación positiva. Como consecuencia surge el denominado poder de reforma llamado también derivado o constituido, en razón de que aquella potestad de modificación constitucional se deriva, precisamente, de la propia Constitución y es ejercida por los órganos constituidos que se establezcan para el efecto.

El profesor Pérez Royo (2012) sostiene que el fundamento de la reforma de la Constitución se encuentra relacionado con el “paralelismo de las formas” que consiste en la condición de que una norma se reforme de la misma forma en la que fue creada. Así, una ley debe ser modificada mediante una ley, un reglamento por un reglamento y así sucesivamente. No obstante, dadas las características de la Constitución y su origen, afirma que respecto de este texto supremo:

(...) el paralelismo no puede ser exacto, ya que el poder constituyente originario no puede tener una réplica, como la tiene el legislador. El poder constituyente originario, una vez que crea la Constitución deja de existir. A partir de ese momento todos los poderes son constituidos. La reforma de la Constitución es la forma en que el poder constituyente se proyecta a sí mismo hacia futuro. Cuando yo deje de existir, únicamente se podrán introducir modificaciones en la Constitución de esta manera (p.125).

Desde este punto de vista, la reforma constitucional tiene su origen en la soberanía popular y en la voluntad democrática que representa el poder constituyente, pues ésta decidió establecer en el texto constitucional la forma, requisitos y regulación necesaria para que un órgano constituido ejerza la función de reforma.

En cuanto a su objeto, es claro que la reforma constitucional busca modificar el texto de la Constitución; sin embargo, su limitación principal tiene que ver con el ámbito de la modificación: si un cambio es de tal magnitud que altera la esencia o la base fundamental de la Constitución, aquél no será producto de una reforma sino que estaremos frente al ejercicio del poder constituyente originario. Esto podría ocurrir no sólo cuando se modifica la mayoría o la totalidad del articulado de la Constitución, pues incluso la supresión de un artículo podría alterar drásticamente el orden constitucional vigente.

Por ejemplo, si se modifica el actual artículo 1 de la Constitución de la República y se reconoce al Ecuador como un Estado monárquico, aquel cambio de una sola prescripción habrá significado mucho más que una reforma puntual, pues la esencia de la Constitución, y por tanto del Estado, habrá sido sustituida, aspecto que le compete al poder constituyente originario.

Sobre esta consideración, el profesor Enrique Belda Pérez-Pedrero (2008) señala con mucha precisión que:

(...) un deseo de la voluntad popular expresada a través de los poderes constituidos que considere necesario, también, alterar los fundamentos más sustanciales de una constitución, evidenciado algo más que un mero ajuste o cambio tolerado dentro de los márgenes del poder de reforma, puede abrirse camino (sin forzar el texto constitucional reformado con una inútil prolongación de su vigencia) a través de un nuevo proceso constituyente (...) (p.39).

2.1. Funciones del poder de reforma

Para comprender adecuadamente las funciones de la reforma, se seguirá la línea propuesta sobre este tema por el jurista español Pedro De Vega (2011), quien identifica tres funciones: 1) herramienta para adecuar la realidad con la Constitución; 2) mecanismo de la articulación de la continuidad jurídica del Estado; y, 3) actúa como garantía (pp. 67-68).

- a) Herramienta para adecuar la realidad con la Constitución: Por su calidad de norma jurídica provista de prescripciones, la Constitución es susceptible de desfasarse de la realidad. Así, la función principal de la reforma es evitar que aquel desfase vuelva inaplicables los contenidos de la Constitución, lo cual, a su vez, podría generar un cambio total y abrupto de texto constitucional. De este modo, esa calidad de adecuación de las realidades sirve para que la Constitución sea efectiva y perdure en el tiempo. Cabe señalar que "...la reforma constitucional parece más bien pensada para adecuar el texto constitucional a aquellas transformaciones que se vayan produciendo. Es decir, mediante ella se trasladan al texto constitucional las transformaciones acaecidas en la realidad constitucional..." (Álvarez Conde, 2007, p. 187)

- b) Mecanismo de continuidad jurídica del Estado: La reforma del texto constitucional, con fundamento en su rigidez, se configura también como un mecanismo de defensa de la propia Constitución. Por un lado, al dificultar su modificación se garantiza la estabilidad de la Constitución; y por otro, al permitir su reforma bajo el cumplimiento de los requisitos constitucionales, se evita acudir a cambios totales para cuestiones que pueden solventarse a través de una reforma puntual.

Por tanto, se impide un constante y permanente proceso de modificaciones de Constitución, a la vez que se abre la posibilidad de que el texto constitucional sea cambiado y adecuado conforme las exigencias sociales de determinada época. Bajo este orden de ideas, reformar la Constitución no conlleva su modificación total o la alteración de sus elementos básicos, por lo que el Estado mantiene su orden constitucional y jurídico con determinadas y puntuales modificaciones necesarias para su correcto funcionamiento en virtud de cambios políticos, sociales, culturales, entre otros.

- c) La reforma como garantía: De Vega (2011) sostiene que “al establecerse un procedimiento más agravado y difícil para reformar la Constitución que el que se sigue para modificar las leyes ordinarias, se opera automáticamente, al menos a nivel formal, la separación entre ley constitucional y ley ordinaria” (p.69). Es decir, al reconocerse que la reforma de la Constitución es distinta y dificultada con respecto a una ley ordinaria, se garantiza así su supremacía, pues los contenidos procedimentales y materiales de la Constitución vinculan al poder público, exigiendo su cumplimiento para poder tener validez.

Como se expresó anteriormente, los contenidos de la Constitución son de suma relevancia para el régimen jurídico de cada Estado, pues reconocen aspectos sustanciales como la estructura del Estado en consonancia con los derechos, garantías o la soberanía popular; al establecer un mecanismo agravado de modificación, se asegura una mayor dificultad para alterar estas materias. El jurista chileno Francisco Zúñiga Urbina (2005) expone, en este sentido, que la reforma es “... una garantía para las minorías acerca de la estabilidad de las reglas preliminares y del juego político- democrático (N. Bobbio; H. Kelsen), por lo que la supremacía y rigidez de la Constitución son una garantía jurídica o normativa...” (p.35).

En tal virtud, una adecuada reforma de la Constitución lejos de ser un mecanismo que pretenda su destrucción, conlleva una protección especial a su vigencia y a la vida jurídica del Estado, precautelando además que sus prescripciones sean aplicables a la realidad social y solventando, así, cualquier desfase producto del paso del tiempo; finalmente, constituye una garantía de los contenidos de este texto como los derechos y garantías, para evitar que una mayoría coyuntural parlamentaria pueda modificar bienes jurídicos protegidos o afectar a las minorías.

2.2. Características de la reforma constitucional

En consideración a lo expresado, se pueden identificar dos características fundamentales de la reforma; por un lado, es un poder condicionado, y por otro, tiene una cualidad de “supraordenación y subordinación” respecto del poder constituyente, conforme se expone a continuación.

Tal como se ha dicho, el poder de reforma está establecido en el propio texto constitucional, el mismo que, por este motivo, lo vincula material y formalmente. En relación a la forma, la Constitución establece el procedimiento que debe observarse para reformar la Carta Fundamental, incluyendo el órgano encargado y su trámite. Mientras que en el ámbito material, la reforma no podría suponer un cambio de los principios esenciales de la Constitución –aspecto propio del constituyente originario–, así como de otras materias protegidas a través de cláusulas pétreas o de intangibilidad. En este sentido, Francisco Rubio Llorente (2012) considera que:

La Constitución no es permanente e inalterable, sino susceptible de reforma, pero para llevarla a cabo, tanto las generaciones que expresamente la consintieron, como las que la recibieron como legado, han de atenerse a las reglas orgánicas y procedimentales que la propia Constitución establece y respetar los límites que en ella se fijan (p. 132).

En este sentido, el poder de reforma se encuentra condicionado y limitado en virtud de la reglamentación que la propia Constitución determina, generando una limitación positiva que debe ser acatada por los órganos que participan en la reforma, aspecto que no ocurre, como se ha dicho, en el poder constituyente.

Por otro lado, Oyarte (2007) identifica la característica de supra y subordinación, pues manifiesta que:

Cuando un artículo constitucional es reformado (sea agregando, modificando o derogando determinadas normas), esa voluntad prevalece sobre la del originario, pues de lo contrario los cambios no serían posibles (...) Pero ese poder es a la vez subordinado, pues para que el poder constituyente derivado [poder de reforma] se debe ceñir a las limitaciones que le impuso el constituyente originario en la misma Constitución (p.131).

Así también, Pedro De Vega (2011) indica que “... las únicas leyes válidas contrarias a la Constitución, y posteriores a ella, serán las que, por atenerse a los procedimientos de reforma, se presenten como revisiones constitucionales” (p.70).

Como consecuencia, la reforma ejerce una función de supra ordenación frente al poder constituyente, pues caso contrario no sería viable ningún tipo de reforma respecto de la creación del constituyente; no obstante, a la vez, este poder de reforma se encuentra subordinado al texto de la Constitución y a los límites que establecen el marco en el cual es procedente una reforma. En este contexto, dicha dualidad es posible por la condición de supra ordenación y subordinación del poder de reforma.

En definitiva, el poder de reforma encuentra para su ejercicio limitaciones, al contrario de lo que ocurre con el poder constituyente originario que no tiene limitación positiva alguna. Precisamente, el poder de reformar la Constitución deriva de su establecimiento en el propio texto constitucional bajo las reglas que ésta prescribe. De modo tal que en aquella regulación se establece un procedimiento específico caracterizado por la rigidez constitucional como elemento que surge como consecuencia de la supremacía de la Constitución.

2.3 ¿Cuándo debe reformarse la Constitución?

La reforma, por todas las características señaladas, no es *per se* un elemento negativo o lesivo para la Constitución; por el contrario, teórica e idealmente es un mecanismo de defensa y continuidad. Sin embargo, en la práctica aquello no puede ser generalizado, puesto que la reforma también conlleva una decisión política sujeta a errores o intereses particulares.

La reforma del texto constitucional sin que la situación exija que esto suceda, puede poner en riesgo no solo la eficacia de la Constitución, sino afectar la conciencia constitucional de los individuos, es decir, que el grado de aceptación, conocimiento y pertenencia que estos tengan sobre la Constitución puede desgastarse a causa de una serie de reformas sin justificación suficiente. Esto genera que muchas veces la pregunta sobre cuándo debe ejercerse el poder de reforma, en la práctica se encuentre supeditada a una razón política que no siempre es necesaria. A continuación se busca plantear ciertos argumentos para determinar cuándo se considera necesaria una reforma desde el punto de vista jurídico.

Juan José González Encinar (1986), sostiene que para que exista necesidad en la reforma se verificará en primer lugar “que la reforma no es superflua...” (p. 386). Es decir, un primer elemento para determinar la necesidad de la reforma es observar si la modificación es dispensable, por lo que la reforma deberá significar la inclusión, extinción o modificación trascendental sobre determinado contenido constitucional.

Complementariamente, De Vega (2011), en cuanto a la necesidad política, manifiesta que: “...la pregunta, desde el punto de vista político, sobre cuándo es el momento más oportuno para utilizar el procedimiento formal de la reforma, sólo admite una respuesta; a saber: la reforma es siempre políticamente conveniente cuando resulta jurídicamente necesaria” (p.92). Dicho de otro modo, la necesidad política deberá tener una justificación jurídica.

De manera general, la Constitución prevé una serie de principios que, en muchas ocasiones, fueron concretados en virtud de acuerdos entre varios sectores políticos de diversas concepciones. Por este motivo, su configuración normativa presenta, en ciertos casos, indeterminaciones y hasta elementos que podría evidenciar ambigüedades.

Estas ambigüedades o contradicciones pueden solventarse a través de la interpretación sistemática e integral de la Constitución, siempre y cuando aquello no signifique reformarla, pues la modificación de un texto normativo por vía interpretativa es una mutación que no sigue el procedimiento específico para tal efecto. De esta forma, cuando De Vega se refiere a la necesidad jurídica de la reforma, puede concluirse que ésta sólo se requerirá en caso de que se haya agotado toda interpretación posible o porque la interpretación que se quiere dar se opone o va más allá de la norma constitucional. Así lo considera también

Pérez Royo (1987), quien defiende que “la constitución no debe ser reformada mientras sea posible encontrar una solución congruente con su texto al problema que se plantea mediante la interpretación constitucional, pero tiene que serlo cuando ello no es posible” (p.107).

En este contexto, la reforma de la Constitución será necesaria, desde el punto de vista jurídico, cuando verse sobre un aspecto que no sea superfluo, es decir, que responda a un desfase que haya tornado inaplicable a la norma constitucional o que otorgue una mayor protección a los derechos y a las garantías; pero, además, cuando se haya agotado toda posibilidad interpretativa, siendo así, jurídicamente necesario efectuar una reforma para no caer en una mutación.

2.4. Limitaciones al poder de reforma

Como se expresó en su momento, el ejercicio de la reforma constitucional conlleva una serie de limitaciones de diversa índole, las mismas que lo condicionan.

El jurista colombiano Ramírez Cleves (2003), define a estos límites como:

(...) la acción figurativa de acortar, ceñir o restringir una cosa u acción. El objeto o la cosa que en este caso resulta limitado o restringido es la reforma constitucional, es decir, el poder de los órganos constituidos de cambiar o modificar el producto del ente constituyente (p.53).

En este sentido, la trascendencia de las limitaciones forma parte de la naturaleza jurídica de la reforma constitucional, puesto que, la ausencia de limitaciones a una modificación de la Constitución podría configurar un proceso constituyente y no una reforma (De Vega, 2011, pág. 92).

De este modo, las limitaciones no son un elemento meramente adjetivo de la reforma de la Constitución y, por el contrario, constituyen un aspecto sustancial. Así, el análisis que prosigue se centrará en conocer de forma teórica los tipos de limitaciones a la reforma para, posteriormente, vincular aquellos conceptos con la regulación ecuatoriana.

2.4.1. Tipos de límites

Existe una amplia clasificación sobre las limitaciones al poder de reforma. A continuación, se analizarán los tipos con mayor repercusión en la teoría constitucional y política.

Límites formales y materiales

Los límites formales se refieren al trámite para reformar una Constitución, el mismo que por todas las razones expuestas, adquiere particularidades que lo dificultan en relación con la reforma de normativa infra constitucional. Dentro de estas limitaciones es común encontrar el establecimiento de diversos mecanismos que se explican a continuación:

- **Iniciativa, quórum y mayoría de aprobación calificadas:** La iniciativa calificada conlleva que la propuesta sobre la reforma constitucional que se realiza en el órgano legislativo, cuente con un respaldo mayor para su presentación. Por su parte, tanto el quórum como la mayoría calificada, busca que la reforma incluya el mayor número de acuerdos y consensos, garantizando de cierta manera la participación de minorías y evitando que la reforma responda exclusivamente a una mayoría parlamentaria coyuntural. Por ejemplo, en el caso ecuatoriano, según el artículo 441 numeral 2 de la Constitución, la enmienda exige una iniciativa de al menos la tercera parte de los integrantes de la Asamblea Nacional y una mayoría de 2/3 partes para aprobarla (2008).
- **Número distinto de debates o tiempos de espera entre estos:** Se podrían incluir condicionamientos que aumenten el número de debates necesarios para tramitar en el órgano legislativo la reforma constitucional. El propósito es que la reforma sea objeto de mayor discusión, lo cual, al menos en teoría, facilitará la obtención de un mejor producto y así, incurrir en menos errores. Así también, se suele establecer un tiempo de espera entre el primer y segundo debate, para efectos de que la modificación no responda a determinada coyuntura política, económica o social. En el caso ecuatoriano, la Constitución ordena que el segundo debate de la enmienda se llevará a cabo un año después del primero (2008).
- **Inclusión de mecanismos de democracia directa:** Esencialmente se trata de la iniciativa popular normativa y el referéndum aprobatorio como herramientas combinadas con los procedimientos lleva-

dos a cabo por los poderes constituidos. La Constitución ecuatoriana, en su artículo 442, establece que la reforma parcial requiere, además de la aprobación legislativa, que la ciudadanía ratifique a través de un referéndum; y, además, reconoce la iniciativa ciudadana para proponer una reforma ante la Asamblea Nacional (2008).

De este modo, se observa que estos límites corresponden a mecanismos de índole procedimental que tienden a dificultar el trámite de reforma. Cabe indicar que las herramientas antes indicadas no son una lista taxativa y definitiva, sino ejemplificativa; sin embargo, podrían existir muchos más, siendo siempre limitaciones que tienen que ver con el procedimiento de la reforma.

Por su parte, respecto de las limitaciones materiales, se configuran como el contenido de la Constitución cuya reforma está prohibida. Oyarte (2007) manifiesta que “no se refieren este tipo de limitaciones a los trámites (...) sino a materias determinadas sobre las que el constituyente derivado está vedado para ejercer su poder de reforma constitucional” (p. 141).

Aquellas prohibiciones se manifiestan principalmente en las denominadas cláusulas de intangibilidad y pétreas. La intangibilidad, relacionada con los derechos, implica una garantía por la cual las situaciones establecidas no pueden ser restringidas; un claro ejemplo es la aplicación de este principio en material laboral, cuya determinación surgió para proteger a los trabajadores y a sus beneficios obtenidos, de una eventual regresión. Por otro lado, la cláusula pétrea conlleva estrictamente la imposibilidad de una modificación de cualquier índole.

En este sentido, mientras las cláusulas pétreas implican una prohibición absoluta de cambio, las de intangibilidad lo admiten con una condición esencial, que dicha modificación no sea restrictiva.

Sobre las cláusulas pétreas o de intangibilidad, el profesor Javier Díaz Revorio (1997) ha sostenido que “... tras la Segunda Guerra Mundial, varios textos constitucionales introdujeron cláusulas prohibitivas de la reforma de ciertos aspectos que se consideraban fundamentales”. (p. 27) Esta situación se explica porque en el siglo XIX el poder de reforma se asimilaba con el constituyente, por lo cual no se concebía la existencia de limitaciones; y, también por la necesidad de proteger determinados contenidos e intereses sociales y políticos plasmados en

disposiciones constitucionales a fin de evitar los reprochables sucesos acontecidos en las guerras mundiales.

En Ecuador, la Constitución establece una cláusula pétrea y otra de intangibilidad. Los artículos 441 y 442 establecen que la enmienda y la reforma parcial no caben cuando: i. Se altere el procedimiento de modificación de la Constitución; o, ii. Se restrinjan derechos o garantías constitucionales. (2008)

La primera de estas limitaciones corresponde a una cláusula pétrea, pues la Constitución dispone que no se podrá modificar el procedimiento de reforma, lo cual implica que su cambio, en cualquier sentido, está prohibido (2008). El propósito de esta cláusula es evitar una reforma en doble grado, riesgo que el profesor Javier Díaz Revorio contextualiza de la siguiente forma:

(...) se ha señalado que tales cláusulas suelen tener una eficacia práctica limitada, pues, desde el punto de vista jurídico, cabrá reformar la propia cláusula antes de proceder a la reforma que estaba prohibida, es decir, proceder a una reforma de doble grado (1997, pp. 32-33).

En contraposición, la segunda limitación descrita es una cláusula de intangibilidad, pues impide la restricción de derechos y garantías, pero permite su desarrollo más progresivo, por lo cual sí se podría modificar una disposición que contemple derechos o garantías siempre que esto suponga ampliar su contenido.

Una limitación material adicional es la que guarda relación con los contenidos esenciales, básicos o fundamentales de la Constitución. Como se indicó previamente, estos aspectos no pueden ser alterados mediante una reforma, pues aquello significaría una reestructuración del Estado, lo cual le compete al poder constituyente originario. No existe una lista taxativa de estos elementos por lo que deberá examinarse en cada circunstancia si la modificación de cierto enunciado podría incidir de tal manera que se afecte la esencia de la Constitución.

La Constitución ecuatoriana establece dos limitaciones adicionales para el procedimiento de enmienda de uno o varios artículos, que no son aplicables para la reforma parcial de la Constitución. El artículo 441 del texto supremo dispone que a través de una enmienda no está permitido alterar los elementos constitutivos del Estado ni la estructura

fundamental de la Constitución. Aquello, no obstante, en principio sí procedería mediante la reforma parcial, cuando la magnitud del cambio no incida en la esencia de la Constitución, tal como se expresó. (2008).

Límites explícitos o implícitos

Como su nombre lo indica, los límites explícitos, también llamados expresos o textuales, son aquellos que están determinados en el texto de la Constitución.

Sin embargo, también existen limitaciones que no se encuentran taxativamente en el texto constitucional, sino que son implícitas o inmanentes y responden a los valores e intereses fundamentales de la Constitución y del sistema constitucional en su generalidad; dicho en palabras de Loewenstein (1976): "... la prohibición de reforma se produce a partir del "espíritu" o telos de la constitución, sin una proclamación expresa en una proposición jurídico- constitucional" (p. 198). En la misma línea, Díaz Revorio (1997) expone que "la posible existencia de límites implícitos a la reforma constitucional derivaría de la inmunidad propia de ciertos valores ideológicos fundamentales, implícitos o inherentes a la Constitución" (p. 35).

En tal virtud, a partir del concepto de Constitución se desprenden los límites implícitos; de este modo, el poder de reforma está limitado por los elementos que configuran materialmente una Constitución⁵ en un régimen constitucional y democrático contemporáneo.

2.5. Constituciones rígidas y flexibles

El grado de rigidez de la Constitución se encuentra dado por el nivel de dificultad en su procedimiento de reforma. Dentro del constitucionalismo contemporáneo no se puede hablar de la existencia de Constituciones que se ubiquen en los extremos de flexibilidad o rigidez;

5 Como se refirió previamente, el contenido mínimo de la Constitución se compone del catálogo de derechos y garantías, el principio democrático o soberanía popular, supremacía constitucional, así como una estructura política y administrativa del Estado en base a la separación de funciones y al rol garante del mismo, por lo que, en mi criterio, aquellos constituyen los límites implícitos al poder constituyente, los cuales, por su trascendencia y relación directa con el sistema constitucional, deben ser acatados por el poder de reforma.

con acierto el jurista español Francisco Tomás y Valiente (2004) ha mencionado que “hoy casi todas las Constituciones son rígidas (...) en lugar de distinguir, como en los umbrales del siglo hacía Bryce, entre Constituciones rígidas y flexibles, hoy conviene hablar de Constitución con mayor o menor grado de rigidez” (p. 55).

Ahora bien, una de las cuestiones más importantes es determinar cuál es el grado adecuado de rigidez. En este sentido, una Constitución con un grado muy bajo de dificultad de reforma podría derivar en que las mayorías coyunturales la modifiquen en base a sus intereses, lo cual pondría en tela de duda la supremacía de la Constitución, pues el poder político constituido estaría subordinándola. Mientras que, por otro lado, un texto sumamente rígido podría devenir en la imposibilidad de armonizar las disposiciones constitucionales con la realidad en la que impera, lo cual generaría el “envejecimiento” de la Constitución y su consecuente ineficacia. Además, como indica Enrique Álvarez Conde (2008), “... la absoluta rigidez constitucional puede conducir a que los cambios constitucionales se produzcan al margen y en contra del propio texto constitucional, lo que implicaría la destrucción de la Norma Fundamental” (p. 184).

En otras palabras, las consecuencias de uno y otro nivel de rigidez pueden comprometer el correcto desenvolvimiento del orden constitucional, poniendo en riesgo no sólo la eficacia del texto supremo, sino su vigencia. Precisamente, en cuanto a lo indicado por el profesor Álvarez Conde, la ausencia de medios reales y plausibles de modificar determinado contenido constitucional puede generar que dichos cambios se los realice inobservando sus regulaciones, ya sea destruyendo, mutando, quebrantando o suspendiendo la Constitución.

En definitiva, la cuestión a resolver tiene varias aristas indeterminadas y dependerá esencialmente del sistema constitucional y la cultura jurídico- política que se analice, para que en función de aquellos elementos se pueda determinar el grado de rigidez adecuado, que debe ser equilibrado. En todo caso, el grado de rigidez dependerá de la propia Constitución, su procedimiento de modificación y esencialmente del tipo y grado de limitaciones que se prevea.

En el caso ecuatoriano existe una variable adicional. El artículo 443 de la Constitución dispone que será la Corte Constitucional el organismo encargado de calificar cuál de los procedimientos (enmienda, refor-

ma parcial o cambio de Constitución) procede frente a cada propuesta de modificación constitucional (2008). Al respecto, cabe señalar que:

(...)la tarea que realiza la Corte respecto de los proyectos de modificación constitucional tiene como objeto analizar su contenido para confrontarlo únicamente con las limitaciones materiales explícitas previstas en los artículos 441 y 442 de la Constitución, y así dictaminar cuál de los mecanismos de modificación constitucional es el que procede para cada caso. (Polo, 2018, p. 83)

Esto conlleva que la Corte Constitucional examinará si las propuestas que pretenden modificar el texto constitucional alteran la estructura fundamental de la Constitución, los elementos constitutivos del Estado, restringen derechos o garantías o si suponen el cambio del procedimiento de modificación constitucional.

Al tratarse de conceptos con un importante margen de indeterminación, las dos primeras limitaciones deberán ser interpretadas por la Corte Constitucional, la que en cada caso determinará su contenido y alcance a efectos de determinar si determinada propuesta puede ser tramitada a través de una enmienda o si requiere una reforma parcial. Así, la Corte delinearé la estructura fundamental de la Constitución y los elementos constitutivos del Estado, lo cual incidirá en la rigidez de la Constitución, del modo que se explica a continuación:

Existe la posibilidad, por lo tanto, de que la Corte, en función del alcance que otorgue a cada limitación, determine el grado de rigidez de la Constitución al flexibilizar o reforzar el procedimiento de enmienda y reforma y los casos en que procede cada uno de éstos. Por ejemplo, si considera a la estructura fundamental del Estado únicamente como las funciones del Estado, el marco para la procedencia de una enmienda es mayor, pues la limitación tendría un alcance restringido. Por el contrario, si se adoptaría una teoría extrema que asimile la estructura fundamental a toda la parte orgánica de la Constitución, la rigidez aumentaría, pues el campo material de la enmienda sería mínimo (Polo, 2015, p. 109).

3. COROLARIO

La reforma de la Constitución tiene efectos prácticos en un sistema constitucional; no obstante, para comprender adecuadamente su naturaleza jurídica es necesario conceptualizar sus elementos, características, finalidad y en general todos los aspectos inherentes a su ejercicio. Para este propósito, el estudio de esta herramienta debe comprender no solo un análisis exegético de las normas que regulan a la reforma constitucional, sino que se deberán abordar las concepciones teóricas vinculadas con este mecanismo.

El ejercicio de la reforma constitucional no puede ser asimilado a cualquier atribución del poder constituido; al contrario, tiene matices que la diferencian tanto del poder constituyente originario y del poder constituido, ya que sus limitaciones provienen de la propia voluntad del constituyente que decidió establecer las condiciones y requisitos para que la Constitución pueda ser alterada.

En las limitaciones explícitas propias de la reforma, precisamente, se encuentra el grado de rigidez que la Constitución tendrá, lo cual, en el caso ecuatoriano no puede desligarse de la interpretación de la Corte Constitucional. Este organismo ocupa un papel central en la defensa de la Constitución, por lo que sus razonamientos deberán ajustarse a una defensa racional del texto supremo pero sin impedir que una nueva voluntad democrática efectúe modificaciones. Así, la Corte tiene la misión fundamental de otorgar un alcance y contenido a las limitaciones materiales explícitas de manera razonable, sin llevar a ninguno de los dos extremos de la rigidez y la flexibilización absoluta.

La Corte Constitucional, a partir del dictamen N° 4-18-RC/19, empezó a corregir una línea jurisprudencial deficiente que fue fijada por los anteriores integrantes de la Magistratura. Aquella línea jurisprudencial flexibilizó abiertamente el procedimiento de enmienda para favorecer un proyecto político, en desmedro de la estructura fundamental de la Constitución y los elementos constitutivos del Estado.

4. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Álvarez Conde, E. (2008). *Curso de Derecho Constitucional-Volumen I, El Estado constitucional, el sistema de fuentes, los derechos y libertades* (Sexta Edición ed.). Madrid: Editorial Tecnos.
- Belda Pérez-Pedrero, E. (2008). *La fallida reforma de la Constitución española durante la VIII Legislatura (2004-2008)*. Navarra: Thomson-Civitas-Aranzadi.
- De Vega, P. (2011). *La Reforma Constitucional y la problemática del poder constituyente* (Séptima reimpresión ed.). Madrid: Editorial Tecnos.
- Díaz, F. J. (1997). *La Constitución como orden abierto*. Madrid: Estudio Ciencias Jurídicas, McGraw-Hill.
- González, J. (1986). “La Constitución y su reforma” (Núm. 17 ed.). Madrid: Revista Española de Derecho Constitucional.
- Loewenstein, K. (1976). *Teoría de la Constitución* (Segunda ed.). Barcelona: Ariel.
- Oyarte, R. (2007). *Curso de Derecho Constitucional: Fuentes del Derecho Constitucional, Poder Constituyente, Derechos Políticos*, Tomo I. Quito: Fundación Andrade & Asociados - Fondo Editorial.
- Pérez Royo, J. (2012). *Curso de Derecho Constitucional* (Décima Tercera ed.). Madrid: Marcial Pons.
- Pérez Royo, J. (1987). *La reforma de la Constitución*. Madrid: Publicaciones del Congreso de los Diputados.
- Polo, E. (2018). El ámbito de control constitucional sobre la convocatoria a consulta popular. (I. I. Ecuador, Ed.) *Revista Ecuatoriana de Derecho Constitucional*, II(2), 83.
- Polo, E. (2015). *Comentarios sobre las limitaciones materiales expresas de la enmienda y reforma de la Constitución ecuatoriana*. (C. Varela, Ed.) Ruptura.

- Ramírez, G. (2003). *Los límites a la reforma constitucional y las garantías - límites del poder constituyente: los derechos fundamentales como paradigma*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita.
- Rubio Llorente, F. (2012). *La forma del poder-Estudios sobre la Constitución* (Tercera ed.). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Sagüés, N. P. (2009). “Notas sobre el poder constituyente irregular”. En análisis de Derecho Constitucional Lationamericano. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung.
- Salgado Pesantes, H. (2004). *Lecciones de Dereco Constitucional* (Tercera Edición ed.). Quito: Ediciones Legales.
- Tomás y Valiente, F. (2004). “Constitución”. En *Filosofía Política II. Teoría del Estado*. Madrid: Edición Elias Díaz, Alfonso Ruiz Miguel, Consejo Superior de Investigaciones Científicas.
- Zúñiga Urbina, F. (2005). “Reforma constitucional: Democracia y Estado de Derecho”. En *Reforma Consitucional*. Santiago: Lexis Nexis.

The United Nations Security Council, our new global legislator?

*El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas,
nuestro nuevo legislador global?*

Jorge Luis Almeida Estrella¹

Investigador jurídico independiente

Información del Artículo

Original - Ruptura, 2019

Artículo recibido/ Received: 13 de septiembre, 2019

Artículo aceptado/Accepted: 05 de noviembre, 2019

Citación

Almeida, J. (2019). *The United Nations Security Council, our new global legislator?* Revista Ruptura de la Asociación Escuela de Derecho de la PUCE. Edición 2019, p (115-134).

DOI:

RESUMEN: El Consejo de Seguridad es el organismo de las Naciones Unidas encargado de mantener la paz y la seguridad internacionales. En ese sentido, el Consejo de Seguridad tiene una amplia gama de mecanismos legales a su disposición, algunos de los cuales incluyen la posibilidad de promulgar resoluciones vinculantes que deben ser

1 Jorge Luis Almeida Estrella : Abogado de los tribunales de la República por la Universidad Internacional del Ecuador; Master en Derecho Internacional por la Universidad de Edimburgo ; Docente de Teoría Constitucional, Facultad de Ciencias Humanas Pontificia Universidad Católica del Ecuador (2019-2020); Director de Asesoría Jurídica Agencia de regulación y Control Postal (2018-2019); Director de Gestión Documental, Secretaría de Planificación y Desarrollo (2017-2018); Analista Legal , Dirección de Diseño Legal, Secretaría de Planificación y Desarrollo (2015-2016); Analista Legal, Comisión para la Auditoría Integral de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del Sistema de Arbitraje Internacional en Materia de Inversiones (CAITISA) (2014-2015)

cumplidas por los miembros de las Naciones Unidas, y que también pueden hacerse cumplir. Sin embargo, el Consejo de Seguridad no fue creado como un órgano legislativo, y en ese sentido, es posible que, a través de la promulgación de resoluciones vinculantes que se asemejen a actos legislativos, el Consejo de Seguridad pueda estar actuando ultra-vires y como algún tipo de legislador global partiendo de su papel original en la Carta de las Naciones Unidas.

PALABRAS CLAVE: Consejo de Seguridad, Naciones Unidas, Actos legislativos, Resoluciones vinculantes, Legitimidad.

ABSTRACT: *The Security Council is the United Nations organism in charge of maintaining international peace and security. On that account, the Security Council has a wide range of legal mechanisms at its disposal, some of which, include the possibility to enact binding resolutions that must be complied by the members of the United Nations, and can be also enforced. However, the Security Council was not created as a legislative organ, and in that sense, it may be possible that through the enactment of binding resolutions that resemble legislative acts, the Security Council may be acting ultra-vires and as some sort of global legislator departing from its original role in the United Nations Charter.*

KEY WORDS: *Security Council, United Nations, Legislative Acts, Binding Resolutions, Legitimacy.*

INTRODUCTION

Since the end of the Cold War, the Security Council (SC/Council) has obtained a dominant role in the United Nations (UN) system. Its participation in perhaps three of the most important events in contemporary modern history, the dissolution of Yugoslavia, the war in Iraq, and the war on terror and the raise of terrorism as a global threat, have positioned the SC as a powerful organism with broad capacities. The limits and scope of those capacities in fields such as international law-making, human rights, sovereignty and even the legitimacy of the UN system, have produced questions on the possibility that the SC may act as a global legislator through its binding resolutions.

The purpose of this work is to identify if such power should be allowed, and which advantages and disadvantages may develop from those capacities. In part 1 of this article we deal with the possibility

that legislative resolutions of the SC may be in accordance with its powers under the UN Charter (Charter). Additionally, we will analyse if their characteristics resemble those of legislative acts, and as such give support to the idea that the SC should be allowed to legislate. In part 2 we would take a look to possible limitations and doubts around SC legislative actions and will try to evaluate the good and bad outcomes that SC legislation might cause to the international community.

1. LEGAL EFFECT OF SECURITY COUNCIL DECISIONS

1.1 Power to legislate

According to Article 24 of the (United Nations, Charter of the United Nations, 1945) the main responsibility of the SC is the maintenance of international peace and security, as such, the SC is allowed, *inter alia*, to make recommendations or take those measures necessary to fulfill its duty. However, is there any possibility for the SC to act as a legislator in accordance with its powers as conferred by the Charter?

A traditional reading of the Charter would consider that the SC 'is not properly speaking an organ that creates law, but merely one that interprets and applies existing law' (Boyle and Chinkin, 2007, p. 109). Nonetheless, a review of the recent tendencies in the SC practice, allows us to see that on several occasions, the Council has acted in a broader sense than what would seem available to its powers under a conservative approach.

For instance, the Council has been able to create rights and obligations through its resolutions (UNSC, Resolution 143, 1960), to establish that the enactment of a national law constituted a violation of international law and consequently rendered those actions null and void (UNSC, Resolution 478, 1980). Furthermore, in a broader exercise of its duties, the SC has been able to delimitate a boundary between States, to determine the responsibility of a State under international law, and the adjudication of compensation claims (UNSC, Resolution 687, 1991). As such, the UNSC was able to make legally binding decisions based on questions of law, a matter that is generally conducted by a court (Boyle and Chinkin, 2007).

Some SC resolutions create organs that seem outside its powers under the Charter, like the International Criminal Tribunal for Former Yugoslavia (ICTY) (UNSC, Resolution 827, 1993), and the International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR) (UNSC, Resolution 955, 1994). Although the idea that the SC was authorized to create an international court was contested in the Tadic Case, on basis that the SC acted *ultra vires* (ICTY, Prosecutor v. Dusko Tadic Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 1995, para 27), the ICTY supported the actions of the Council by stating that the Charter allowed the SC a wide range of discretion when deciding how to perform its duties. Therefore, its activities, as described in Chapter VII of the Charter, should be understood only as examples of conduct. Specially, when implementing non-forcible measures to maintain international peace and security (ICTY, Prosecutor v. Dusko Tadic Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 1995, paras 28-36).

In that sense, the ICTY sustained early findings of the International Court of Justice (ICJ) about the exercise of implicit powers by organs of the UN. As understood by the (ICJ, Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations (Reparation for injuries) Advisory Opinion, 1949), '[u]nder international law, the Organization must be deemed to have those powers which, though not expressly provided in the Charter, are conferred upon it by necessary implication. As being essential to the performance of its duties'(p.182-183).

Consequently, even if no express authorization exists under the Charter, no provision would actually impair the SC from legislating. Specially if the Council supports its actions on implied powers that are necessary to upheld the objectives and purposed of the UN Charter and for the accomplishment of its duties.

1.2. The normative validity of UNSC Resolutions

For some authors, the normative value of a legal rule is shown by 'its capacity to oppose state policy as the key to its constraining relevance' (Koskenniemi,1990, p.8). In that case, to be considered as law, a norm should be able to maintain its independence from political considerations. To endow an eminently political organism like the SC with legislative powers would diminish the autonomy of international law. Consequently, a norm must be able to comply with some objec-

tive criteria, that 'will tell which standards qualify as legal rules and which do not' (Koskenniemi,1990, p.10).

Such standards can be assumed to exist in Article 38 of the ICJ Statute. SC resolutions are evidently political decisions, moreover, they are not mentioned in the acknowledged sources of international law. (United Nations, Statute of the International Court of Justice, 1945). However, such restrictive view would fail to appreciate the characteristics of SC resolutions as well as the importance that political procedures play in the formation of international law.

In first place, it is important to consider, that SC decisions have a superseding capacity. As sustained by the ICJ, they prevail over obligations contained in other instruments (ICJ, *Libyan Arab Jamahiriya v. United States of America Provisional Measures*, 1992), this is possible because the (United Nations, Charter of the United Nations, 1945) prescripts that 'In the event of a conflict between the obligations of the Members of the United Nations under the present Charter and their obligations under any other international agreement, their obligations under the present Charter shall prevail' (art.103). Consequently, UNSC resolutions are endowed, with a higher hierarchy than other sources of international law.

Furthermore, it is essential to take into account, that legal conceptions born within the municipal system of law, are not necessarily transferable to the international sphere. One of such ideas is the concept of a division of powers, that allows us to distinguish the legal character of measures sanctioned by different organs of the State, and set a clear difference and hierarchy between those enacted by a legislative organ, commonly regarded as law, and those understood as executive provisions.

The international community of States lacks such categorical distinction. As portrayed by the (ICTY, *Prosecutor v. Dusko Tadic Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, 1995), there is 'no legislature, in the technical sense of the term, in the United Nations system and, more generally, no Parliament in the world community. That is to say, there exists no corporate organ formally empowered to enact laws directly binding on international legal subjects'(paras 43). Therefore, the political and executive nature of the SC shouldn't undermine the legal nature of its resolutions, although some legal and constitutional limitations to

perform legislative should exist. This, however, will be reviewed in part 2 of this article.

1.3. Legal characteristics of UNSC resolutions

Another point of view tells us that the SC's legislative aptitudes can be measured by its capacity to 'enact general, abstract norms that are directly binding on all Member States of the UN' (Marschik, 2005, p.18). As described in the Charter, SC resolutions are compulsory. This means, that all members of the UN are obliged to comply with the decisions of the Council (United Nations, Charter of the United Nations, 1945). Furthermore, the binding effect of SC resolutions is also recognised by the ICJ, in terms of the (ICJ, Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia Advisory Opinion, 1970), a 'binding determination made by a competent organ of the United Nations to the effect that a situation is illegal cannot remain without consequence' (para.117).

However, can this mean that each and every one of the SC resolutions is endowed with binding capabilities? For some States SC decisions are only obligatory if they are related to breaches of peace or acts of aggression in conformity with Article 39 of the Charter (Higgins, 1976). As such, SC resolutions related to, inter alia, Chapter VI of the Charter, would lack a binding effect and should only be regarded as recommendations.

However, it's not clear if the intention of the drafters of the Charter was to restrict binding decisions of the SC to those enacted under Chapter VII, subsequent practice of States in this matter as well, makes no conclusive determination on the issue (Higgins, 1976). Perhaps then, the best view, is to rely on the actual intention and language of each SC resolution.

Therefore, when a resolution is construed as a decision rather than a recommendation it should be understood as binding to State members of the UN. Decisions obtained in conformity with Chapter VII dispositions should be accounted as the principal source for binding decisions of the SC (Boyle and Chinkin, 2007).

As mentioned by the (ICJ, Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia Advisory Opinion, 1970):

‘The language of a resolution of the Security Council should be carefully analysed before a conclusion can be made as to its binding effect. In view of the nature of the powers under Article 25, the question whether they have been in fact exercised is to be determined in each case, having regard to the terms of the resolution to be interpreted, the discussions leading to it, the Charter provisions invoked and, in general, all circumstances that might assist in determining the legal consequences of the resolution of the Security Council’(para.144).

Furthermore, maintenance of peace and security is a vast field of action. As no definition of concrete ways on how to handle such duty exist in the Charter, the SC has been able to, inter alia, enact binding resolutions to reinstate democracy in a country (UNSC, Resolution 940, 1994), or to ask for the recognition of environmental damage (UNSC, Resolution 687, 1991).

Consequently, it seems clear that article 39 of the Charter grants the SC the power to determine the existence of those activities that constitute a risk to international peace and security. Likewise, SC resolutions are accorded prima facie validity (ICJ, *Libyan Arab Jamahiriya v. United States of America Provisional Measures*, 1992, para.42), and it is up to the SC to state its jurisdiction over those matters considered within its powers (ICJ, *Certain expenses of the United Nations Advisory Opinion*, 1962, p.168) .

On the issue of generality, however, many examples of SC practice seem to indicate that its resolutions are absent of such characteristic. For instance, SC decisions that dealt with terrorism, e.g. the resolution that demanded the extradition of three suspects in the assassination of the Egyptian president Mubarak (UNSC, Resolution 1054, 1996), or the request on the Taliban government of Afghanistan to surrender Osama Bin Laden (UNSC, Resolution 1267, 1999), created mandatory obligations based on Article 25 of the UN Charter. Yet, they were only focused on a specific situation and directed to particular States.

The same can be said about the creation of the ICTY and the ICTR, as both tribunals were shaped as a response to a singular event, and count with constrained jurisdictional capabilities. The ICTY was created for ‘prosecuting persons responsible for serious violations of international humanitarian law committed in the territory of the former Yugoslavia’(UNSC, Resolution 827, 1993). While the ICTR was based on ‘the sole purpose of prosecuting persons responsible

for genocide and other serious violations of international humanitarian law committed in the territory of Rwanda and Rwandan citizens responsible for genocide and other such violations committed in the territory of neighbouring States' (UNSC, Resolution 955, 1994).

Another example is, SC Resolution 687, in which, the SC found Iraq liable for breaches of international law and consequently imposed a series of obligations on that State (UNSC, Resolution 687, 1991). As was mentioned before, those decisions were closer to actions developed by a judicial organism rather than those available to a legislative entity.

The possibility that the UNSC could exercise quasi-judicial powers was recognised by the (ICTY, Prosecutor v. Dusko Tadic Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 1995), by declaring that, 'the Security Council is not a judicial organ and is not provided with judicial powers (though it may incidentally perform certain quasi-judicial activities such as effecting determinations or findings)' (para 37).

However, law making as developed by judicial organs differs from proper legislative acts. As understood by (Happold,2003), 'courts do play a law-making role, but that role is one of refinement and elaboration' (p.598). Therefore, even if the SC was acting under its quasi-judicial powers as a possibility recognised by the ICTY, the Council failed to create any general norm, 'that is, directed to indeterminate addressees and capable of repeated application in time' (Kirgis, 1995, p. 520). Because, as shown before, Resolution 687 only made determinations and imposed obligations applicable only to Iraq.

Nevertheless, Some SC resolutions can show that in fact, the Council has been able to create general norms for the whole international community when dealing with global threats such as terrorism or the proliferation of biological, chemical and nuclear weapons.

For instance, Resolution 1373 is a response to the infamous terrorist attacks that occurred on September 11, 2001, in that resolution, the SC decided that States should refrain from inter alia, financing terrorist acts, provide support to those who were involved in terrorist acts, and cooperate for the suppression of terrorist activities and the prosecution of its perpetrators (UNSC, Resolution 1373, 2001).

On its part, UNSC Resolution 1540 was created for the purpose of producing an 'effective response to global threats in the area of non-proliferation'(UNSC, Resolution 1540, 2004).

Both resolutions were endorsed as a response to a threat to international peace and security, however such risk is not defined as a particular situation. In case of Resolution 1373, the SC condemned the terrorist attacks that happened on US soil but acknowledged 'that such acts, like any act of international terrorism, constitute a threat to international peace and security' (UNSC, Resolution 1373, 2001).

Whereas in Resolution 1540 no indication was made to a precise case of 'proliferation of nuclear, chemical and biological weapons, as well as their means of delivery' (UNSC, Resolution 1540, 2004), but to the conduct itself. As such SC determinations made reference not to a concrete act as a threat to peace and security, but to an abstract phenomenon.

Furthermore, both resolutions are not addressed to a specific country financing or supporting terrorism (UNSC, Resolution 1373, 2001), or engaging in 'illicit trafficking in nuclear, chemical, or biological weapons and their means of delivery, and related materials'(UNSC, Resolution 1540, 2004). But to all States and as such its findings and obligations have general implications.

The characteristics of this resolutions also imply that they are not subject to a limited timeframe of operation. The abstract qualification of the activities that constitute threats to international peace and security demand that the measures contained within the resolutions be applicable as long as such behaviours remain in existence. Additionally, any permanent member of the UNSC would be able to ensure their permanence by exercising their right to veto (Caron, 1993,).

Conclusively, some SC resolutions can, in fact, resemble acts of legislation and can be performed in conformity with the powers bestowed upon the SC by the Charter. As such, and perhaps specially, in cases were a threat to peace and security may involve a risk of global scale, the SC should be allowed to pass legal decisions.

An over-conservative restraint upon the Council in the face of events as for example an atomic or biological threat by terrorist actors, may imply consequences of catastrophic proportionalities if not

every tool within the SC implicit or explicit powers can be used. That, however, shouldn't amount to an indiscriminate and unqualified use of the SC powers.

2. LIMITS AND LEGITIMACY

2.1. Consent and Coherence

From a positivistic point of view, the creation of international law is bound to the limitations of State consent (Boyle and Chinkin, 2007). As was mentioned by the (Permanent Court of International Justice, S.S. "Lotus", France v Turkey, (Lotus Case) Judgment, 1927) 'International law governs relations between independent States. The rules of law binding upon States therefore emanate from their own free will' (p.18).

Traditional sources of international law, such as conventions and custom are based on consent. In case of treaties, States freely accept or deny their participation within the regime of a convention (Vienna Convention on the Law of Treaties, 1969), furthermore, they are allowed to present reservations to its provisions (Vienna Convention on the Law of Treaties, 1969).

In the case of customary norms, a State can be exempted from the application of a rule in the process of becoming international custom, if it has visibly opposed its existence, becoming by this a persistent objector (Thirlway, 2014).

Consequently, it would seem that, SC resolutions of a legislative character could render the right of States to be bound by rules of their own choosing void, since there is no recognised possibility to opt out from a binding resolution of the SC. Specially because, as we saw in part 1 of this article, SC resolutions are granted overriding capacities from other sources of international law.

However, it is important to consider, that SC decisions are binding upon all State members of the UN due to provisions of Article 48 and 25 of the Charter. As such State members of the UN have acquiesced to the mandatory and overriding nature of SC resolutions. A state-

ment not without importance in a world where almost every State is a member of the UN².

Additionally, the possibility that the SC would be able to implement 'immediate, mandatory and enforceable changes to international law'(Boyle and Chinkin, 2007, p.233), should not be necessarily interpreted as an adverse scenario, because of the potential that binding resolutions may have for the promotion of coherence in international law (Boyle and Chinkin, 2007). For instance, SC Resolution 1373, 'creates uniform obligations for all 191 member states to the United Nations, thus going beyond the existing international counterterrorism conventions and protocols binding only those that have become parties to them.'(Rosand, 2003, p.234)

As no general definition of terrorism has been obtained due to absence of agreement, and therefore a comprehensive regime able of addressing the issue of global terrorism is still vague (Boyle and Chinkin, 2007). SC Resolution 1373 was able to fill some of the gaps in what (Boyle and Chinkin, 2007) call 'the piecemeal approach to law-making against terrorist activity' (p.4).

Thanks to its Counter-Terrorism Committee, Resolution 1373 allowed almost every State to 'take steps to enhance its counter-terrorism machinery, whether in the form of adopting anti-terrorism legislation, strengthening border controls, becoming party to international treaties related to terrorism, or becoming proactive in denying safe haven to terrorists and their supporters' (Rosand, 2003, p.548).

2.2. Sovereign Equality and effectiveness

The principle of sovereign equality of States is recognised in article 2 (1) of the Charter. In its legislative expression, it refers to the right of States to equally participate in the formation of international law (Simpson, 2004). Consequently, a question may rise towards the extent in which the participation of States in the process of international law-making, may be affected by legislative acts of an organ that lacks universal participation and is limited by the power of five permanent

2 For an actual account on how many States are part of the United Nations, see the United Nations web page, <<http://www.un.org/en/sections/member-states/growth-united-nations-membership-1945-present/index.html>> accessed 8 April 2017

members with a right to veto. Particularly, when other law-making procedures are available and perhaps endowed with a higher amount of legitimacy.

As for example, those performed under the General Assembly (GA), an organism that is able to 'adopt resolutions on any subject, convene law-making conferences, adopt treaties and initiate codification projects' (Boyle and Chinkin, 2007, p.116). Certainly, the GA has played a pivotal role in the development of international law, the number of instruments sponsored by the GA, and its capacity to influence the formation of customary law should not be underestimated (Boyle and Chinkin, 2007).

However, law-making by treaties is a cumbersome process, negotiation, as well, as the ratification needed for a treaty to be in force can take several years. This can also be said about the amendment processes required to keep up a convention in conformity with the ever-changing moments of the international community.

Although, Umbrella treaties, like the UNFCCC, acknowledge swifter methods of amendment and further development of a treaty through institutional bodies that are allowed to make, 'within its mandate, the decisions necessary to promote the effective implementation of the Convention' (United Nations, United Nations Framework Convention on Climate Change, 1994, art.7). And the existence of package deal treaties that allow a faster process of negotiation through consensus such as UNCLOS are certainly examples of a quicker process for the creation of international norms. No assurance of an immediate response can be expected when dealing with an imminent and unpredictable threats to international peace and security like terrorism.

In terms of the (United Nations High-level Panel on Threats, Challenges, and Change, *A more secure world: our shared responsibility*, 2004):

'Several United Nations anti-terrorist conventions have laid important normative foundations. However, far too many States remain outside the conventions and not all countries ratifying the conventions proceed to adopt internal enforcement measures. Also, attempts to address the problem of terrorist financing have been inadequate' (p.49).

When inactivity presents itself as a menace to prevent a threat to international peace and security of a major scale, perhaps the safest path is to ensure effective action. Even if this amounts to renounce a small portion of sovereignty. As sustained by (Fassbender, 2000):

‘[T]he world clearly requires an exercise of more, no less authority on a global level [...] For the alternative is either inertia or unilateral action taken by a State or a group of States without assuring the target State and the general membership of the international community of that minimum of participation and procedural justice which is characteristic of the decision-making process of the Security Council’(p.14).

For some authors like (Koskenniemi, 1995), ‘[t]he Charter was meant to be based on a separation of functions. Therefore, usually, the Council and the Assembly operate independently of one another’ (p.337). According to article 12 of the UN Charter, the SC role in matters of international peace and security supersedes those of the GA. In that sense, the SC was crafted as both a hierarchical and effective organism.

As portrayed by (Blum,2005), when talking about the “More Secure World” report of the UN, the ‘Security Council “was created to be not just a representative but a responsible body, one that had the capacity for decisive action.” To this end, the “five permanent members were given veto rights but were also expected to shoulder an extra burden in promoting global security’ (p.639).

Such task, however, is only possible as much as those States who are not part of the SC are allowed to participate and decide in other matters of the organisation (Koskenniemi, 1995). Consequently, we can say that the GA balances the SC as it endows legitimacy to an otherwise hegemonic organisation.

Therefore, the danger that legislative resolutions of the SC seem to entail to sovereign equality can be minimized, when like with Resolution 1373, those decisions are able to find support in previous GA declarations (United Nations, General Assembly Declaration 49/60, 1994), or sponsored conventions (United Nations, International Convention for the Suppression of the Financing of terrorism, 2002).

2.3. Legitimacy

SC resolutions effectiveness comes hand in hand with the perceptions of legitimacy that surround not only the decision in itself but its whole process of adoption. As exposed by (Caron, 1993), 'If the U.N. loses its credibility, the Security Council would still be able to order governments about, but its orders would have lost their international sheen and look more like big-power bullying' (p.560).

As we mentioned in part 1 of this article, the international system doesn't recognise a clear-cut separation of powers. This, however, doesn't amount to an unqualified use of the powers of an organism. (Sato, 2001) has advanced the idea that it is possible to evaluate if the SC is acting in a legitimate way by 'adopting a frame of reference based on the type of decisions the council makes' (p. 330).

For instance, when proceeding within the spectre of its quasi-judicial powers, the SC is not allowed to seize 'a judicial function which does not belong to it but to other organs of the United Nations according to the Charter'(ICTY, Prosecutor v. Dusko Tadic Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 1995, para. 38).

As such the establishment of the ICTY answered to an exercise of the SC primary duties towards international peace and security and was enacted 'pursuant to an authority found within its constitution, the United Nations Charter' (ICTY, Prosecutor v. Dusko Tadic Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 1995, para. 44).

Consequently, when the SC conducts itself in a legislative manner, a qualification of its behaviour may rise from the limits to its powers within the Charter. Articles 24 and 25 for example constrict the SC to act in conformity 'with the Purposes and Principles of the United Nations' (United Nations, Charter of the United Nations, 1945, arts. 24-25), allowing its decisions to be binding inasmuch they are ordained in accordance with the Charter.

As such, the view adopted by the ICJ, that an action committed for the accomplishment of the purposes of the UN Charter cannot be understood as *ultra vires* (ICJ, Certain expenses of the United Nations Advisory Opinion, 1962,), can be interpreted in the opposite sense. Any action that goes against the objectives and purposes of the Char-

ter should be understood as beyond its limits (Boyle and Chinkin, 2007), and therefore as illegitimate.

But are such qualifications possible, specially in a system, where judicial review of SC resolutions is a highly contested issue? (Alvarez, 1996). Indeed, no explicit allowance of judicial review is found within the UN Charter, and the (ICJ, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia Advisory Opinion*, 1970) has expressly mentioned that ‘the Court does not possess powers of judicial review or appeal in respect of the decisions taken by the United Nations organs concerned’ (para.89).

Even if that possibility is accepted, judicial review SC decisions is limited, due to the pre-eminence of the SC in matters of international peace and security. Judicial review does not create ‘any right of the Court to substitute its discretion for that of the Security Council in determining the existence of a threat to the peace, a breach of the peace or an act of aggression, or the political steps to be taken following such determination.’ (Judge Elihu Lauterpacht, *Separate Opinion Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, 1993, para. 100).

However, in some cases, courts have been able to interpret the Charter and evaluate the legal significance of SC resolutions. As for instance, on the limits, that peremptory norms impose over SC resolutions. For instance, (Judge Elihu Lauterpacht, 1993) clearly stated that:

‘The concept of *jus cogens* operates as a concept superior to both customary international law and treaty. The relief which Article 103 of the Charter may give the Security Council in case of conflict between one of its decisions and an operative treaty obligation cannot - as a matter of simple hierarchy of norms - extend to a conflict between a Security Council resolution and *jus cogens*’ (para.100).

Another example can be found in the actions of the ICTY, where the Court sustained its capacity to conduct a legal review of a SC resolution on the incidental powers used for deciding its competence (ICTY, *Prosecutor v. Dusko Tadic Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, 1995). Consequently, although limited, judicial review is a tool that may be used by States or Organs of the UN to question the legitimacy of SC resolutions by addressing the legal and constitutional limitations of SC powers.

Furthermore, judicial review, specially by the ICJ should not be understood as the only available instrument for addressing issues of legitimacy. In that sense general acceptance can be understood as the more common assessment of legitimate decisions (Alvarez, 1996).

For instance, articles 10, 17 and 22 of the Charter, grant the GA the power to discuss any matter related with the Charter or with UN organisms, have pre-eminence over budget matters, and the possibility to create organisms that may question the legitimacy of SC decisions, those capacities, should not be undervalued. Additionally, other UN organisms and even entities outside the UN would be able to present a challenge to SC resolutions on questions of legitimacy within their competence (Alvarez, 1996).

Conclusively the SC is not an all-powerful organism capable of creating binding decisions on every matter. Its regulated, in first place by the restraints imposed by the objectives and purposes of the Charter, and by Jus Cogens. And in second place by the legitimacy of its actions, because although the SC capabilities in the field of international peace and security are certainly broad, its decisions can only be effective inasmuch as they are recognised as legitimate by the State members of the UN.

Organisms within the UN system, like the GA, may be able to operate as a counterbalance to SC powers. While other instances like the ICJ may be useful tools for considering the validity of SC resolutions. Therefore, to allow a qualified exercise of legislative powers to the SC, won't automatically affect the legitimacy of the UN and perhaps may even strengthen it.

Although several proposals to reform the SC composition have been advanced, the necessary consensus for the reforms, and the acceptance of the permanent members of the SC has not been reached. As such their realization is still elusive (Blum, 2005) and (Slaughter, 2005). In that sense, perhaps all these efforts would be better canalized to clarify SC legislative procedures and its limitations.

3. CONCLUSIONS

SC legislative activities are a reality. Several examples of SC practice show us that the Council has been able to operate in a wider sense that

would seem possible under a positivistic reading of the UN Charter. Furthermore, some of its decisions share the characteristics of legislative acts.

Likewise, SC law-making decisions seem to be in conformity with the UN Charter. Support for legislative activities of the SC can be found in the exercise of its implied powers for accomplishing its duties under the Charter. As well as in the acquiescence of the States parties of the UN to its actions.

Additionally, SC legislation may bring positive outcomes, because of its possibilities for improving the coherence of international law. Moreover, it is a quick and effective mechanism to resolve impending crisis on a global scale. Yet only if they are concluded under a legitimate process and within the limitations imposed by the UN Charter and *Jus Cogens*.

4. REFERENCES

- Alvarez, J. E. (1996). Judging the security council. *American Journal of International Law*, 90(1), 1-39.
- Boyle, A., and Chinkin, C. (2007). *The making of international law*. OUP Oxford.
- Blum, Y. Z. (2005). Proposals for UN Security Council Reform. *American journal of international law*, 99(3), 632-649.
- Caron, D. D. (1993). The legitimacy of the collective authority of the Security Council. *American Journal of International Law*, 87(4), 552-588.
- Fassbender, B. (2000). Council, Its Powers and Its Legal Control. *EJIL*, 11(1), 219-232.
- Happold, M. (2003). Security Council resolution 1373 and the constitution of the United Nations. *Leiden Journal of International Law*, 16(3), 593-610.

- Higgins, R. (1972). The Advisory opinion on Namibia*: Which un Resolutions are Binding under Article 25 of the Charter?. *International & Comparative Law Quarterly*, 21(2), 270-286.
- Kirgis, F. L. (1995). The Security Council's first fifty years. *American Journal of International Law*, 89(3), 506-539.
- Koskenniemi, M. (1990). The politics of international law. *Eur. J. Int'l L.*, 1, 4.
- Koskenniemi, M. (1995). The Police in the Temple Order, Justice and the UN: A Dialectical View. *Eur. J. Int'l L.*, 6, 325.
- Marschik, A. (2005). The Security Council as World Legislator?: Theory, Practice and Consequences of an Expanding World Power. *International Law and Justice Working Papers*, 2-35.
- Rosand, E. (2003). Security council resolution 1373, the counter-terrorism committee, and the fight against terrorism. *American Journal of International Law*, 97(2), 333-341.
- Rosand, E. (2004). The security council as Global Legislator: ultra vires or ultra innovative. *Fordham Int'l LJ*, 28, 542.
- Sato, T. (2001). The Legitimacy of Security Council Activities under Chapter VII of the UN Charter since the end of the Cold War. *The legitimacy of international organizations*, 309-352.
- Simpson, G. (2004). *Great powers and outlaw states: unequal sovereigns in the international legal order* (Vol. 32). Cambridge University Press.
- Slaughter, A. M. (2005). Security, solidarity, and sovereignty: The grand themes of UN reform. *American Journal of International Law*, 99(3), 619-631.
- Thirlway, H. (2010). The sources of international law. *International law*, 2, 115.

Treaties and other legal instruments

Charter of the United Nations (opened for signature 26 June 1945, entered into force 24 October 1945) (UN Charter)

United Nations, Statute of the International Court of Justice (adopted 26 June 1945, entered into force 24 October 1945) (ICJ Statute)

United Nations Security Council Resolution 143 (adopted 14 July 1960)

Vienna Convention on the Law of Treaties (opened for signature 23 May 1969, entered into force 27 January 1980) (1969 VCLT)

United Nations Security Council Resolution 478 (adopted 20 August 1980)

United Nations Security Council Resolution 687 (adopted 3 April 1991)

United Nations Framework Convention on Climate Change (opened for signature 4 June 1992, entered into force 21 March 1994) (UNFCCC)

United Nations Security Council Resolution 827 (adopted 25 May 1993)

General Assembly Declaration 49/60 'Measures to Eliminate International Terrorism' (adopted 9 December 1994)

United Nations Security Council Resolution 940 (adopted 31 July 1994)

United Nations Security Council Resolution 955 (adopted 9 November 1994)

United Nations Security Council Resolution 1054 (adopted 26 April 1996)

United Nations Security Council Resolution 1267 (adopted 15 Oct. 1999)

International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism (opened for signature 10 January 2000, entered into force 10 April 2002)

United Nations Security Council Resolution 1373 (adopted 28 September 2001)

United Nations Security Council Resolution 1540 (adopted 28 April 2004)

List of cases

S.S. “Lotus”, France v Turkey, (Lotus Case) Judgment, (1927) PCIJ Series A no 10, ICGJ 248 (PCIJ 1927)

Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations (Reparation for injuries) Advisory Opinion (1949) ICJ

Certain expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter), Advisory Opinion of 20 July 1962 ICJ Reports 1962

Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, ICJ Reports 1971

Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention

arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United States of America), Provisional Measures, Order of 14 April 1992, ICJ Reports 1992

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Order of 13 September 1993, separate opinion of Judge ad hoc Lauterpacht

Prosecutor V. Dusko Tadic A/K/A “Dule” (Tadic case) Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction (1995) ICTY case (IT-94-1)

Other Sources

United Nations High-level Panel on Threats, Challenges, and Change, A more secure world: Our shared responsibility (United Nations Department of Public Information 2004)

United Nations, ‘Growth in United Nations membership, 1945-present’ (www.un.org 2017)

El silencio administrativo y sus implicaciones en el Ecuador ¿Garantiza derechos?

The administrative silence and its implications in Ecuador. Guarantees rights?

Farid Villacís de la Cueva¹

Investigador jurídico independiente

Información del Artículo

Original - Ruptura, 2019

Artículo recibido/ Received: 21 de septiembre, 2019

Artículo aceptado/Accepted: 5 de noviembre, 2019

Citación

Villacís, F. (2019). *El silencio administrativo y sus implicaciones en el Ecuador. ¿Garantiza derechos?* Revista Ruptura de la Asociación Escuela de Derecho PUCE. Edición 2019, p (135-162)

DOI:

RESUMEN: El derecho constitucional de petición se encuentra relacionado con la buena marcha de la administración pública, con que los administrados puedan acudir ante los órganos estatales a solicitar, reclamar o impugnar temas relacionados a sus intereses particulares y los funcionarios públicos den respuesta adecuada, oportuna y dentro del tiempo que la ley les otorgue competencia para responder. Frente a la falta de ejercicio de las funciones de los servidores públicos en el tiempo establecido en la ley, es decir, falta de respuesta cuando el ciudadano acudió, opera la figura del silencio administrativo que puede tener efectos positivos cuando por el paso del tiempo se presume que la falta de respuesta es “afirmativa” y generará directamente que se acuda ante el órgano competente para que declare positiva la preten-

1 Estudiante de séptimo semestre de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Presidente del movimiento estudiantil Integración Universitaria por la Restauración Estudiantil (IURE). faridv.08@gmail.com

ción del ciudadano que acudió, siempre que esta petición sea permitida en base a la ley; y, por otro lado se mantiene el silencio administrativo con efectos negativos que directamente, por el paso del tiempo y a falta de contestación, permitirá a la administración pública generar una presunta respuesta negativa y sin perjuicio de responsabilidad por no expresarse sobre lo solicitado. El ciudadano se encuentra en una posible indefensión si, al esperar el tiempo permitido por ley para que el funcionario responda, no existe una respuesta y posterior se maneje una “negativa tácita”.

PALABRAS CLAVE: derecho de petición, silencio administrativo, acto administrativo, administración pública, debido proceso.

ABSTRACT: *The constitutional right of petition is related to the good performance of the public administration, in which the administered ones can go before the state organs to request, claim or ask about issues related to their particular interests, so the public officials have to give them an adequate response within of the time that the law grants them competence to respond. Facing the lack of effort of public servants, to respond in the time established in the law, the figure of administrative silence operates, which can have positive effects when, over time, is presumed that the lack of response is “affirmative” and that will directly generate a referral to the competent body to declare positive the pretention of the citizen who attended, meaning that this request is allowed based on the law; and on the other hand we maintain the administrative silence with negative effects that directly works by the passage of time which allows the public administration to generate a negative response without prejudice of responsibility for not having responded, finding itself as a possible defenselessness situation for the citizen, whom have waited for the time allowed by law for the official to respond, so then a “tacit negative” is handled.*

KEY WORDS: *right of petition, administrative silence, administrative act, public administration, due process.*

INTRODUCCIÓN

En este trabajo se analizará las implicaciones en el ordenamiento jurídico ecuatoriano de la figura del silencio administrativo, con sus efectos positivos y negativos, lo cual puede ser considerado por la doctrina como violación a derechos constitucionales la presunción negativa,

por la falta de respuesta de la administración pública y quede sin respuesta y en indefensión el peticionario.

En el Ecuador, a partir de 1993, se estableció mediante ley, la figura jurídica del silencio administrativo, en principio solo con efectos positivos ante la falta de respuesta. En la actualidad ya no solo conlleva un efecto positivo, de igual manera el legislador a considerado que frente a esta generalidad se debe aplicar la negatividad ante la falta de respuesta, y que el no hacer ninguna actividad no conlleve ninguna responsabilidad al funcionario público que no atendió oportunamente el pedido del ciudadano.

Se analiza, en la presente investigación, el derecho de petición consagrado en la Constitución y su ejercicio; adicional a los actos administrativos presuntos con sus efectos positivo y negativo y culminando con el estudio de la violación de principios procesales que conlleva la falta de respuesta de la administración, y su trabajo público de dar respuesta oportuna a sus administrados, a falta de cumplir los principios constitucionales: eficacia, eficiencia y calidad.

1. DERECHO DE PETICIÓN DE LOS ADMINISTRADOS

Uno de los ejes principales de un Estado de Derecho, en adición al de satisfacer necesidades básicas y brindar seguridad a sus habitantes, es el de dirigir correctamente todo lo que conlleva la administración pública y, cabe mencionar, que dentro de la administración se va a encontrar la posibilidad que tienen los administrados – personas naturales o jurídicas que se encuentran sujetos al *ius imperium* del Estado – de presentar ante la administración pública inquietudes, peticiones, quejas o reclamos, medios de impugnación para ejercer el derecho constitucional de petición, el cual no solo conlleva que la administración pública reciba o recepte estas inquietudes o reclamos de sus administrados, sino que de igual manera, responda a estas preguntas o requerimientos que realizará la persona interesada.

La administración pública tiene varias acepciones, tal como señala Rodríguez (2011: 19-20):

“en tomar las medidas y ejercer las acciones necesarias para manejar en la práctica el Estado y lograr los fines por él perseguidos (...)” y en segundo caso “se refiere al conjunto de personas u órganos

del Estado que ejercen de manera principal la actividad o función administrativa (...).”

Mantener dentro de sus facultades la posibilidad de respuesta a asuntos de interés por parte de los administrados, que acuden ante el órgano estatal para una respuesta oportuna, motivada y en un tiempo determinado, para que pueda existir por parte de la administración pública el reconocimiento de derechos fundamentales, y el administrado tenga seguridad por medio de una respuesta escrita.

El derecho de petición consagrado en la Constitución del Ecuador como una norma trascendental, al cual abordan varios tratadistas, que tiene validez cuando la persona pide a la institución estatal y esta dé una respuesta afirmativa o negativa de lo solicitado, como tal, la respuesta que dé la administración pública será eficaz cuando se encuentre motivada, sin importar si satisface o no los intereses del ciudadano.

El texto constitucional señala en su capítulo de derechos de libertad:

“Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas:

23. El derecho a dirigir quejas y peticiones individualizadas y colectivas a las autoridades y a recibir atención o respuestas motivadas. No se podrá dirigir peticiones a nombre del pueblo”

En términos generales la petición, solicitud, queja, reclamo, denuncias, presentación de recursos, obtención de información de distintos documentos que tengan el carácter de públicos o sean de interés del peticionario, se va a presentar ante todas las entidades que consagran la administración pública que establece el artículo 225² de la Constitución del Ecuador. Para comprender este derecho, se ha desarrollado jurisprudencia en referencia al derecho de petición y a la posibilidad

2 “Art. 225.- El sector público comprende:

1. Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social.
2. Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado.
3. Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la presentación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado.
4. Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos.”

que tienen las personas para acudir ante el Estado y resolver sus inquietudes y quejas.

En referencia a líneas anteriores, Jorge García (2011) analiza desde el ámbito que es una facultad para elevar solicitudes ante la autoridad administrativa, y esta debe tener una pronta resolución por parte de la administración pública; además bajo ninguna posibilidad puede ser presentada la petición en nombre del pueblo, por disposición constitucional, sin embargo, puede ser presentada de manera individual y/o colectiva, por motivos particulares o señalando que debe tener un trámite correspondiente.

Al ser un derecho irrestricto, debido a que la Constitución no determina límites en razón de materia, jerarquía, o ante qué entidades se pueden presentar los reclamos o solicitudes, es amplia y, por lo tanto, la administración pública en todas sus entidades tiene la obligación de responder ante estos requerimientos (Corral, 2010).

La Corte Constitucional del Ecuador (2015), en una sentencia vinculante y de obligatorio cumplimiento determinó:

“El derecho de petición es la garantía constitucional a través de la cual logrará que todo ciudadano tiene la facultad de acceder directamente a la administración pública para realizar peticiones y que estas sean resueltas de forma oportuna, clara y motivada, es decir, que el derecho de petición se instituye en el fundamento de protección y de garantía para los administrados, puesto que al recurrir a este mecanismo constitucional se exige de la administración, concretamente del Estado, la protección de los derechos.

Efectivamente, el derecho constitucional de petición goza de jerarquía constitucional porque su efectividad determinará la obtención de los fines esenciales del Estado, en particular, del derecho de participación ciudadana en las decisiones del poder público, para asegurar que las autoridades cumplan con sus funciones, pero también tiene el carácter de derecho político porque garantiza a las personas el derecho de participación, mediante el cual ejerce control de las decisiones emanadas por la administración, cuyo fin, entre otros, es el de crear los adecuados conductos de comunicación entre el Estado y los ciudadanos y así acceder a una sociedad más democrática y justa. (CCE-EP-090-15-SEP-CC, 2015)

Al analizar la determinación del derecho de petición, se comprende que el ciudadano tiene la posibilidad y queda en su decisión de acudir ante los órganos estatales a solicitar una respuesta sobre algún punto en concreto, aunque no está obligado a acudir, esta facultad va a ser aplicada específicamente cuando lo desee. La respuesta que debe existir por parte de la entidad a la cual acudió la persona debe ser oportuna, clara y motivada.

El derecho de petición, adicional a responder inquietudes y requerimientos que tiene el ciudadano frente al Estado, también persigue un fin estatal que se basa en que, al existir una respuesta, los funcionarios públicos estarán realizando sus competencias administrativas de una manera visible, dentro de sus ámbitos establecidos en la ley, y crearán una mayor seguridad al ciudadano que las propias acciones del Estado – por lo menos hablando desde el tema de respuesta, no de su contenido – y que permitan la posibilidad de fiscalizar las actividades de las entidades estatales.

La comunicación que exista entre administrado y administración es un objetivo constante que busca garantizar derechos. El ciudadano se encuentra en una situación de subordinación frente al Estado, que mantiene un poder sobre él, la comunicación logrará que la relación que se mantenga sea más confiable, y respetuosa a garantizar el ejercicio de los derechos.

Se considerará que existe protección a los derechos de las personas, cuando la persona pueda acudir a la administración pública con sus inquietudes, y estas sean respondidas dentro de un plazo razonable, ya que el administrado espera poder satisfacer sus dudas y por tal motivo acude a los órganos estatales. Agustín Gordillo (2004: 125) señala que: “Uno de los pilares esenciales de la temática del derecho administrativo es así la protección del particular contra el ejercicio irregular o abusivo de la función administrativa”. El amparo al administrado podrá llevar una confianza de respuesta frente a las dudas que surgen del actuar de la administración pública, imposiciones de obligaciones a los administrados y actividades de los administrados que hayan tenido consecuencias administrativas.

El derecho de petición se encuentra desarrollado en líneas jurisprudenciales por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Pueblos Kallinya y Lokono vs. Surinam de 2015 se señaló:

“(...) que el Estado tiene la obligación de suministrar la información solicitada, o si procediera la negativa de la entrega de la misma deberá dar una respuesta fundamentada que permita conocer cuáles son los motivos y normas en que se basa para no entregar la información”.

Determina el órgano jurisdiccional internacional que es un deber por parte del Estado otorgar la información y, en el caso que no otorgue esta respuesta, de igual manera su negativa debe ser motivada, ya que dentro de la posibilidad que engloba el derecho de petición se encuentra el solicitar información que el administrado considere pertinente y que al no contar con la misma, solicite al Estado, un requerimiento formal sobre determinados puntos, dentro de los cuales debe existir una respuesta.

Al momento de analizar el derecho de petición se debe establecer que dentro de la protección a los derechos, bajo ningún concepto es una prerrogativa que implique una decisión favorable de la administración a la petición del ciudadano que acudió. Conlleva este derecho el poder acudir y solicitar que se atienda su pedido en un momento oportuno, pese a que la respuesta sea una negativa a la que estaba proponiendo el recurrente; lo fundamental es una respuesta motivada en un tiempo oportuno, prudencial que sea en un plazo razonable, para que posibilite el ejercicio de este derecho, lo relacionado al contenido de la petición que es presentada por el administrado no tiene relación con el derecho de petición. Al perseguir este derecho se va a encontrar con principios como el de eficacia, economía, celeridad y publicidad que deben ser garantizados y cumplidos por el órgano estatal al cual se acudió. García (2011) manifiesta: “es un derecho político, ya que garantiza a la persona o al grupo de personas, el derecho a la participación”, tal como en líneas anteriores determino la Corte Constitucional del Ecuador.

Al poder analizar los contenidos que mantiene el derecho de petición no solo debemos excluir la posibilidad que el administrado acuda ante la administración pública a consultar, presentar un recurso, adicional es a una respuesta en un tiempo oportuno, motivada que se encuentre detallada la razón de la respuesta estatal, aplicando normativa vigente, para que no vulnere el derecho al debido proceso.

Fabián Corral (2010) señala:

“El derecho de petición no es una simple formalidad que puede o no ser valorada discrecionalmente por la burocracia. Es lo que podría llamarse un derecho funcional a los demás. Es un derecho en serio, fundamental para que la república sea república y no un nombre vaciado de significado concreto, lo que lamentablemente en la mayoría de las ocasiones, no es comprendido por las autoridades”

1.1. Obligación de resolver de la Administración Pública

Al consagrar como derecho constitucional el que se pueda presentar individual o colectivamente solicitudes, quejas a la administración pública, se debe mencionar la importancia que mantiene el que exista una obligación para dar respuesta a estas peticiones, porque es cuando existe respuesta – sin importar si sea afirmativa o negativa – va a tener fuerza este derecho, se va a poder ejercer, y por lo tanto, es menester que exista dentro de la legislación ecuatoriana plazos específicos y que otorguen seguridad tanto para el funcionario público amparado por el principio de legalidad, que determina que sus actividades las realizará en el marco del ordenamiento jurídico establecido y vigente, como para el administrado que conocerá el tiempo máximo que esperará para su respuesta.

La Corte Constitucional de Colombia, en la resolución T-200 de 1994, ha manifestado que la respuesta debe ser adecuada, esto es proporcional, acorde, consecuente con lo que se plantea en la solicitud; y además, debe ser efectiva para la solución del caso que se plantea, de tal manera, señalando:

“No basta por ejemplo dar una información cuando lo que se solicita es una decisión. Correspondencia e integridad son fundamentales en la comunicación oficial (...). El funcionario no sólo está llamado a responder, también debe esclarecer, dentro de lo posible, el camino jurídico que conduzca al peticionario a la solución de su problema”.

Es la obligación dar una respuesta oportuna dentro del plazo máximo que establezca la ley, y adicional como se ha mencionado en varias ocasiones esto se complementa por medio de un derecho fundamental como es el que exista una motivación dentro de la respuesta realizada por la administración pública, esto conlleva que adicional que exista

una contestación, sea amparada en el ordenamiento jurídico, posibilitando la garantía de los derechos de las personas.

La posibilidad que tienen los funcionarios públicos de otorgar la respuesta al peticionario va a contar con un “límite de tiempo” al que se entenderá como un tiempo máximo que se encontrará establecido en la ley y por lo cual este período de tiempo va a ser el permitido para cumplir este deber de respuesta. En palabras de Francisco Guerrero (2019, p. 173): “es necesario precisar que no todas las competencias pueden ser ejercidas en cualquier tiempo, sino que encuentran un límite temporal definido por la propia norma constitucional o legal que las confiere”.

La administración pública va a correr el riesgo por no haber respondido, de que la pretensión sea considerada afirmativamente (en el caso que se configure silencio administrativo con efectos positivos), y en segundo punto el peticionario solo deberá esperar el tiempo establecido en la ley, y una vez cumplido ese tiempo que tal como señala Zavala Egas (2005: 157):

“En razón del tiempo (*ratione temporis*): existen competencias que sólo se pueden ejercer durante un límite de tiempo, fenecido el cual se pierde toda atribución para actuar. El caso más frecuente de esta competencia temporal es la que tiene (*sic*) los órganos ejecutivos para resolver peticiones o reclamaciones, vencido el cual pierden toda competencia para actuar y surge la figura del silencio administrativo, sea con efectos positivos o negativos.”

2. SILENCIO ADMINISTRATIVO (ACTO ADMINISTRATIVO PRESUNTO)

Los órganos de la administración pública deben garantizar el máximo ejercicio de los derechos de las personas, en este análisis referente al derecho de petición, la importancia de otorgar una respuesta oportuna dentro del término establecido en la ley creará seguridad jurídica y confianza por parte de los ciudadanos a los órganos estatales.

El legislador ha considerado la posibilidad de que la administración pública no realice una respuesta expresa, entendiendo la manifestación expresa cuando se exterioriza en forma clara, ya sea por escrito, o por signos convencionales (Penagos, 1997, p. 22). Dentro de los pla-

zos permitidos legalmente para responder, al concluir el tiempo, el peticionario se encontrara con inseguridades, debido a que no tendrá una respuesta certera, visible, que imposibilita ejercer el derecho obtenido del acto administrativo; en el presupuesto que se le conceda o mantenga conocimiento del porqué de su negación tendrá la posibilidad de interponer recursos en sede administrativa o acudir a la justicia ordinaria. Por la falta de respuesta el legislador considero oportuno establecer el “silencio administrativo”, esta figura jurídica se aplica cuando existe la abstención de la administración de pronunciarse ante las peticiones de los administrados (Penagos, 1997: 30), figura jurídica que otorga cierta seguridad al peticionario, en el caso de que no exista una respuesta escrita por parte de los órganos estatales, el silencio generará efectos jurídicos que se abordarán posteriormente.

En palabras de Eduardo García de Enterría y Tomás – Ramón Fernández (2013: 251):

“Constituye, pues, un auténtico acto administrativo presunto, en todo equivalente al acto expreso (...) el mero vencimiento del plazo establecido para resolver sin que se haya notificado a los interesados resolución alguna determinada automáticamente el surgimiento del acto presunto estimatorio en los procedimientos iniciados a solicitud de aquellos, que podría hacerse valer desde ese mismo momento tanto ante la Administración, como ante cualquier persona física o jurídica, pública o privada”

Se va a configurar silencio administrativo cuando no ha existido ninguna expresión por parte de la administración pública a la petición recibida por el ciudadano, y esto puede generar varias complicaciones desde la visión de un Estado de derecho, que debe garantizar el máximo respeto y ejercicio de derechos de sus habitantes, como menciona Tomás – Ramón Fernández (1993, p. 207): “los derechos fundamentales son la *conditio sine qua non* del Estado constitucional democrático”. La responsabilidad de otorgar esta respuesta recae exclusivamente en la administración pública y, por lo tanto, se convierte en un deber trascendental para el ejercicio del derecho de petición y la garantía que el Estado actúe adecuadamente, y la garantía que se podrá acudir ante la administración pública con la certeza o confianza que su pedido va a ser atendido y que la respuesta va a ser motivada.

Francisco Guerrero (2019: 262) ha identificado la existencia del silencio administrativo cuando:

“Frente a la posibilidad de que las administraciones públicas omitan dar atención o contestar los pedidos, los reclamos o los recursos propuestos por los administrados, es decir, vulneren el derecho de petición que les asiste y no expresen o no exterioricen su voluntad, fue concebida la figura del silencio administrativo, que en el Ecuador desde 1993 estuvo regulada en el Art. 28 de la Ley de Modernización, que fue derogada al entrar en vigencia el Código Administrativo”.

No se considerará directamente un acto administrativo³ a la falta de respuesta de la administración pública, ya que existe una ausencia de esta declaración unilateral, porque en su momento oportuno no respondió, no dio una notificación al peticionario sobre su inquietud; y, por lo mismo no se va a configurar como acto administrativo, pero la doctrina y la ley han identificado que si va a tener un especial tratamiento. Esto va a significar que ante la falta de respuesta se puede generar una presunta respuesta afirmativa, o a su vez una presunta respuesta negativa. García de Enterría y Fernández (2013: 643) señalan: “No es un verdadero acto administrativo de sentido desestimatorio sino, precisamente, lo contrario. La ausencia de toda actividad volitiva de la Administración”. Por lo tanto, el que no exista una respuesta puede generar efectos jurídicos varios, pero no los directos que generaría el acto administrativo como el que se ejecute por si solo, al tener una claridad de la respuesta.

2.1. Acto administrativo presunto positivo

Ante la falta de respuesta por parte de la administración pública, existe la posibilidad de que se configure el silencio administrativo con carácter positivo y, por lo tanto, un acto administrativo presunto positivo, por no existir respuesta, es decir, se guardó silencio frente a la petición presentada, esta se configura en una respuesta afirmativa; es decir, se entenderá que la administración pública dio paso a la pretensión del peticionario o aprubo lo que requería el administrado – en

3 Entendiendo acto administrativo en relación al contenido como señala Rafael Oyarte (2017: 199): “Se entiende por acto administrativo la declaración unilateral de autoridad pública competente, en ejercicio de su potestad administrativa, que produzca efectos jurídicos subjetivos, concretos e inmediatos. Atento a lo expresado, el acto de autoridad pública es una declaración de voluntad, por lo que tiene un contenido, y éste se debe ajustar a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico y su finalidad.”

principio – ya que concluye su “límite de tiempo”, tuvo la posibilidad de responder, no lo hizo y, su falta de respuesta generará positivamente una “presunta respuesta”.

Francisco Guerrero (2019: 263) señala:

“El Art 207 inciso 1 (del Código Orgánico Administrativo) impone a las administraciones públicas, la obligación de resolver los reclamos, solicitudes o pedidos en el término de treinta días – se entiende contados desde su recepción –. En el caso que el administrado (interesado) no sea notificado con el acto administrativo que acepte o niegue lo solicitado por él, se producirá el efecto de presumir que lo reclamado, solicitado o pedido, ha sido aceptado por la administración, a través de un acto administrativo presunto”.

Este acto administrativo presunto, para que se produzca, no debe incurrir en ninguna de las causales de nulidad señaladas en el artículo 105 del Código Orgánico Administrativo⁴ (en adelante COA), esta disposición la señala el mismo cuerpo normativo en su artículo 207, por lo tanto, en el caso que el silencio administrativo se haya generado por el paso del tiempo y no exista respuesta alguna, el reclamo, solicitud o pedido no debe encontrarse dentro de las causales de nulidad, pues de ser el caso que se encuentren la declaración y ejecución del silencio administrativo no se va a poder generar.

En un fallo de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia señala:

4 Art. 105.- “Causales de nulidad del acto administrativo. Es nulo el acto administrativo que:

1. Sea contrario a la Constitución y a la ley.
2. Viole los fines para los que el ordenamiento jurídico ha otorgado la competencia al órgano o entidad que lo expide.
3. Se dictó sin competencia por razón de la materia, territorio o tiempo.
4. Se dictó fuera del tiempo para ejercer la competencia, siempre que el acto sea gravoso para el interesado.
5. Determine actuaciones imposibles.
6. Resulte contrario al acto administrativo presunto cuando se haya producido el silencio administrativo positivo, de conformidad con este Código.
7. Se origine en hechos que constituyan infracción penal declarada en sentencia judicial ejecutoriada.
8. Se origine de modo principal en un acto de simple administración.”

“El acto administrativo presunto derivado de la omisión de la Administración Pública se ha de presumir legítimo y ejecutivo, como cualquier otro acto administrativo (expreso), salvo que se trate de un acto administrativo irregular, circunstancia en la que la presunción de legitimidad se desvanece por la existencia de vicios inconvalidables. Dicho de otro modo, aunque la regla general consiste en que un acto administrativo presunto, derivado del silencio administrativo es legítimo y ejecutivo, existen actos administrativos presuntos derivados del silencio administrativo que por contener vicios inconvalidables, no pueden ser ejecutados, por ilegítimos”. (Ex - Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, R. No. 297 – 04)

La Sala única del Tribunal Distrital número 3 de lo Contencioso Administrativo con sede en Cuenca dentro del proceso no. 01803 – 2018 – 00395 ha considerado que para que se genere un acto administrativo legítimo y válido, se deben referir a varias características como:

1. “Que se haya ejercido el derecho ante autoridad competente”. Tiene relación con la validez de un acto administrativo, debido a que si la petición no se presenta ante la autoridad que tiene competencia para resolver no va a poder bajo ningún parámetro considerarse como acto presuntivo, este debe ser dirigido al funcionario que mantenga la calidad para poder responder.
2. “Que el funcionario competente no haya respondido en el término de Ley”. Los servidores públicos se encuentran amparados por el principio de legalidad, en el cual su accionar se limita exclusivamente a lo que establezca la ley, y dentro de estos límites se encontrará la posibilidad de dar respuesta ante las peticiones de los ciudadanos dentro de un límite de tiempo, al no responder dentro de este plazo se configura el silencio administrativo.
3. “Que lo solicitado se enmarque dentro de los límites de la ley y el derecho”. Esto se encuentra relacionado a lo analizado con anterioridad, en donde pese a que se configure el silencio administrativo, no debe encontrarse con vicios que imposibiliten en semejanza a un acto administrativo.

La posibilidad de generar una respuesta presuntamente afirmativa se encuentra configurada por el ordenamiento jurídico en Ecuador desde 1993, año en que se expidió la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por la Iniciativa

Privada, abriendo la posibilidad que por la falta de actividad de las entidades públicas de un determinado tiempo que en la ley le permite para dar respuesta se realice una presunta aprobación y se entienda como otorgado lo pedido (García de Enterría 1986: 555).

Una vez que hayan transcurrido los 30 días desde que se recibió la petición, y no haya existido respuesta alguna, la administración pública tiene la posibilidad de emitir una decisión o resolución sobre la petición solicitada, pero por mandato legal que establece el artículo 210 del COA esta resolución debe dictarse confirmando lo que el acto administrativo presunto solicitó, y por lo mismo, solo corroboraría al configurarse el silencio administrativo positivo.

En palabras de García – Trevijano (1990, p. 25): “pero los efectos del silencio administrativo no impiden, por cierto, que la administración dicte, con posterioridad al vencimiento de los plazos fijados para que se expida, una resolución expresa, cumpliendo así con su obligación de resolver”.

Se debe mencionar que en los procedimientos administrativos iniciados de oficio por las administraciones públicas cuando se configura el silencio administrativo positivo de los que se deriva el reconocimiento de derechos u otras situaciones jurídicas individualizadas, el artículo 208 de COA manifiesta cuando no se haya emitido una resolución, los administrados que hayan comparecido al procedimiento administrativo deben entender estimadas sus pretensiones, debido al paso del tiempo y a la configuración de esta figura y tiene como plazo máximo sea contestado un mes o hasta dos meses si existe una complejidad o el número de interesados tenga una mayor complejidad, como determina el artículo 204 del COA (Guerrero, 2019: 266).

El precedente emitido por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la ex Corte Suprema de Justicia señala:

“(…) el derecho que nace como consecuencia del silencio administrativo es un derecho autónomo, que de ninguna manera puede ser afectado por un pronunciamiento posterior de la autoridad, que por su falta de contestación dio lugar al efecto jurídico del silencio administrativo y que precisamente como derecho autónomo da origen a una acción procesal sustantiva e independiente , la que bien puede ser exigida en sede administrativa o sede jurisdiccional.” (Ex – Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, R. 297-04.)

De esta decisión judicial podemos concluir que no existe la necesidad de que la administración pública posterior al tiempo que tuvo para responder, no lo hizo y se cumplieron las circunstancias para que opere el silencio administrativo de una resolución a favor – o a su vez en contra – ya que se configuró esta circunstancia jurídica y por lo mismo solo es necesario realizar el trámite judicial para que se declare la existencia del silencio administrativo positivo.

La discusión que se mantiene en la presente investigación es si el silencio positivo genera y favorece el derecho de petición a los administrados ya que por el paso del tiempo y sin respuesta motivada se generará presunta aceptación, o del caso que por el paso del tiempo la ley establezca que su falta de respuesta generará directamente una negativa, y esta negativa genere vulneración de derechos constitucionales.

2.2. Trámite administrativo y judicial

Al existir un reclamo, solicitud o pedido a la administración pública conlleva una obligación de la misma a responder dentro de un tiempo oportuno, este tiempo va a estar establecido en la ley, el COA en el artículo 207 señala que existirá de término treinta (30) días como plazo máximo para que la entidad estatal dé respuesta a lo solicitado, en el caso que haya pasado los días que la ley dispone como tiempo límite para responder y sin una notificación al peticionario, se entiende como positiva, se generará por el paso del tiempo un acto administrativo presunto positivo.

Al ser un hecho jurídico, debido a que no es una declaración unilateral de la voluntad de la administración pública, se considera que es una presunción legal, y por lo tanto va a tener que cumplir con exigencias legales para su posterior ejecución (Cordero, 2009: 43). Al no existir ninguna declaración externa, de inmediato se puede entender que su petición fue aprobada (silencio administrativo positivo) y por lo mismo, acudir ante el Tribunal Contencioso Administrativo.

El acto administrativo presunto que resulte de la falta de respuesta de la administración pública la ley ha dispuesto que sea considerado como un título de ejecución. El peticionario deberá acudir ante el órgano jurisdiccional en su petición de ejecución del acto presunto incluirá la declaración bajo juramento en la cual determine que no le ha sido notificada la resolución expresa del órgano público dentro de los 30 días del término

legal, y adicional acompañará el original de la petición en donde se pueda observar la fe de recepción, como dispone el artículo 207 del COA y para su posterior ejecución se estará a lo dispuesto en el artículo 370 A del Código Orgánico General de Procesos⁵ (en adelante COGEP):

Art. 370A.- “Ejecución por silencio administrativo: Si se trata de la ejecución de un acto administrativo presunto, la o el juzgador convocará a una audiencia en la que oír a las partes.

Corresponde a la o al accionante demostrar que se ha producido el vencimiento del término legal para que la administración resuelva su petición, mediante una declaración bajo juramento en la solicitud de ejecución de no haber sido notificado con resolución expresa dentro del término legal, además acompañará el original de la petición en la que aparezca la fe de recepción.”

Presentada la petición y avocado el conocimiento, el juzgador convoca a una audiencia para escuchar a las partes procesales involucradas, y la parte accionante será la que demuestre que ha existido el vencimiento de los 30 días que establece el COA y al identificar el juez que la solicitud cumpla con los requisitos legales anteriores mandará a ejecutar el acto administrativo presunto, con lo pedido por el peticionario, siempre que no se encuentre en ninguna de las causales de nulidad del acto administrativo del artículo 105 del COA.

El COGEP regulaba con anterioridad que se tramitará por procedimiento sumario administrativo en el artículo 326 numeral 4 como especiales el inciso a) el silencio administrativo, el cual fue modificado por la disposición reformativa primera numeral 3 del COA en el cual suprime el inciso a) del artículo enunciado, y en el artículo 327 del COGEP señalaba: “Todas las acciones contencioso administrativas se tramitarán en procedimiento ordinario, salvo las acciones relativas al silencio administrativo positivo” en el cual en la disposición reformativa primera numeral 4 del COA, se dispone:

“Art. 327 Procedimiento. - Todas las acciones contencioso – administrativas se tramitarán en procedimiento ordinario, salvo las de pago por consignación que se tramitarán en procedimiento sumario.”

5 El Código Orgánico Administrativo publicado en el Registro Oficial 2 Suplemento 31 de 7 de julio de 2017 en su disposición reformativa primera dispuso el artículo 370 A en relación a la ejecución del silencio administrativo.

Con las reformas dispuestas en el COA, eliminando expresamente la posibilidad de tramitar por el proceso sumario al silencio administrativo positivo, y con la incorporación del artículo 370 A en el COGEP, se determina que se realizará por un trámite de ejecución ante el órgano jurisdiccional competente y este declarará la ejecución del silencio administrativo positivo.

2.3. Efectos del silencio administrativo positivo

Al ser un efecto jurídico que ocurre por el transcurso del tiempo y la falta de actividad de la administración pública para dar una respuesta expresa, Gustavo Penagos (1997: 106) señala que el silencio administrativo:

“(…) es una ficción legal, pues la norma le atribuye determinados efectos positivos o negativos, a la abstención de la administración (...). La ley es la que tipifica la ficción legal en forma expresa, la cual debe ser probada de acuerdo con los requisitos exigidos por la norma.

En términos generales, el silencio administrativo tiene el efecto directo de hacer surgir una ficción, por virtud de la cual se abre el acceso a la instancia siguiente (silencio negativo), o bien se entien- de otorgado aquello que se solicitó (silencio positivo)”.

Al analizar este comentario, observamos que los efectos del silencio positivo generan una cierta seguridad al peticionario, debido a que la ley configura que de no responderse a su petición, se entenderá aprobada, y por lo mismo abre la posibilidad a que la administración pública mantenga el deber constante de revisar en primer lugar lo que recepta por sus administrados y en segundo a responder, a cumplir con el deber de brindar un servicio oportuno, eficaz, el cual permitirá que no se genere este efecto jurídico. Por lo mismo, la administración tiene que velar por el cumplimiento de sus deberes, ya que por su falta de respuesta se configurará automáticamente una “presunta respuesta afirmativa” y llevará a que la pretensión del solicitante sea tomada en cuenta como válida y al momento de mandar a ejecutar por parte del órgano jurisdiccional, el órgano estatal que no dio respuesta, va a tener que acatar la ejecución.

2.4. Acto administrativo presunto negativo

Como regla general se encuentra el acto administrativo presunto positivo que determina el artículo 207 del COA, no obstante, esta generalidad no se aplica en todo el ordenamiento jurídico y en todas las posibilidades que tiene el Estado para responder, esto se debe a que el legislador ha considerado en determinadas respuestas que por el paso del tiempo sin existir una respuesta, no se va a volver positiva la pretensión del peticionario. Por otro lado, si el plazo del tiempo que la administración pública tiene para responder no lo realiza, concluye el tiempo y se presumirá que existió una negativa a la petición, y esto, impedirá que se lleve ante el juez y ejecute el acto positivamente. Cuando la ley establezca específicamente que la falta de actividad o de respuesta de la administración pública, dentro de un tiempo que se prevé como máximo para dar respuesta, no ocurra se entenderá que fue rechazada su solicitud.

Benalcázar (2003, p. 184) señala referente al silencio administrativo de efectos negativos que:

“(...) constituye una ficción legal de efectos puramente procesales, que suple el requerimiento de acto o resolución administrativa previa con el concepto fin de no obstaculizar el ejercicio de la acción procesal y de permitir la fiscalización judicial”

Sin embargo, suple la posibilidad de una respuesta – como es de igual manera en el silencio administrativo positivo – pero esta negación tácita conllevará directamente a que no se tome en cuenta lo que esta requiriendo, simplemente sea tomado como negativo y sin respuesta alguna motivada.

García de Enterría y Fernández (2006, pp. 1-604) tienen una visión acertada sobre la realidad que existe en relación al silencio administrativo negativo y positivo, señalando que:

“La “denegación tácita” o silencio negativo no es más que una mera ficción legal de efectos exclusivamente procesales dirigida a facilitar el acceso de los interesados a la vía jurisdiccional”, en tanto que “el silencio positivo, considerado efectivamente como un auténtico acto administrativo, aunque presunto, (es) equivalente a todos los efectos a una resolución expresa de sentido estimatorio.”

Por lo tanto, que la ley determine la denegación tácita no permitirá al peticionario que una vez esperado el tiempo máximo para su respuesta, simplemente deba utilizar otros medios más idóneos y eficaces que el ordenamiento jurídico provea. Puede, de esta forma, dirigirse directamente a la justicia ordinaria, y no como el caso del acto administrativo presunto positivo, que simplemente como se analizó en líneas anteriores acudir con un título de ejecución y cumpliendo con los requisitos establecidos, el juez emita la orden de ejecutarse.

La denegación tácita no solo conlleva a que el peticionario esté a la espera de la posible respuesta de la administración pública, sino que se encuentra con la posibilidad que no exista ninguna respuesta y por el paso del tiempo, de no cumplir con el principio de celeridad y eficacia para el mejor desenvolvimiento del Estado y de garantizar el ejercicio de derechos sea una respuesta negativa. Esta posibilidad de no responder no generará ningún efecto en los funcionarios públicos que se encontraban en el deber de velar por la buena administración pública.

No existe respuesta alguna por parte de la entidad estatal a la cual se acudió y por establecerse en la ley ninguna responsabilidad a los funcionarios por no emitir respuesta, no solo conlleva la vulneración en concreto del derecho de petición, sino se encontraría vulnerando esa falta de actuación de los servidores públicos encargados de esas funciones, derechos como el debido proceso, eje transversal en el actuar del Estado en todas sus manifestaciones y solo permitir el derecho a acceder o solicitar pero sin respuesta,. Adicionalmente, el derecho de acción para acudir ante la justicia ordinaria lo más pronto posible, ya que se esperará a que se tenga la respuesta en el término establecido por ley como máximo que cuentan las administraciones públicas para responder, y posterior a la espera se otorgará una respuesta negativa sin haber una respuesta expresa, en palabras de Jiménez (2003, 939): “El silencio negativo es una inactividad u omisión que violenta el derecho fundamental de justicia pronta y cumplida; el debido proceso y el derecho de petición (...) es simple incumplimiento administrativo”

2.5. La denegación tácita determinada en el Código Orgánico Administrativo y la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado

Esta visión de acto administrativo presunto negativo se puede observar en varias normas administrativas, como es el caso del artículo

85 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado que señala específicamente:

Art. 85.- “Denegación Tácita. - Las resoluciones de la Contraloría General del Estado, sobre impugnación de responsabilidades civiles culposas y sobre reconsideraciones de órdenes de reintegro, se someterán a los plazos previstos en esta Ley. Su falta de expedición causará el efecto de denegación tácita y el interesado podrá ejercitar las acciones previstas en la ley; sin perjuicio de las responsabilidades que correspondan al respectivo servidor por incumplimiento de plazos, al tenor de lo previsto en el artículo 212 de la Constitución Política de la República.

Las alegaciones que se formulen con ocasión del proceso de auditoría, se responderán, en lo que no haya sido subsanado, en el informe de auditoría, a la fecha de su emisión, en la parte pertinente al tema que trata dicho informe.”

En esta norma se observa que la administración pública, cuando reciba una impugnación de responsabilidades civiles culposas sobre reconsideraciones de órdenes de reintegro al pasar el tiempo determinado en la ley de la Contraloría y, sin dar respuesta alguna la entidad estatal, se entenderá que fue negativa y por lo mismo no se genera ninguna situación positiva al peticionario.

Gacía- Trevijano (1990) afirma que el silencio negativo no es acto administrativo y señala:

“Por el contrario, del silencio negativo no surge estrictamente acto alguno (ni sus efectos tienen el valor de un acto en toda su amplitud), pues ni concurre la voluntad (por presunción) de la administración, ni la ley la sustituye directamente a diferencia de los que se han expuesto en relación con el silencio positivo”

La realidad jurídica que presenta el silencio administrativo negativo se señala que no es un acto administrativo, ni tácito, ni presunto, sino que constituye llanamente un remedio procesal (Penagos, 1997, p. 89), por lo tanto, por mandato legal cuando no exista respuesta de la administración se entenderá como negativa y no permitirá el presumir favorablemente la petición del administrado y esto impedirá que exista la posibilidad de acudir ante el Tribunal Contencioso Administrativo para que este declare afirmativamente la petición.

3. VULNERACIÓN A PRINCIPIOS PROCESALES

Al abordar con anterioridad en la presente investigación el punto de la motivación se debe mencionar la trascendencia de que exista una respuesta por parte de las entidades estatales fundada en derecho, y por lo tanto la Constitución señala en el artículo 76 literal l) en relación a la falta de motivación: “No habrá si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertenencia de su aplicación a los antecedentes de hecho”, no solo recae la responsabilidad de respuesta, sino una respuesta fundada en coherencia, razonabilidad y comprensión, para lo cual la entidad estatal por medio de sus funcionarios públicos debe velar por fundamentar sus respuestas.

La Corte Constitucional del Ecuador (2009) determina que:

“(…) Una de las tareas primordiales de fundamentar toda sentencia o acto administrativo es la de proporcionar un razonamiento lógico y comprensivo, de cómo las normas y entidades normativas del ordenamiento jurídico encajan en las expectativas de solucionar los problemas o conflictos presentados, conformando de esta forma un derecho inherente al debido proceso, por el cual el Estado pone a disposición de la sociedad las razones de su decisión” (Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 025 – 09 – SEP – CC)

El debido proceso un eje transversal en todas las acciones que lleva a cabo la administración pública, temas judiciales, administrativos y otros, deben ser aplicados a cabalidad todos los principios y derechos que se encuentran consagrados en la Constitución y en instrumentos internacionales de derechos humanos, ya que se consideran como garantías mínimas para la no vulneración de derechos; esto da la posibilidad de cumplir con la administración pública a partir de reglas que organizan el procedimiento, para mantener una seguridad sobre su accionar (Pérez, 2015, p. 42).

La inexistencia de respuesta por parte de la administración pública cuando acude el ciudadano a ejercer el derecho de petición no solo acarrea la vulneración al derecho mismo de petición, además se vulneraría el derecho al debido proceso al no tener una respuesta certera no se podrá conocer la expresión de la administración pública entendiendo que ese era el objetivo principal del peticionario de que exista una respuesta en concreto, una expresión de la entidad pública debidamente motivada.

Dentro de las competencias y de las responsabilidades del Estado se encuentra el atender a las inquietudes del administrado, ya que así podrá ejercer los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico, y ante esta falta de respuesta por parte de los servidores públicos estarían incumpliendo sus funciones, no realizarían su trabajo el cual dentro de los fines de la administración no permitirá la garantía de derechos y, por lo tanto, la buena marcha del Estado.

Si bien cabe recalcar que el debido proceso se encuentra relacionado con el derecho de petición, que se cumpla con las garantías determinadas en la ley, la motivación de la decisión y ejecución de la misma, por la falta de una respuesta acarrea que no exista ninguna de estas características y se vulneren aún más otros derechos. En palabras de Rafael Oyarte (2017, pp. 200-202) :

“La formalidad y su cumplimiento es una de las formas de garantizar los derechos de las personas, pues de tal guisa el gobernado podrá oponerse o defenderse de una decisión que lo afecta. Lo que se pretende es asegurar el debido proceso en la formación de una decisión o de un acto de autoridad, esencialmente para asegurar que al administrado no se le afecte con un acto que no le ha garantizado o permitido ejercer oposición alguna.”

Al no existir como tal una respuesta que pueda ser conocida por el peticionario, no se podrá garantizar el derecho al debido proceso, a poder defenderse frente a la expresión del Estado, sin la posibilidad de tener una respuesta frente al interés que mantenía y frente al tiempo que estuvo esperando y en determinados casos que exista una denegación tácita esta omisión sería atentatoria de derechos o simplemente es una facultad que el Estado tiene y que el legislador a concebido que frente a determinados casos que los funcionarios públicos no resuelvan una petición dentro del tiempo permitido para dar una respuesta, por el mismo paso del tiempo se considera una respuesta negativa.

Al encontrarse el acto notificado al peticionario podrá observar la decisión tomada y como señala Oyarte (2017: 202) permitirá conocer su proporcionalidad con el hecho que se resuelve, sin esta respuesta no se conocerá ninguna pronunciación de la administración encontrándose el peticionario en indefensión y vulnerados derechos constitucionales. Francisco Guerrero (2019: 177) realiza una reflexión sobre el silencio administrativo negativo en la Ley Orgánica de la Contralo-

ría General del Estado (en adelante LOCGE) en el artículo 85 donde se determina negación tácita de no existir respuesta, y menciona:

“La vulneración de este derecho se produce en el Art. 85 mencionado, porque frente a la inactividad de la Contraloría General del Estado, es decir, ante el incumplimiento de su obligación de dictar las resoluciones dentro del plazo legal, se prevé como consecuencia jurídica la presunción de que su pronunciamiento ha sido negativo respecto a la pretensión del administrado, lo cual contradice además el Art. 227 de la Constitución, que proclama que la administración pública “constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, transparencia y evaluación”

Si bien se manifiesta este comentario como atentatorio de derechos constitucionales – derecho de petición en concreto – y como incapaz de cumplir con los deberes estatales, se debe considerar que existe un objetivo trascendental en el que la normativa dispone de un silencio administrativo negativo en caso de faltar respuesta a la impugnación de responsabilidades civiles culposas; ya que se ponderaría el interés estatal en el supuesto que la persona que maneje fondos públicos a causa de una acción u omisión haya cometido un perjuicio económico y este sea sufrido por la entidad u organismo público respectivo, en estas circunstancias importa más el interés de la administración pública al declarar la responsabilidad civil y que exista un cumplimiento de la determinada sanción por parte del servidor público, y de existir una omisión del funcionario público a dar respuesta al reclamo que se presente relacionado con el tema mencionado con anterioridad, se reafirme la responsabilidad civil del reclamante, ya que tiene más relevancia la correcta marcha de la administración pública, según el enfoque que mantiene el artículo 85 de la Ley de la Contraloría.

Este criterio puede encontrar su sustento en que el Estado tiene la posibilidad frente a determinadas circunstancias de no preocuparse por dar una respuesta – pese a que es su responsabilidad responder – por la circunstancia legal que existiría para “defender” la falta de actuación; y en este caso siguiendo objetivos mayores, más grandes, como el de que exista un cumplimiento de responsabilidades. No obstante, el ejemplo del artículo 85 de la LOCGE se puede analizar por la condición que el legislador considero más pertinente al aplicar denegación tácita ante la falta de respuesta, y en estas circunstancias per-

seguiría fines mayores a la correcta marcha del Estado. Sin embargo, en otras circunstancias, la ley determina que ante la falta de respuesta existirá una denegación tácita, esta falta de inactividad como lo señala Jiménez (2003, p. 939) es denominada “incumplimiento administrativo” si puede causar violación de derechos constitucionales, como se aborda en líneas posteriores.

Si bien el Estado perseguiría intereses generales, como la correcta marcha de la administración, este enunciado establecido en la ley de la Contraloría incumpliría el deber de garantizar el máximo ejercicio por parte de los habitantes del país, que es de igual manera grave. Además, se debe considerar que frente a la ausencia de respuesta, a la falta de actuación de los servidores públicos de la Contraloría General del Estado (en este caso en particular) no tendrían ninguna responsabilidad por su falta de trabajo.

Ante la falta de respuesta de la administración pública por un tiempo límite que determina la ley, ya que se debe aplicar plazos razonables para la respuesta del órgano, y en el COA se establece en líneas generales 30 días para que pueda ser afirmativo, pero en leyes antes referidas como la de la Contraloría la falta de esta respuesta no podrá garantizar el principio de celeridad que debe mantener la administración para una correcta marcha y la posibilidad de garantizar el derecho de petición.

La Corte Constitucional colombiana en la sentencia T-403/96 de julio 25 de 1996, manifiesta que:

“Dar pronta respuesta a la petición, permite o bien garantizar la efectividad de uno o varios derechos fundamentales o bien definir una posición jurídica que le garanticen al afectado contar con los mecanismos consagrados en la ley para controvertir los pronunciamientos de las autoridades”.

García (2011) plantea un punto de vista sobre el deber del Estado de notificar con una respuesta al peticionario, este se asemeja a la necesidad de garante de la administración pública en relación con el derecho de petición; y, no solo se concibe como una posibilidad de acudir ante el órgano y presentar la petición que la acción solo sería el principio del ejercicio de este derecho, ya que concluiría y se garantizaría con la respuesta oportuna y motivada, dentro de un plazo razonable.

4. CONCLUSIONES

El derecho de petición reconocido en el Ecuador, no solo implica la posibilidad de que el ciudadano acuda a las entidades estatales a realizar un reclamo, solicitud, pedido, sino que se encuentra más allá del simple hecho de solicitar, ya que el pleno ejercicio de este derecho se va a encontrar relacionado al que la persona pueda acudir al órgano estatal, de igual manera, exista una respuesta motivada y así el Estado pueda garantizar este derecho.

Un derecho de los ciudadanos es el de fiscalizar los actos del poder público. Cuando no existe este tipo de actos administrativos, no se podrá ejercer este derecho de participación y adicional se observará la falta de trabajo de la administración pública.

El silencio administrativo es un derecho autónomo, que por no dar respuesta dentro del plazo que le permite la ley al funcionario público no podrá ser afectado por un pronunciamiento posterior de la Administración Pública, ya que legalmente se establece que configurado el silencio administrativo positivo, si la autoridad se pronuncia a posterior, esta debe hacerlo en concordancia con la figura legal del silencio administrativo. Cuando la norma establezca que la falta de respuesta dentro del tiempo establecido configure al silencio administrativo con efectos negativos, imposibilitará al ciudadano a acudir ante el órgano jurisdiccional solicitando su ejecución, ya que se entiende que la ley en determinados casos ha ponderado que, ante la falta de accionar de la administración se considerará la denegación tácita de lo solicitado.

El presupuesto de denegación tácita establecido en el artículo 85 de la LOCGE, es una de las excepciones al silencio administrativo positivo y su objetivo va enfocado en intereses generales, y por lo mismo, el legislador consideró óptimo que ante la falta de respuesta sea tomado en cuenta como negativa la solicitud de la persona que impugnó la resolución sobre responsabilidades civiles culposas, lo cual acarrea que exista vulneración de derechos constitucionales.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Benalcázar, J. (2003). El Silencio Administrativo en la legislación ecuatoriana: una visión crítica de la situación actual". Ruptura No. 46 Revista de la Asociación Escuela de Derecho de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.
- Cordero, P. (2009). El silencio administrativo. Quito: Editorial El Conejo
- Corral, F. (15-07-2010). El derecho de petición. Opinión diario El Comercio. Obtenido de: <https://www.elcomercio.com/opinion/derecho-peticion.html>
- Fernández, F. (1993). La teoría jurídica de los Derechos Fundamentales en la Doctrina Constitucional, en la Revista Española de Derecho Constitucional, año 13, No. 39.
- García de Enterría, E. & Fernández, T. (1986) Curso de Derecho Administrativo. Madrid: Ed. Civitas. Tomo I.
- García de Enterría, E. y Fernández, T. (2006). Curso de Derecho Administrativo 13eva edición, 2 volúmenes. Navarra: Editorial Aranzadi.
- García – Trevijano, E. (1990). El silencio administrativo en derecho español. Madrid: Editorial Civitas
- García, J. (11-02-2011). El derecho constitucional de petición. DerechoEcuador.com. Diario La Hora. Obtenido de: <https://www.derechoecuador.com/el-derecho-constitucional-de-peticion>
- Guerrero, J. (2019). Nueva visión del Derecho Administrativo sustentada en el Código Orgánico Administrativo y normativa conexas. Quito: Cevallos Editora Jurídica.
- Gordillo, A. (2004). El Derecho Administrativo Tomo I. México: Editorial Porrúa.
- Jiménez, M. (2003). El silencio positivo y el Derecho de la Constitución para la protección efectiva de los derechos subjetivos ciudadanos. Justicia, libertad y derechos humanos; ensayos en homenaje a

Rodolfo E. Piza Escalante. Tomo II. Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

Oyarte, R. (2017). Acción Extraordinaria de Protección. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Penagos, G. (1997). El Silencio Administrativo. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.

Rodríguez, L. (2011). Derecho Administrativo General y Colombiano 16va edición. Bogotá: Editorial Temis

Pérez, E. (2015). Derecho Procesal Administrativo ecuatoriano. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Sayagués, E. (1963). Tratado de derecho administrativo. Tomo I. Montevideo.

Zavala, J. (2005). Derecho Administrativo. 2 volúmenes. Guayaquil: Editorial Edino.

Decisiones judiciales

Sala de lo Contencioso Administrativo. Corte Suprema de Justicia (2 de octubre de 2007). Publicado en la Gaceta Judicial. Año CVIII. Serie XVIII, No. 5. Página 2033.

Sala única del Tribunal Distrital No. 3 de lo Contencioso Administrativo con sede en el cantón Cuenca. Proceso no. 01803 – 2018 – 00395.

Sala de lo Contencioso Administrativo Corte Suprema de Justicia del Ecuador Resolución No. 297 – 04, en el juicio de impugnación No. 297 – 04. Publicada en el Registro Oficial No. 23 de 17 de febrero de 2003

Jurisprudencia nacional

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No, 090 – 15 – SEP – CC. Caso No. 1567 – 13 – EP.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No, 025 – 09 – SEP – CC. Casos No. 0023 – 09 – EP, 0024 – 09 – EP y 0025 – 09 – EP (acumulados)

Jurisprudencia internacional:

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309, párrafo 265.

Declive de los derechos humanos frente a la migración de ciudadanos venezolanos - Panorama de Ecuador

Decline of human rights against the migration of Venezuelan citizens - Panorama of Ecuador

Ab. Gissela Estefanía Quinatoa Tacuri¹
Investigadora Jurídica independiente

Información del Artículo

Original - Ruptura, 2019

Artículo recibido/ Received: 16 de agosto, 2019

Artículo aceptado/Accepted: 8 de noviembre, 2019

Citación

Quinatoa, G. (2019). *Declive de los derechos humanos frente a la migración de ciudadanos venezolanos – Panorama de Ecuador*. Revista Ruptura. Asociación Escuela de Derecho PUCE. Edición 2019, p (163-172)

DOI:

RESUMEN: El artículo aborda, desde una perspectiva jurídico-social, las principales causas para la migración de ciudadanos venezolanos hacia países de Latinoamérica como Colombia, Ecuador y Perú. Además, se realiza un análisis crítico de un caso de femicidio ocurrido en el año 2019, con la finalidad de poner en evidencia las repercusiones políticas y sociales provocadas por la oleada de migrantes dentro del Ecuador. Asimismo, en vista de los problemas políticos, sociales y humanitarios que atraviesa Venezuela a lo largo de los últimos tres años, se hace necesario realizar un análisis sobre la migración y las secuelas que producen, a fin de emitir un criterio sobre escenarios donde se han vulnerado los derechos humanos de estas personas.

1 Estudiante de Derecho Pontificia Universidad Católica del Ecuador, sede Ambato
Correo electrónico gissela_quinatoa@outlook.com

PALABRAS CLAVE: Migración, derechos humanos, violación de derechos, corrupción, ciudadanos venezolanos.

ABSTRACT: *This paper aims to describe, from a legal-social perspective, the main causes for the migration of Venezuelan citizens to Latin American countries such as Colombia, Ecuador and Peru; In addition, a critical analysis of a case of femicide in the year of 2019 is carried out, with the proposal to highlight the political and social repercussions caused by the wave of migrants within Ecuador. In view of the political, social and humanitarian problems that Venezuela is going through during the last three years, it is necessary to carry out an analysis on migration and the sequels that they produce, in order to issue a criterion on the scenarios where the Human rights of these people.*

KEY WORDS: *Migration, human rights, violation of rights, corruption, Venezuelan citizens.*

INTRODUCCIÓN

La decadencia de Venezuela se hizo notable a partir del 2016 y se produjo por factores principalmente políticos, pero lo que compete analizar en el presente artículo es la migración forzada que se produjo por el ineficaz manejo de la crisis por parte de las autoridades; a pesar de que países como Rusia u organizaciones como la Comisión Europea intentaron brindar su ayuda con alimentos y suministros de primera necesidad, no fue suficiente para impedir la salida del país de miles de ciudadanos venezolanos debido a que la inseguridad e inestabilidad del país se acrecentaba.²

Si bien es cierto, la migración forzada se ha asociado con situaciones de extremo riesgo como conflictos violentos y demás, está claro que Venezuela ha orillado a muchos de sus habitantes a dejar sus hogares e ir a otros países para salvaguardar sus vidas. No obstante, los migrantes son víctimas de constantes violaciones de derechos que ni en su

2 Esta nota de investigación introduce algunos resultados preliminares correspondientes al proyecto de investigación homónimo (en curso) desarrollado como actividad independiente (con fondos de autogestión) para el periodo 2017-2020 en la ciudad de Ambato (Ecuador). En ese sentido, se corresponde a una segunda etapa investigativa (derivada de una ponencia remitida a la Facultad de Jurisprudencia de la PUCE) que persigue compartir una línea argumentativa general con miras a recabar opiniones de público (profesionales y académicos) especializado en la materia.

propio país se han respetado, es así como la falta de control hace que sean sometidos. Por otra parte, las repercusiones o efectos que ha provocado la llegada de venezolanos a varios países de Latinoamérica no ha sido la más favorable por varios incidentes suscitados, por ejemplo en Perú donde el venezolano Miguel Riera Escalona quien trabajaba como gestor de cobranzas de la empresa “Inti Plast SAC” desapareció llevándose la cantidad de cuarenta mil soles, otro ejemplo es el femicidio cometido en Ecuador por parte del venezolano Yordis Rafael Lozada Garcés en contra de una joven ecuatoriana, este último caso se detalla a profundidad en el desarrollo del presente artículo.

Así también, es necesario resaltar que no todas las personas extranjeras que se internan en estos países llegan con intenciones de causar daño, sin embargo, el mal proceder de unos pocos incita a que toda la sociedad los desplace y exija su salida o por lo menos que exista más control en las fronteras.

1. SITUACIÓN POLÍTICA Y SOCIAL DE VENEZUELA

Con la muerte del ex presidente de Venezuela Hugo Chávez el cinco de marzo del año 2013 y la posterior subida al poder de Nicolás Maduro, el hermano país ha venido sufriendo un sinnúmero de malos manejos administrativos como la errónea gestión de la economía, la ruptura de relaciones internacionales, el excesivo abuso de poder y el sometimiento de la ciudadanía mediante las Fuerzas Armadas.

A pesar del evidente conflicto político de Venezuela, es a partir del año 2016 que se desata una pugna de poder entre el Legislativo liderado por la oposición y el Ejecutivo liderado por Nicolás Maduro, a tal punto que países como Estados Unidos, Brasil, Reino Unido, Georgia, entre otros, desconocieron el mandato de Maduro y decidieron brindar total apoyo al ingeniero Juan Guaidó originario de La Guaira (Venezuela), quien en la actualidad asume el cargo de Presidente de la Asamblea Nacional desde el cinco de enero de 2019. Resulta oportuno indicar que, la falta de alimentos, medicinas, oportunidades laborales y demás servicios básicos produjeron a partir del año 2016 el auge migratorio de ciudadanos venezolanos, las cifras superaron el millón de venezolanos residiendo en países como España, Estados Unidos, Colombia, Ecuador y Perú; es decir que, aproximadamente el 6.5% de la población abandonó su país de origen.

En el marco de las observaciones anteriores, cabe indicar que, de todos los países de Latinoamérica, Ecuador es uno de los más “afectados” por la migración, pues es un lugar atractivo para los migrantes venezolanos debido a que la remuneración que reciben es en dólares americanos.

2. MIGRACIÓN FORZADA DE VENEZOLANOS

La migración forzada es la salida involuntaria de personas de su país de origen debido a situaciones de riesgo que ponen en peligro su integridad y la de su familia, precisamente en Venezuela las personas se ven obligadas a abandonar sus hogares y migran en busca de seguridad, pues al estar en constante represión por parte de las Fuerzas Armadas que respaldan a Nicolás Maduro, se hace necesario huir hacia países que puedan brindarles asilo y asegurarles un nuevo y mejor porvenir.

El abuso y violencia del Poder Ejecutivo en Venezuela se convierte en un factor crucial para la insostenible salida del país de muchos ciudadanos. Aunque el término “migración forzada” se ha empleado tradicionalmente para describir situaciones en las que grupos de personas han tenido que huir de su propio país por la guerra, como es el caso de Colombia, la situación del país bolivariano no es distinta porque existe violencia civil y política que atenta contra los derechos humanos pese a no existir una guerra declarada como tal.

Como menciona Castles (2003):

“La migración forzada (o involuntaria) incluye un conjunto de categorías legales o políticas. Todas implican a personas que han sido forzadas a escapar de sus hogares y buscar refugio en otra parte. El habla popular tiende a llamarlos a todos «refugiados», pero legalmente ésta es una categoría legal bastante restringida. La mayoría de los migrantes forzados huyen por razones que no son reconocidas por el régimen internacional de refugiados y muchos de ellos son desplazados dentro de su propio país de origen” (p. 4).

Con referencia a lo anterior, es indispensable reconocer que existe migración forzada y que esta es causada por la grave crisis política y económica que atraviesa Venezuela, con la finalidad de que se propongan soluciones agresivas que frenen la transgresión de derechos fundamentales.

3. PRINCIPALES DERECHOS HUMANOS VULNERADOS

No es exagerado decir que los ciudadanos venezolanos, tanto dentro como fuera de su país, han visto violentados sus derechos humanos, que les pertenecen por el mero hecho de ser personas y por tanto, sujetos de derecho; a pesar de que la Declaración Universal de Derechos Humanos compila treinta artículos con los cuales pretende asegurar el bienestar de la sociedad y promover una mejor calidad de vida, la realidad es otra, pues es casi imposible asegurar alimentación saludable, viviendas dignas, oportunidades laborales, educación y seguridad dentro de un país como Venezuela donde predomina el abuso de poder, la restricción de la libertad de prensa y la falta de alimentos de primera necesidad, debido a que el país se encuentra en manos de un dictador.

Ocurre que, como se intenta demostrar mediante este artículo, la vulneración de derechos humanos es provocada por el propio gobierno de turno, según precisa Pedro Nikken (1994):

“Los derechos humanos implican obligaciones a cargo del gobierno. Él es el responsable de respetarlos, garantizarlos o satisfacerlos y, por otro lado, en sentido estricto, solo él puede violarlos. Las ofensas a la dignidad de la persona pueden tener diversas fuentes, pero no todas configuran, técnicamente, violaciones a los derechos humanos” (p. 39).

De acuerdo con el autor, los derechos humanos pretenden frenar el abuso de poder, sin embargo, se hace imposible al encontrarse frente a un gobierno represor. Si bien es cierto, las personas que se encuentran liderando un país, tienen la obligación de asegurar los mismos derechos y las mismas obligaciones a todos sus gobernados, pero en Venezuela es notable la corrupción y la desigualdad de clases entre los ciudadanos comunes y un grupo selecto que se aprovecha de la poca riqueza que queda en ese país.

En este sentido, Trueba, A. (2003) menciona que “la vida de los migrantes ilegales supone un complejo problema, empezando por el aspecto del respeto y garantía de los derechos humanos de estos grupos” (p. 2). Se puede decir que los derechos de los ciudadanos venezolanos que son más vulnerados es el derecho a la vida, porque el Estado no puede cubrir las necesidades básicas para el ser humano como el agua, los alimentos y la medicina. El derecho a la seguridad, porque son las propias Fuerzas Armadas de ese país, quienes, en lugar de brindar paz

social, arremeten en contra de la tranquilidad y el orden. Por último, el derecho a circular libremente, también se ha visto vulnerado tanto en Venezuela como en otros países de Latinoamérica, en donde se han cerrado las fronteras y se ha impedido el ingreso a países vecinos; cabe mencionar que Colombia, Ecuador y Perú no cerraron sus fronteras de manera definitiva, únicamente reforzaron las medidas y los requisitos de admisibilidad para su territorio.

4. CASO DE DIANA CAROLINA RAMÍREZ

Sin duda, el caso de Diana Carolina Ramírez Reyes es el femicidio más impactante ocurrido en Ecuador en el año 2019, no solo por la manera atroz con la que se cometió sino también por la persona que la ejecutó. Como antecedentes se puede indicar que Diana Ramírez nació en Natabuela provincia de Imbabura, procreó dos hijos de tres y cinco años respectivamente y estudiaba gastronomía; en el año 2018 conoce a un joven venezolano de nombres Yordis Rafael Lozada Garcés y posteriormente entablan una relación amorosa; tiempo después se entera que espera a su tercer hijo.

Para el momento de los hechos, Diana tenía veintidós años y se encontraba trabajando como ayudante de cocina en un *food truck* de comida rápida; el incidente tuvo lugar en Ibarra el diecinueve de enero del año 2019 e inició a las nueve de la noche, duró aproximadamente noventa minutos. En el parque La Merced de Ibarra, una multitud se congregó alrededor de la pareja, a la par se encontraban varios servidores policiales y una ambulancia, Yordis sostenía con su mano izquierda un cuchillo con el cual estaba amenazando a su pareja, la tomó del cuello mientras caminaban y en ciertos momentos la arrastraba; los presentes le pedían al joven que arrojara el cuchillo y la policía intentaba disuadirlo para que les entregara el arma.

Sin embargo, Yordis propició a Diana tres cuchillazos en el área del tórax, la policía lo detiene mientras Diana es trasladada a un hospital en estado de gravedad, pocas horas después falleció. Cuando se dio a conocer, mediante los diferentes medios de comunicación, que un ciudadano venezolano había atacado a una persona ecuatoriana, algunos grupos atacaron a las personas de Venezuela que vivían en Ecuador; así se abrió un gran debate entre ecuatorianos que apoyaban la estancia de venezolanos en el país y otros que exigían su salida inmediata.

La audiencia preparatoria y evaluatoria de juicio se llevó a cabo el día veinte de marzo mismo año, la Fiscalía pidió treinta y cuatro años de cárcel para Yordis por el presunto delito de femicidio, mientras que el defensor legal de la familia de Diana además de pedir justicia en contra de Yordis, denunció a la Policía Nacional por el delito de evasión de responsabilidades por considerar que existió inoperancia, pues de acuerdo con el Art. 291 del Código Orgánico Integral Penal (2014) se estipula que: “La o el servidor de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional que eluda su responsabilidad en actos de servicio, cuando esta omisión cause daños a una persona, será sancionado con pena privativa de libertad de seis meses a un año”; el Juez de Garantías Penales encargado del caso ordenó prisión preventiva para Yordis en la Cárcel Regional de Latacunga, Cotopaxi.

La audiencia de juicio se llevó a cabo los días dieciocho, diecinueve y veinte de septiembre, donde el Tribunal Penal de Imbabura constituido por los jueces Miguel Solá, Leonardo Narváez y Diego Chávez, este último actuó como juez ponente, después de revisadas las pruebas de cargo y de descargo, además de considerar los agravantes, declaró a Yordis Lozada como autor del delito de femicidio y fue sentenciado a treinta y cuatro años con ocho meses de cárcel, amparados en el Código Orgánico Integral Penal (2014) el cual dispone sobre el femicidio que:

“La persona que, como resultado de relaciones de poder manifestadas en cualquier tipo de violencia, dé muerte a una mujer por el hecho de serlo o por su condición de género, será sancionada con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años” (Art. 141).

Debido al impacto mediático que tuvo el caso, se suscitaron varios atentados en contra de venezolanos alrededor de algunas ciudades del Ecuador, principalmente de Ibarra en donde intentaban sacarlos por la fuerza. Así también el Presidente Lenín Moreno anunció que reforzaría el ingreso al país mediante la exigencia de nuevos requisitos, como el certificado de antecedentes penales, además de fomentar brigadas encargadas del control de la situación legal de venezolanos dentro del país.

5. PANORAMA DE ECUADOR: XENOFOBIA O ACEPTACIÓN

La xenofobia es uno de los varios problemas sociales de Latinoamérica que se ve enmarcada por la trascendencia política y la cultura de cada pueblo, a pesar de que los ecuatorianos también son considerados nómadas del siglo XXI, actualmente se encuentran cansados de recibir extranjeros. El tratadista Kudnami, A. (2001) hace una diferencia entre racismo y xenofobia e indica que: “Mientras que el racismo denota un proceso social de exclusión basado en diferencias de color (o últimamente culturales), la xenofobia sugiere una reacción psicológica natural contra extraños.” (P. 50).

Es difícil definir si en Ecuador existe inserción de extranjeros o se promueve la discriminación, pues la ideología de cada ecuatoriano es distinta, mientras ciertos grupos sociales se encuentran prestos a albergar personas de diversas procedencias, existe otro grupo que se opone a abrirles las puertas porque consideran que afectan de manera notable su entorno social y laboral, como mencionan los doctrinarios Bello, A. & Hopenhayn, M., (2000) sobre los efectos de la xenofobia:

“Estos sentimientos xenofóbicos pueden exacerbarse o revitalizarse si aumenta la masa de desplazados entre fronteras, sea por razones económicas o expulsados por conflictos bélicos; y sobre todo cuando las migraciones internacionales presionan sobre mercados laborales ya restringidos en los países receptores” (p. 1).

Se puede deducir que la xenofobia es graduable porque mientras una mayor cantidad de extranjeros ingresen al país, se hace más notable el rechazo de los nacionales porque alteran la su vida cotidiana, por ejemplo, en lo laboral, muchos ecuatorianos son despedidos porque los empleadores prefieren contratar a extranjeros con residencia irregular, los cuales reciben menor remuneración por mayor tiempo de trabajo, por tanto, el empleador prefiere obtener mayor producción con mano de obra barata.

Por último, se debe mencionar que en Ecuador se han reforzado las medidas de ingreso para los extranjeros después de que el país presencié una serie de infortunios como robos, asesinatos, femicidios y demás delitos, es así como se solicita certificados de antecedentes penales a todos los extranjeros que deseen ingresar al país, con el objetivo de no poner en peligro la integridad de los ecuatorianos, así mismo Bonilla, A. (2008) alega que:

“También entorpecen el proceso de integración social, alimentan prácticas sociales discriminatorias y sentimientos xenófobos, imponen barreras a la inserción laboral y facilitan la explotación, entre otras. Esta nueva tendencia en las políticas migratorias desincentiva la decisión de solicitar asilo, en la medida en que países de larga tradición migratoria empiezan a cerrar sus puertas para los solicitantes, con la deportación como medida cada vez más frecuente para población que se encuentra en situación irregular” (pp. 324-325).

6. CONCLUSIONES

Una vez revisado el contexto social y político que produjo la migración de venezolanos hacia algunos países de Latinoamérica, queda en evidencia que en realidad se trata de una migración forzada porque el desplazamiento de sus lugares de origen no ha sido su voluntad, sino que la necesidad de proteger sus vidas y asegurar un mejor porvenir para los suyos los ha orillado a moverse a diferentes lugares y entornos, queda claro también que las personas que se encuentran a cargo del manejo de Venezuela no se han enfocado en desarrollar políticas que contrarresten la crisis y procuren estabilidad. Por otra parte, los efectos que ha provocado la migración no son aceptada por todos, principalmente Ecuador porque a causa de varios hechos delictivos provocados por venezolanos se produjo xenofobia pues las personas rechazan la entrada desmedida de extranjeros, debido a que ha aumentado en crimen.

7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Bello, A. & Hopenhayn, M., (2000). *Tendencias generales, prioridades y obstáculos en la lucha contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia*. América Latina y el Caribe CEPAL.

Bonilla, A. (2008). *Ecuador y Estados Unidos: agendas distintas sin confrontación. Una mirada al Ecuador*, 508.

Castles, S. (2003). *La política internacional de la migración forzada. Migración y desarrollo*. Red Internacional de Migración y Desarrollo. Zacatecas, México

Código Orgánico Integral Penal. R.O 180 de 10 de febrero del 2014.

Kudnami, A. (2001): «In a foreign land: the new popular racism», *Race & Class*, 43 (2): 41-60

Nikken, P. (1994). *El concepto de derechos humanos*. IIDH (ed.), Estudios Básicos de Derechos Humanos, San José.

Trueba, A. (2003). S Opinión consultiva OC-18/03 del, 17.

Facultative Government-Initiated Referendum in Latin America: Evidence from Ecuador, Colombia, and Costa Rica

*Referéndum Facultativo Iniciado por el Gobierno
en América Latina: Evidencia de Ecuador,
Colombia y Costa Rica*

Luis Utreras Torres¹

Investigador Jurídico – Universidad de Ontario

Información del Artículo

Original - Ruptura, 2019

Artículo recibido/ Received: 29 de septiembre, 2019

Artículo aceptado/Accepted: 7 de noviembre, 2019

Citación

Utreras, L. (2019). *Facultative Government-Initiated Referendum in Latin America: Evidence from Ecuador, Colombia and Costa Rica*. Revista Ruptura. Asociación Escuela de Derecho PUCE. Edición 2019, p (173-192)

DOI:

RESUMEN: El mecanismo de democracia directa (MDD) más utilizado en el mundo es el referéndum. Desde la democratización a fines de la década de 1980, América Latina ha sido testigo de un aumento sin precedentes en el número de referéndums a nivel nacional. Este estudio constituye un esfuerzo por evaluar el estado de la literatura académica sobre el fenómeno de los referéndums facultativos iniciados por el gobierno en América Latina. Más precisamente, intenta proporcionar información sobre dos preguntas interrelacionadas: cómo los gobiernos de América Latina han utilizado este MDD desde la década de 1980 y qué consecuencias ha traído para la democracia en la región. Este estudio sintetiza los principales hallazgos de la literatura académica al tiempo que incorpora las últimas experiencias de

1 Correo electrónico: luis.utrerastorres@mail.utoronto.ca

América Latina con referéndums nacionales como estudios de casos. Utilizando un enfoque centrado en el actor, descubre que los referéndums facultativos iniciados por el gobierno han seguido en gran medida tres razones principales desde la década de 1980: delegación de políticas, lucha de políticas y lucha de poder.

PALABRAS CLAVE: américa latina, democracia directa, referéndum, control y saldos, formulación de políticas, cambio institucional.

ABSTRACT: *The most widely used mechanism of direct democracy (MDD) in the world is the referendum. Since democratization in the late-1980s, Latin America has witnessed an unprecedented increase in the number of referendums at the national level. This study constitutes an effort to assess the state of the academic literature on the phenomenon of facultative government-initiated referendums in Latin America. More precisely, it attempts to provide insights into two interrelated questions: how governments in Latin America have used this MDD since 1980s and what consequences it has brought for democracy in the region. This study synthesizes the main findings of the scholarly literature while incorporating Latin America's latest experiences with national referendums as case studies. Using an actor-centered approach, it finds that facultative government-initiated referendums have largely followed three main rationales since the 1980s: policy delegation, policy struggle, and power struggle.*

KEY WORDS: *Latin America; Direct Democracy; Referendum; Check-And-Balances; Policy-Making; Institutional Change.*

INTRODUCTION

Referendum refers to any call for a vote outside the process of electing representatives where all eligible voters can manifest their opinion on a specific national or local issue (Altman 2010 p. 10). Referendums have been by far the most widely used mechanism of direct democracy (MDDs) during the wave of unprecedented enthusiasm for direct citizen participation in policy-making. Latin America has been no exception to this trend witnessing a significant rise in the number of referendums over the last forty years (Morel 2017, p. 50). Only six Latin American countries (Cuba, Dominican Republic, El Salvador, Honduras, Mexico, and Nicaragua) have triggered no MDDs at the national level since 1970. Over a hundred referendums on issues ranging from constitutional amendments to policy change have taken place

south of the Rio Grande since 1978 (Altman 2016). Unsurprisingly, this phenomenon has caught the attention of a handful of scholars that have started to analyze its causes, development, and consequences for democracy. Given that, of all referendums in Latin America since 1978, more than 90% have been initiated by the government² and 71% by the executive alone (Altman 2014, p. 173), the scholarly literature has put especial emphasis on the relationship between governments, especially the office of the president, and referendums. Perhaps counterintuitively, it has been found that holding a referendum in Latin America entails significant levels of uncertainty. Data show that when government activated the referendum device, their preferred option wins on average 55.2% of the vote and is approved 57% of the time (Altman 2010, p. 24). It means that, although governments have an advantage in consulting voters, their preferred option is by no means guaranteed. Wheatley (2016 p. 51) notes that Latin America has a strong tradition of civil society, which generates a genuine possibility of voters rejecting government proposals in a referendum. Contrary to most expectations, even the likes of Augusto Pinochet and Hugo Chavez have lost referendums at different points of their term in office. It is worth inquiring then what draws governments in Latin America to engage in such a risky political move. This paper attempts to provide insights into the motivations behind the calling for and the use of facultative government-initiated referendums (FGIR) in the region since democratization in the late 20th century. It will synthesize the findings of the scholarly literature on referendums in Latin America while incorporating case studies from the region's latest experiences with this MDD. In doing so, it will also address what consequences referendums have brought for democracy in the region.

Before turning to definitions and case study selection, it seems worth taking a step back to lay out what is at stake in exploring FGIR in Latin America. Its importance is twofold. First, this research project allows for a more comprehensive understanding of the reasons behind the call for a non-mandatory referendum. Considering Latin America's

2 Following Morel (2001), I will use the term 'government' to refer to any of the three branches of government (the executive, the legislative, and the judicial branch). 'Government-initiated' referendums will then encompass referendums called by either the executive or the legislature, as is often the case. Where the power to call for a FGIR resides depend on constitutional provisions, which vary significantly from country to country. The specific constitutional provisions for calling a FGIR will be indicated in the discussion of each case throughout this paper.

well-documented history of populists governing via referendum, it is important to see through this appeal to the electorate in order to determine the real reasons behind it and to react accordingly. The conclusions to come out of this research project will shed some light on how politicians, especially presidents, have used the referendum device in the past and how to differentiate a genuine search for legitimacy and feedback on contentious policy decisions from a populist appeal and anything in-between.

The second importance of this project concerns normative questions about referendums. So far, scholars have attempted to theorize the motivations behind the calling of a referendum based on European and to a lesser extent North American experiences (Bjorklund 1982; Setälä, 1999; Morel 2001; Quortup 2006; Rahat 2009; LeDuc, 2015; Ancklar 2017). Yet, Latin America offers valuable lessons as well because referendums in the region have highlighted its virtues and potential for enhancing democratic participation but also its dangers. In providing insights on the use of this MDD, this research project also contributes to the theorizing of referendums, especially within presidential systems, aiming at constructing a comprehensive account.

1. REFERENDUMS: DEFINITIONS AND CLASSIFICATION

It is important to start by defining some key terms. The term referendum was briefly defined in the introduction but more needs to be said about it before moving forward. “Referendum” throughout this paper will be used in a broader sense than it normally is in legal-electoral contexts. Following Altman (2010), “referendum” will be used as a shorthand for referring to the type of popular vote where all eligible voters can manifest their opinion on a specific issue and does not belong to the regular democratic process to elect representatives. “Referendum” then comprises but is not limited to referendums, plebiscites, and popular consultations. It is worth noting that this term will refer to the event of calling for a vote rather than each individual question because this paper focuses on the reasons government had to call for a FGIR, which encompasses all questions on the ballot in single event (Welp & Ruth 2017, p. 107). Yet, this approach does come with some significant limitations, which will become clear in the analysis of referendums containing more than one question. Moreover, following

Morel (2017, p. 27), recall votes³ –the citizen-initiated vote to remove an elected representative from office- are not comprised in the term referendum and will not be considered in this study.

Referendums have been classified using diverse criteria, two of which are relevant for the purposes of this research project. Durán-Martínez (2012, p. 1166) classifies referendums in accordance with their ‘normative aim’ into two categories: institutional change referendums –referendums aiming at modifying the institutional set-up of a state– and policy decision referendums– referendums over policy change or decisions. Over 70% of MDDs activated in Latin America up until 2014 relate to institutional change, the re-writing of constitutions being the most common instance thereof (Altman 2014, p. 177).

The second relevant classification concerns the initiator of the referendum device. Using this criterion, referendums can be divided into three categories: government-initiated (top-down), constitutionally required, and citizen-initiated (bottom-up) referendums (Setälä, 1999 p. 329). Statistics suggest a clear pattern on this regard. While governments-initiated referendums add up to over 70% of all referendums in Latin America since 1980, citizen-initiated referendums only reach 10%. Interesting, the instances of the latter are overwhelmingly concentrated in Uruguay with almost 80% of them (Breuer, 2011 p. 104).

Given the dominance of government-initiated referendums in Latin America, this research paper discusses exclusively this type. To construct a meaningful argument, it concentrates only in referendums at the national level. Moreover, the focus will only be on facultative instances because their mandatory counterparts do not serve for an actor-centered analysis of political motivations over which this study centers (Welp & Ruth 2017, p. 103). Summing up, this study restricts its analysis only to facultative government-initiated referendums (FGIR) at the national level since democratization in the late-1980s.

3 Latin America has only witnessed two recall referendums since democratization (Venezuela 2004; Bolivia 2008).

2. FACULTATIVE GOVERNMENT-INITIATED REFERENDUMS

From an actor-centered approach, Welp & Ruth (2017, p 105-106) argue that referendums have followed six different motivational lines in Latin America in the period 1900-2014: (1) power legitimization, (2) policy delegation, (3) power struggle, (4) policy delegation, (5) empowerment, and (6) policy responsiveness. Yet, not all six categories are relevant for this study. Empowerment and policy responsiveness referendums are defined by the addition of the citizenry as an extra veto player participating in the activation of the referendum device (Welp & Ruth 2017, p. 106). Therefore, they can be understood as instances of citizen-initiated referendums, resulting in their exclusion from this analysis. Similarly, power legitimization referendums –referendums whose objective is to legitimize the de facto power structure via popular consultation– seem problematic. Of all the instances of power legitimization referendums Welp & Ruth (2017 p. 108) cite in their study, only Peru 1993 takes place in the period 1980s-to-present. This is because, as it is rightly pointed out, this type of referendum was most commonly used “in authoritarian and transitional contexts.” Peru 1993 was used to legitimize Alberto Fujimori’s dissolution of the opposition-led parliament. Doubts have been raised about the democratic credentials of such a move and the conditions under which the vote took place (Welp, 2009). With the goal of not engaging in this debate, this study will also exclude Peru 1993 and consequently the power legitimization category altogether. In the end, Latin America has witnessed three main political motives for the calling of FGIRs: policy delegation, power struggle, and policy struggle. The following three sections discuss in detail each of these categories, using case studies to illustrate its complexities.

3. POLICY DELEGATION: ECUADOR 2018

Policy delegation refers to referendums used to entrust policy decisions to voters in circumstances of unified governments. That is, they take place when governments that are not formally divided along partisan lines trigger a referendum over policy decisions. Even though there is no need to call for a referendum to carry out policy changes, this type of referendums aims to avoid the negative political consequences of making decisions on controversial or highly polarised topics without the voters’ consent. In this sense, it serves exclusively political reasons. Less often, policy delegation referendums could

also be used to externalize and settle disagreements on issues within the government coalition/party (Welp & Ruth 2017, p. 105). Miyachi (2014, p. 19) finds two factors that contribute to the calling for policy delegation referendums: non-conservative ideology and non-traditional governing party. In terms of ideology, conservative governments are less likely to call for policy delegation referendums because it is seen as a “measure of political reform” in the region (Miyachi 2014, p. 19). Non-traditional parties also tend to initiate FGIRs more often because, in their search for popular support, they appeal directly to voters as a way to prove their anti-establishment ideology and include formerly excluded sectors of society (Barczak 2001, p. 39).

Welp & Ruth (2017, p. 109) find four instances of policy delegation referendums taking place after democratization: Argentina 1984, Ecuador 2011, Uruguay 2009, and Venezuela 2000. With the goal of including the most recent instances of FGIR, Ecuador 2018 will be taken as a case study to illustrate the dynamics of policy delegations’ referendums. The importance of including Ecuador as a case study cannot be overestimated. For better or for worse, Ecuador has a well-documented history of direct democracy, especially referendums. It is the Latin American state with the highest number of referendums since 1980 and the world’s fifth most frequent user of this MDD at the national level (Morel 2018, p.54).

Ecuador 2018 is an exceptionally complex referendum. Rafael Correa was the president of Ecuador in the period 2007-2017. Even though he convoked a legislative assembly to re-write the constitution in 2007, President Correa’s party, Alianza Patria Altiva i Soberana (PAIS), pushed a set of constitutional amendments through the legislature in 2015. The most controversial of them was the elimination of presidential term limits despite including a clause barring President Correa from running for a third consecutive term in 2017 (BBC, 2018). Former vice-president Lenin Moreno was President Correa’s handpicked successor and Alianza PAIS’s candidate for the 2017 election. While Moreno won the presidency by a tiny margin in the second round, Alianza PAIS also seized a majority of seats in the legislature. Shortly after taking office, President Moreno publicly showed disagreements with former President Correa and openly criticized his management of Ecuador’s economy and corruption crisis. By the end of 2017, Alianza PAIS was openly divided between Moreno and Correa, which caused Alianza PAIS’s legislative block to split between correistas and morenistas. In the context of all-out war within Alian-

za PAIS, President Moreno announced that a referendum would be held in 2018. The referendum contained seven questions, five relating to constitutional amendments and two popular consultations over policy. The three most controversial questions concerned the restoration of presidential term limits, the restructuring of the Council of Citizen Participation and Social Control (CPCCS), and the reduction of the mining zone in the ecological reserve Yasuni-ITT (El Comercio, 2018). Correa was the most prominent figure opposing the referendum and campaigned vigorously alongside dissents from Alianza PAIS for the “No” option in all seven questions. Virtually all parties represented in the legislature supported the referendum and actively campaigned for the “Yes” vote. Unsurprisingly, the referendum was won in a landslide. All seven questions were approved with more than 63% of the vote and voter turnout reached 80% (BBC, 2018). Putting an end to this dispute, Alianza PAIS remains under Moreno’s control, whereas Correa and like-minded dissidents formed a brand-new political party named Movimiento Revolución Ciudadana.

Ecuador 2018 follows substantially the policy delegation framework outlined in the academic literature. First, the government of Ecuador in 2017 was a unified government because Alianza PAIS won a majority in the legislature and the presidency, meaning that the government did not have a legislative barrier to move forward with most policy proposals presented to voters (El Comercio, 2018). As Welp & Ruth (2017, p. 106) point out, Ecuador 2018 served primarily as a tool for settling the dispute within the government led by Alianza PAIS. It was clear by October 2017 that Moreno and Correa disagree fundamentally about policy decisions. In addition to presidential term limits, they had opposing views on foreign investment, oil extraction, Ecuador Communication Law, and civil society, especially indigenous organizations. Moreno was also skeptical about Correa’s design of Ecuador’s system of check and balances, seeing partiality in the judicial system and the *de jure* autonomous CPCCS –the organization responsible for appointing the heads of most governmental entities. In delegating some of these disagreements to voters via referendum, Moreno intended also to consolidate his power in Alianza PAIS. The question that most evidently embodies this goal was the one concerning the restoration of presidential term limits, which would put an end to Correa’s hopes for returning to the presidency (Beltrán, 2017).

It was also the referendum’s goal to mark a complete departure from Correa and thus to portray himself as an outsider to rampant gover-

nment corruption, which follows Miyachi (2014)'s argument that non-traditional parties, or candidates, tend to call for FGIR in order to show their anti-establishment ideology. The two questions regarding mining extraction and the proposal on the restructuring of the CPCCS were fundamental to this goal. The referendum delegated the decision of prohibiting mining on protected ecological reserves and of reducing the mining zone in the Yasuní-ITT (El Comercio, 2018).

With President Correa's announcement that Ecuador would start extracting oil from the ecological reserve Yasuní-ITT, protests emerge calling for a referendum on it. Correa dismissed these demands especially made by indigenous communities and environmentalist groups. As this policy decision was highly controversial, Moreno decided to include two questions regarding mining in the referendum to show a departure from Correa's perceived quasi-authoritarian handling of protests (BBC, 2018). Somewhat differently, the restructuring of the CPCCS is more complicated and was by far the most controversial change on the ballot. It technically constituted a complex mix of institutional change and policy change within the same question.⁴ Leaving the constitutional disagreement on it aside, it was also sold as a necessary measure to remove *Correistas* from the head of key government institutions constituting Ecuador's system of checks and balances, especially from the Justice system (Beltrán, 2017). In doing so, Moreno used the referendum to portray himself as a non-traditional candidate, meaning that he had no links with Correa's deformation of the ideals of Alianza PAIS (Wray, 2018).

4. POLICY STRUGGLE: COSTA RICA 2007

Policy Struggle referendums delegate policy-making to voters in order to solve a struggle between political actors within government, most often between the president and the opposition-led legislature. They differ from policy delegation referendums in that the government is not unified but fragmented, leading to a high probability of standstill in policy decisions. Divided governments might have an incentive to solve deadlock again by resorting to the referendum device

4 Ecuador 2018 could also be considered as an instance of power struggle referendums because of Question 3 and the specific institutional changes there proposed. Yet, as Welp & Ruth point out, referendums might belong to more than one category. This is the case for Ecuador 2018.

(Welp & Ruth 2017, p. 106). Similarly, divided governments might also use FGIR to avoid the electoral repercussions of an arbitrary decision on controversial policy decisions (Morel 2001, p. 52). Breuer finds that civil unrest and “acute presidential crises” also play a prominent role in the calling for FGIRs. Related to the legislative impasse, “acute presidential crises” refers to the struggle between the legislature and the president in which charges of illegitimacy or unconstitutional acting are made against one another. FGIR again emerges as a way to solve such struggles (Breuer 2009a, p. 29). In times of civil unrest, referendums might seem appealing for governments as means to divert public attention from controversial issues or misdemeanour or to offer a political gesture to mobilized social groups (Breuer 2009a, p. 30). This category is also referred to as *politically obligatory referendums* (Qvortrup, 2006) or *agenda referendums* (Morel 2001) in the academic literature. Welp & Ruth (2017, p. 108) find seven instances (Brazil 2005; Bolivia 2004; Colombia 2003; Costa Rica 2007; Ecuador 2006, 1995, 1994) of policy struggle referendums, all of which have taken place after democratization.

Costa Rica 2007⁵ serves as an interesting case study that illustrates the complexities of policy struggle referendums, especially regarding controversial policy decisions. It takes place in the context of efforts from the United States to sign bilateral and sub-regional free trade agreements with the nations of the Americas. The negotiations of the Central American Free Trade Agreement (CAFTA) with the US ended in 2003 and was ratified by El Salvador, Dominican Republic, Guatemala, Nicaragua, and Honduras. Yet, it faced considerable opposition from both civil society and the legislature in Costa Rica. Costa Rica’s Legislative Assembly managed to obstruct the passage of the controversial trade agreement, which had polarized the population, until the upcoming presidential and legislative elections of 2006. Clearly, CAFTA was the most prominent issue in the election. Although the pro-CAFTA candidate Oscar Arias from the National Liberation Party (NLP) won the presidency by a small margin, the NLP only obtained 25 out of 57 seats in the Legislative Assembly, falling short of a ma-

5 Costa Rica 2007 can also be understood as a de facto instance of a citizen-initiated referendum because of the prominent role civil society had in the calling for it. In fact, Welp & Ruth (2017, p. 110) argue that Costa Rica 2007 figure in “both the policy struggle category (the MDD was finally called by a president without majority support in the legislature) and the policy responsiveness (the first attempt to activate it came from the citizens).”

majority. The narrow margin of victory and the lack of a majority in the legislature raised concerns about the legitimacy of Arias' economic policy (Breuer 2009b, p. 457). The Costa Rican constitution contemplates the option of a Legislative Popular Initiative, which establishes that 5 percent of the electoral roll can convoke a referendum on the approbation of a law or constitutional reform. As civil society mobilized to gather signatures to trigger the referendum device and the opposition delayed the vote in the legislature, the government decided not to push CAFTA through the legislature without consulting voters. Therefore, President Arias submitted a decree calling for a referendum on CAFTA to the Legislative Assembly, which subsequently approved it. The vote was scheduled on October 7, 2007. The "yes" option won in the referendum with only 51.57% of the vote despite pollsters predicting a much wider margin. Voter turnout reached 59%, which was well above the 40% constitutional threshold (Breuer 2009b, p. 461). Yet, the fact that the margin of victory was so narrow meant that the political victory did not materialize, leading to further street protests and opposition in the legislature (Breuer, 2009b p. 464). Yet, all was in vain since CAFTA was signed and took effect on January 1, 2009.

Costa Rica 2007 largely follows the outlined model for policy struggle referendums. The referendum was called as a "fast-track" solution to the disagreement over CAFTA in the legislature. First, Costa Rica had a deadline to ratify CAFTA: March 1, 2008. The constitution of Costa Rica required a qualified majority (38 out of 57 votes) in the Legislative Assembly to approve trade agreements (Willis & Seiz 2012, p. 128). Arguably, Arias' government did negotiate the minimum number of votes to pass it, but opponents of CAFTA headed key committees such as the International Affairs Committee and delayed the vote with the goal of not meeting the deadline. Constitutionally required discussion times in the legislature and the controversy raised by some of CAFTA regulations concerning property rights were expected to further delay the vote and steer protests. This situation clearly evidences a divided government, which was largely expected not to pass CAFTA before the deadline. The Arias government amended the legislative rules to introduce a "fast-track" mechanism (*vía rápida*) to speed up the process of ratifying the agreement through the legislature by reducing discussion time and questionable unconventional procedures. Yet, this change in the rules spurred further protests (Breuer, 2009b p. 467).

At the same time, citizens had already mobilized to start a referendum on CAFTA from both sides of the issue. Arias himself did not want to hold a referendum, arguing that the election of 2006 had already given him the mandate to ratify CAFTA. Yet, since the divided nature of the government would defeat CAFTA by lack of time, the referendum then was used as a mechanism to solve the deadlock between the legislature and the executive, as Welp & Ruth (2014, p. 106)'s model theorizes (Willis & Seiz 2012, p. 129). In addition, a government-initiated referendum would allow him to take credit for it and harvest the political/electoral benefits of portraying himself as a democrat, hoping that it would materialize in a victory on it (Willis & Seiz 2012, 129-130). This rationale falls in line with Breuer (2009)'s argument as the policy struggle referendum as a necessary measure to address civil unrest because Costa Rica 2007 was largely called also as a way to respond to Costa Ricans' claims for an active role in this major policy decision.

5. POWER STRUGGLE: COLOMBIA 2003

Power struggle referendums concern institutional change aiming at solving crisis within government. They often take place in cases where the government is not unified and several veto players battle for institutional change (Welp & Ruth 2017, p. 105). Breuer (2009a) finds that this type of referendum has been common in divided government situation in which "the president's party does not control a majority of legislative seats, or in a bicameral system, a majority of seats in at least one of the chambers" (Breuer 2009a, p. 30). Under such circumstances, either branch of government, depending on constitutional provisions, might decide to call for a referendum to move legislation concerning institutional change forward (Breuer 2009a, p. 35). Durán-Martínez (2012, p. 1180) holds that presidents in Latin America have used power struggle referendums to expand their power vis-à-vis other branches of government, especially the legislature. Moreover, if the agenda-setting process is fragmented and other institutions have a constitutional mandate to engage in the process, the executive is less likely to bypass democratic institutions (Durán-Martínez 2012, p. 1174). In the long term, power struggle referendums aim at reducing the number of veto players in decision-making, leading to a concentration of power in one branch of government and facilitating the policy-making process (Serdült and Welp 2012, p. 80). This type of referendums are by far the most common rationale behind the ca-

ling for FGIR in Latin America since democratization (Altman 2014, p. 177), Ecuador and Colombia being the two countries that most often resort to them (Welp & Ruth 2017, p. 109). Wheatley⁶ (2017, p. 51) argue that, even though governments might succeed at calling for the referendum, governments in Latin America have to abide by constitutional and electoral rules. In their search for the enlargement of powers, the initiator of the referendum have to face strong civil society movements and rigid constitutional provisions, might deny their bid at enlarging powers. In the literature, this type of referendum is also referred to as power-concentration referendums (Serdült and Welp 2012, p. 80).

To illustrate the dynamics of power struggle referendums, Colombia 2003 will use as a case study. Colombia 2003 occurs in a complex political context. The ongoing-armed conflict in Colombia had intensified in the 1980s and 1990s. Since 1974, every Colombian president had engaged in peace talks with both the guerillas and the paramilitaries with very little success. By the late-1990s, violence reached unprecedented levels, leading to distrust in the political class and mainstream parties. Alvaro Uribe appeared in the political scene to capitalize on that discontent. After a long career in the ranks of the Liberal Party –one of Colombia’s mainstream political parties–, he founded his own political party called the Sector Democrático. In 1994, he was elected Governor of the Department of Antioquia and, during his time in office, he created a reputation of an honest reformer and a law-and-order politician. In 2001, Uribe announced that he would run in the 2002 presidential election as an independent candidate with a new political movement called Colombia Primero (Breuer 2008, p. 76). One of his main talking points throughout the campaign trail was rampant corruption and his criticism of the handling of the peace negotiations with the largest guerrilla movement the Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC). In his “Manifiesto Democrático” (2001), he promised to call for an anti-corruption referendum that would include questions related to reducing the size of Congress and eliminating primes for legislators. Uribe won the election in a landslide with a remarkable 54%

6 Wheatley (2017, p. 41) uses the term “power consolidation” referendums to refer to referendums that meet two conditions: (1) “must transfer power from one branch of government to another and thus involve a constitutional change” and (2) “must be “top-down” process. Even though power legitimation referendums also meet this criteria as Welp & Ruth (2017 p. 107) point out, Latin America does not present any case of such referendums since 1980.

of the vote in the first round. In August 2002, the “Referendum Contra la Corrupción y Politiquería” was formally initiated.

The content of the referendum caught many by surprise, especially Congress that overwhelmingly supported Uribe (Breuer 2008, p. 78). Uribe’s initial draft of the referendum contained 15 questions concerning political and fiscal reform. The proposed measures targeted long-standing personal privileges for legislators and “the suppression of traditional pork-barrels and vote-buying practices” (Breuer 2008, p. 77). Two institutional changes were particularly controversial: (1) merging the two Congressional chambers into one and cutting down the number of legislators from 263 to 150, and (2) calling for early elections for the new unicameral congress (Dugas 2003, p. 1132). Uribe also planned to hold the referendum on the same ballot as the municipal elections scheduled for October 26, 2003 in order to boost voter turnout and reach the constitutionally required 25% threshold (Breuer 2008, p. 77). Uribe decided to take advantage of the constitutional provisions that allow the president to push the mega-constitutional amendment via referendum. Breuer (2009a, p. 39) argues that Uribe decided to take that path in order to accelerate the pace of the institutional reform and take advantage of his popularity to win a majority of seats in the early elections for the potential new unicameral congress. This mega-constitutional change follows Durán-Martínez (2012)’s model of power struggle referendums as a mechanism to reduce veto-players in the policy-making process in order to concentrate power in Uribe’s hands. In doing so, Uribe aimed at consolidating this power to implement pro-market economic policy and change course in the tone of the peace negotiations with the FARC. In addition, Breuer (2008, p. 69) in an earlier work notes that Uribe’s proposed measures could not have been approved in the legislature because they represented a threat to all of the legislators. As Breuer (2009a)’s model also explains, the rationale for calling for this referendum was to resolve this legislative impasse between the president and Congress concerning mega-institutional reform.

Again, consistent with Durán-Martínez (2012) findings, constitutional provisions undermined Uribe’s attempts for consolidation of power. The 1991 constitution of Colombia requires that both Chambers of Congress approve the contents of referendums when called by the executive (Dugas 2003, p. 1135). Popular opinion was not on Uribe’s side because analysts and the press saw in the referendum as proposed by Uribe an attempt to implement a hyper-presidential mo-

del of government (Breuer 2008, p. 78). Yet, the constitutional mandate of Congress forced the Uribe administration to negotiate the contents of the referendum, resulting in a considerably ‘watered down’ version of it. In addition, the Constitutional Court also removed key questions such as the proposal to extend the tenure of mayor and governors (Dugas 2003, p. 1132). It also declares that the constitution barred the concurrence of referendums and ordinary elections on the same day. Therefore, the referendum was scheduled the day before the municipal elections, which raised concerns about reaching the constitutionally required 25% voter turnout (Breuer 2008, p. 80). In the end, the version submitted to voters did not contain any of the two controversial proposals and just cut down the size of Congress by 20 percent (Breuer 2009a, p. 39). On top of the bad timing for the vote, the watered-down version of the referendum also failed to mobilize enough support largely because the questions were deemed to be too technical for the average voter. Even though voters approved all 15 questions, only one of them reached the voter turnout thresholds. It was a significant political blow for Uribe, who later negotiated some of the institutional changes with Congress with very little success (Breuer 2009a, p. 39). Hence, the success of power struggle referendums is significantly conditioned by constitutional provisions allowing for the intervention of third-party actors such as the legislature and the courts.

6. CONCLUSIONS

Similar to other parts of the world, the phenomenon of referendums in Latin America have been the product of competing forces, the most prominent of which have been a well-organized civil society, institutional constraints, and governments (both executive and legislative branch). They interact with one another in discernible patterns. Using an actor-centered approach, this study has identified three fundamental motivations for the calling of FGIR in Latin America since democratization: policy delegation, power struggle, and policy struggle. Policy delegation referendums tend to be called by unified governments with the goal of entrusting voters with major, often controversial, policy decisions as was illustrated with the case of Ecuador 2018. Resorting to voters in this situation has been found to increase popular support for the incumbent party (Barczak 2001, p. 55). Still within the realm of policy, divided governments tend to call for policy struggle referendums, aiming at solving policy struggle within

governments, most often between the executive and the legislature. Costa Rica 2007 served as a case study for this type of referendums, showing how referendums can decide over controversial policy decisions. Consistent with other findings in the academic literature on referendums other parts of the world (Björklund, 1982; Morel, 2001; Qvortrup, 2006; Rahat, 2009), this study also found that power struggle referendums are particularly problematic for democracy. These are referendums concerning institutional change with the goal of enlarging the powers of one branch of government, most often the executive. Depending on institutional provisions, this has led to a disruption in the system of check and balances in Latin American states (Durán-Martínez 2012, p. 1180).

Nonetheless, there seem to be notable limitations in the scope of this paper. Again, referring to referendums as events rather than individual questions seems to be problematic because Latin America has historically witnessed multi-question referendums containing both policy and institutional change within the same ballot. This is why ambiguities in the classification of each event inevitably emerge, as was the case in Ecuador 2018 (Altman 2014, p. 174). This study falls short in this respect because it does not discuss this methodological issue in the study of referendums.

Nonetheless, this study also has important implications. The first concerns the empowerment of voters in FGIR. Historically, power struggle referendums have been used as a political tool to legitimize the concentration of power in one branch of government (Wheatley 2016, p. 54). As such, the citizenry should have in mind that such type of referendum might have as its goal the manipulation of popular opinion to modify the much-needed system of check and balances. By contrast, both policy delegation and policy struggle tend to empower voters by delegating them contentious policy decisions. Referendums on policy then have been the most democratic in Latin America. Yet, the fact that power struggle referendums have constituted the overwhelming majority of MDDs in the region since democratization suggests that the referendum device has not lived up to its full democratic potential. If the goal of referendums is to empower the citizenry, it might be a more effective way to make use of citizen-initiated referendums and other institutional citizen-driven MDDs. Even though most constitutions in Latin America contemplate the option of citizens directly triggering a referendum or even proposing legislation (Barczak 2001, p. 55), Latin America has a poor record

in bottom-up MDDs. It seems counterintuitive that as enthusiasm for citizen participation in policy-making increase, citizens themselves do not trigger the constitutional mechanisms designed to give them a voice. Yet, given the scarce number of citizen-initiated-mechanisms, the academic literature has focused much less on them and has only discussed them in the context of Uruguay (Altman 2002, p. 627). It is important then for scholars to engage in a comprehensive understanding of citizen-initiated referendums in Latin America and the lack thereof. This endeavour might help fully understand whether institutional MDDs are viable ways of encouraging direct citizen participation in policy-making. There is certainly the need to pursue further research on this area, which might bring important implications for policy-makers and civil society alike.

7. REFERENCES

- Anckar, D. (2017). "Why Referendums?: On Appearances and Absences." in *The Routledge Handbook to Referendums and Direct Democracy*, edited by Laurence Morel and Matt Qvortrup, 107-122. Abingdon: Routledge Handbooks Online. Retrieved from <https://bit.ly/2EgLI0F>.
- Altman, D. (2002). "Popular Initiatives in Uruguay: Confidence Votes on Government or Political Loyalties?" *Electoral Studies* 21 (4): 617-630. doi: 10.1016/S0261-3794(01)00036-1
- Altman, D. (2010). "Plebiscitos, referendos e iniciativas populares en América Latina: ¿mecanismos de control político o políticamente controlados?" *Revista Perfiles Latinoamericanos*, 18 (35): 9-34.
- Altman, D. (2014). "Direct Democracy in Latin America." In *Referendums around the World: The Continued Growth of Direct Democracy*, edited by Matt Qvortrup, 162-185. Houndmills, Basingstoke, Hampshire: Palgrave Macmillan, 2014.
- Altman, D. (2016). "Votar hasta lograr el resultado." *El País*, July 8, 2016. Retrieved from <https://bit.ly/2zSwAgE>.

- Barczak, M. (2001). "Representation by Consultation? The Rise of Direct Democracy in Latin America." *Latin American Politics and Society* 43 (3): 37-59. doi: 10.1111/j.1548-2456.2001.tb00178.x.
- Base de Datos Políticos de las Américas. (1999). Argentina: Elecciones Legislativas de 1983. *Georgetown University y Organización de Estados Americanos*. Accessed on November 25, 2018. Retrieve from <https://bit.ly/2PPUqmG>.
- BBC. (2018). "Ecuador 'Rejects Unlimited Election Terms', Blocking Correa Return." *BBC News*. February 5, 2018. Retrieved from <https://bbc.in/2rtTKoi>.
- Beltrán, J. 2017. "¿De Dónde Vienen las Preguntas de la Consulta Popular?" *GK*. October 10, 2017. Retrieved from <https://bit.ly/2QkYo7a>.
- Björklund, T. 1982. "The Demand for Referendum: When Does It Arise and when Does It Succeed?" *Scandinavian Political Studies*, 5 (3): 237-260. doi:10.1111/j.1467-9477.1982.tb00262.x
- Breuer, A. 2008. "Policymaking by Referendum in Presidential Systems: Evidence from the Bolivian and Colombian Cases." *Latin American Politics and Society* 50 (4): 59-89. doi: 10.1111/j.1548-2456.2008.00030.x.
- Breuer, A. (2009a). "The Use of Government-Initiated Referendums in Latin America: Towards a Theory of Referendum Causes." *Revista de Ciencia Política* 29 (1): 23-55. doi: 10.4067/S0718-090X2009000100002.
- Breuer, A. (2009b). "Costa Rica's 2007 Referendum on the Dominican Republic-Central America Free Trade Agreement (CAFTA-DR): Citizen Participation or Citizen Manipulation?" *Representation* 45 (4): 455-469. doi:10.1080/00344890903257524.
- Breuer, A. (2011). "Obstacles to Citizen Participation by Direct Democracy in Latin America: A Comparative Regional Analysis of Legal Frameworks and Evidence from the Costa Rican Case." *Democratization* 18 (1): 100-134. doi:10.1080/13510347.2011.532619.

- Dugas, J. (2003). "The Emergence of Neopopulism in Colombia? The Case of Álvaro Uribe." *Third World Quarterly* 24 (6): 1117-1136. doi :10.1080/01436590310001630099.
- Durán-Martínez, A. (2012). "Presidents, Parties, and Referenda in Latin America." *Comparative Political Studies* 45 (9): 1159-1187. doi:10.1177/0010414011434010.
- El Comercio. (2018). "¿Cuáles son las siete preguntas del referéndum y la consulta popular del 4 de febrero del 2018 en Ecuador?" El Comercio. January 19, 2018. Retrieved from <https://bit.ly/2C5bRHL>.
- LeDuc, L. (2015). "Referendums and deliberative democracy." *Electoral Studies* 38 (1): 139-148. doi: 10.1016/j.electstud.2015.02.007.
- Miyachi, T. (2014). "Referendum as performance? A Quantitative Analysis of Government-Initiated Referendums under Democratic Regimes in Latin America from 1979 to 2010." 同志社大学 (101) (1): 1-25. doi: 10.14988/pa.2017.0000013389.
- Morel, L. and Qvortrup, M. (2017). *The Routledge Handbook to Referendums and Direct Democracy*. Abingdon: Routledge Handbooks Online. Retrieved from <https://bit.ly/2EgLI0F>.
- Morel, L (2001). "The Strategic Use of Government-Sponsored Referendums in Liberal Democracies." in *Referendum Democracy: Citizens, Elites, and Deliberation in Referendums Campaigns*, edited by Matthew Mendelsohn and Andrew Parkin, 47-64. New York: Palgrave.
- Morel, L. (2017). "Types of Referendums, Provisions and Practice at the National Level Worldwide" in *The Routledge Handbook to Referendums and Direct Democracy*, edited by Laurence Morel and Matt Qvortrup, 27-59. Abingdon: Routledge Handbooks Online. Retrieved from <https://bit.ly/2EgLI0F>.
- Qvortrup, M. (2006). "Democracy by Delegation: The Decision to Hold Referendums in the United Kingdom." *Representation* 42 (1): 59-72. doi:10.1080/00344890600583792.

- Rahat, G. (2009). "Elites Motives for Initiating Referendums: Avoidance, Addition and Contradiction." in *Referendums and Representative Democracy: Responsiveness, Accountability, and Deliberation*, edited by Maija Setälä and Theo Schiller, 98-111. London: Routledge.
- Ruth, S., Welp, Y. and Whitehead, L. (2017). *Let the people rule? Direct Democracy in the Twenty-First Century*. Colchester: ECPR Press.
- Serdült, U. and Welp, Y. (2012). "Direct Democracy Upside Down." *Taiwan Journal of Democracy* 8 (1): 69-92.
- Setälä, M. (1999). "Referendums in Western Europe – A Wave of Direct Democracy?" *Scandinavian Political Studies* 22 (1): 327-340. doi:10.1111/1467-9477.00022.
- Welp, Y. and Saskia P. (2017). "The Motivations Behind the Use of Mechanisms of Direct Democracy." in *Let the People Rule?: Direct Democracy in the Twenty-First Century*, edited by Saskia P. Ruth, Yanina Welp, and Laurence Whitehead, 99-116. Colchester: ECPR Press.
- Welp, Y. (2009). "El referéndum contra el status quo Análisis de Ecuador, Venezuela, Perú y Bolivia." *Diálogos Latinoamericanos* [Online] 16 (1): 136-157. ISSN 1600-0110. Retrieved from <https://bit.ly/2QyMXb9>.
- Wheatley, J. (2016). "A problem or a Solution? The Referendum as a Mechanism for Citizens' Participation in Constitution-Making." in *Let the People Rule?: Direct Democracy in the Twenty-First Century*, edited by Saskia P. Ruth, Yanina Welp, and Laurence Whitehead, 41-55. Colchester: ECPR Press.
- Willis, E. and Seiz, J. (2012). "The CAFTA Conflict and Costa Rica's Democracy: Assessing the 2007 Referendum." *Latin American Politics and Society* 54 (3): 123-156. doi:10.1111/j.1548-2456.2012.00167.x.
- Wray, N. (2018) "¿Quién se lleva la Consulta Popular?" GK. January 30, 2018. Retrieved from <https://bit.ly/2B4jvjt>.

Libertad de pensamiento y de conciencia: su defensa frente a los abusos de conciencia y de poder

*Freedom of thought and conscience: defense
against the abuse of conscience and power*

Jaime Baquero de la Calle Rivadeneira, PhD¹

Docente investigador Universidad de los Hemisferios

Esteban Cajiao Brito, MA²

Docente Universidad de los Hemisferios

Información del Artículo

Original - Ruptura, 2019

Artículo recibido/ Received: 19 de septiembre, 2019

Artículo aceptado/Accepted: 22 de noviembre, 2019

Citación

Baquero de la Calle, J. y Cajiao, E. (2019). *Libertad de pensamiento y de conciencia: su defensa frente a los abusos de conciencia y de poder*. Revista Ruptura de la Asociación Escuela de Derecho PUCE. Edición 2019, p (193-223).

DOI:

RESUMEN: El presente artículo pretende explicar, primeramente, cuál es el soporte constitucional y de Derecho Internacional que garantiza las libertades de pensamiento y conciencia. En segundo lugar, se hará referencia a la doctrina filosófica sobre la que se sostiene el

1 Jaime Baquero de la Calle. Abogado y Doctor en Jurisprudencia en la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Además, es Doctor en Derecho Canónico, con Premio extraordinario, en la Universidad de Navarra y tiene un bachillerato de Filosofía y Teología, en la Pontificia Università della Santa Croce. Correo: jimbaquero@gmail.com

2 Esteban Cajiao Brito: Docente Universidad de los Hemisferios. Máster en comunicación corporativa e identidad de marca, Abogado. Correo electrónico estebancajiao@gmail.es

aparataje jurídico positivo que garantiza dichas libertades, desde la noción misma de conciencia hasta las repercusiones que tal concepto implica en Derecho; para terminar con el estudio de la evolución y vigencia de las normas intraeclesiales de la Iglesia católica -centro de las acusaciones de tales abusos- sobre la defensa de la dignidad personal, donde ocupa un lugar primordial la libertad de conciencia.

PALABRAS CLAVE: Libertad de pensamiento, libertad de conciencia, abuso de conciencia, abusos de poder, derecho constitucional, derecho eclesiástico, Iglesia católica.

ABSTRACT: *This article aims to explain, first, what is the constitutional support and International Law that guarantees freedom of thought and conscience. Secondly, the philosophical doctrine on which the positive legal structure guarantees this freedom (from the very notion of conscience to the repercussions that this concept implies in Law), to end the study of evolution and validity of the intra-ecclesial norms we refer to the Catholic Church, center of the accusations of abuse that have developed a theoretical construction and stipulated a defense of personal dignity of which freedom of conscience is fundamental part with all its consequences and derivations.*

KEY WORDS: *Freedom of thought, freedom of conscience, abuses of power, ecclesiastical law, constitutional law, Catholic Church.*

INTRODUCCIÓN

A medida que los escándalos de abusos sexuales cometidos por miembros del clero de la Iglesia católica se hacían públicos, la voz de vergüenza y disculpa del Papa Francisco supo unir la condena frente a dichas atrocidades con la denuncia de otras dos versiones denigratorias del ser humano: abusos de poder y de conciencia.

Con el correr de los meses, periodistas y diferentes grupos de la sociedad -eclesiales o no- hicieron suyo el lema que incluye los tres tipos de abusos, para generar opinión pública, investigación, estudio, reflexión y sanación de las heridas provocadas a las víctimas de dichos graves atropellos. Probablemente es más sencillo denunciar, tipificar y condenar el abuso sexual; sin embargo, cuando se estudia la presencia de los abusos de conciencia y de poder, de alguna manera estamos haciendo frente a un enemigo invisible, por tratarse de un mal mucho más solapado y etéreo, aunque no menos tóxico, destinado a tipificación y condena.

La garantía de las libertades de pensamiento y de conciencia están estipuladas en las normas constitucionales ecuatorianas, así como en los tratados internacionales suscritos y ratificados por el Ecuador. Así mismo, el soporte doctrinal sobre el que la propia Iglesia católica ha defendido tales derechos y libertades, ha alcanzado un alto grado de solemnidad, a raíz del Concilio Vaticano II.

Se trata de revisar tales fuentes jurídicas y eclesiales, intentando generar un vínculo entre ambos contenidos, a través de la construcción de una noción antropológicamente sólida de “conciencia”.

1. LA NORMA CONSTITUCIONAL ECUATORIANA: PASADO Y PRESENTE³

La primera Carta Magna que menciona explícitamente la libertad de conciencia⁴ fue aquella de 1906. Lo mismo sucedió con la constitución siguiente, en 1929. A partir de 1945, el texto constitucional vuelve nuevamente a referirse —al igual que las constituciones del siglo XIX— a la libertad de religión. Así dispone el artículo 141, numeral 11, de la Carta Política de ese año: El Estado no reconoce religión oficial alguna. Todos pueden profesar la que a bien tengan. La Constitución siguiente —la de 1946— vuelve a suprimir toda referencia a la libertad de religión, mencionando únicamente la libertad de conciencia. Con la Constitución de 1967 se amplía el alcance del derecho, al decir que el Estado se obliga a garantizar la libertad de creencia religiosa y de culto, individual o colectivo, en público o en privado.⁵ La fórmula en vigor hace referencia a la libertad de conciencia y religión. Esta última expresión aparece por primera vez en la Constitución de 1978. El texto vigente, además de recibir, en lo fundamental, la forma utilizada por la Constitución predecesora introduce algunas aportaciones que se verán en seguida.

3 La estructura de esta sección está tomada de la obra de Jaime Baquero titulada Estado de Derecho de Derecho y fenómeno religioso. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2010, pp. 30-36.

4 Cfr. Ramiro Borja y Borja, Derecho Constitucional ecuatoriano, Cultura hispánica, Madrid, 1950, t. III, pp. 242 y ss.

5 Artículo 28, numeral octavo, de la Constitución del 25 de mayo de 1967.

En la actualidad, las referencias constitucionales a la libertad de pensamiento y conciencia no siempre son iguales en todos los países.⁶ Algunas Constituciones latinoamericanas hablan más bien de la libertad de culto, como es el caso de Argentina, Chile y República Dominicana; otras prefieren hacer una distinción entre libertad de religión y de culto, como sucede en México, Panamá, Perú, Venezuela y Paraguay. Por su parte, un tercer grupo de Constituciones desarrolla una diferenciación entre la libertad de conciencia y religión: es el caso de Colombia, Ecuador, Cuba y Nicaragua.⁷ Toda distinción entre libertad de conciencia y libertad de religión parece oportuna: la libertad de conciencia entra en el campo del obrar libre y ajeno a cualquier forma de cohesión; en cambio, la libertad de religión se mueve en el terreno de las creencias.⁸

Con respecto al Derecho ecuatoriano, la Constitución elaborada por la Asamblea Constituyente fue sometida a referéndum aprobatorio por el pueblo ecuatoriano el 28 de septiembre de 2008 y está vigente desde el 20 de octubre del mismo año. El elenco de los derechos que el Estado garantiza se encuentra ubicado, en los títulos Segundo y Tercero. El Título Segundo se denomina: De los Derechos. Este Título, como todos los demás, se divide en Capítulos.

El primer Capítulo contiene una serie de principios generales aplicables a todos los derechos que a continuación se exponen en los Capítulos sucesivos. Estos principios representan una garantía hacia los derechos fundamentales de los ciudadanos: consagran la defensa de los derechos humanos como el más alto deber del Estado (artículo

6 Jaime Baquero, *Estado de Derecho y fenómeno religioso*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2010, p. 32.

7 Tomado de Base de Datos Políticos de las Américas: Libertad de conciencia y religión, Georgetown University. Tomado de: <http://pdba.georgetown.edu/Comp/Derechos/derechos.html> Consultado el 12-X-2019.

8 Cfr. Javier Hervada, *Los eclesialistas ante un espectador*, Pamplona, 1993, pp. 193 y ss. Este autor presenta una distinción triple, siguiendo las fórmulas de los documentos internacionales vigentes, entre libertad de pensamiento, conciencia y religión. Para Hervada, la libertad de pensamiento hace referencia a un “sistema de ideas o creencias”, en cambio, la libertad de conciencia se refiere más bien al campo del “conocimiento práctico, lo que debemos hacer en un momento determinado”. Al no existir, en nuestra Constitución, mención alguna a la libertad de pensamiento, interpretamos la norma de tal forma que, las referencias a la libertad de conciencia incluirían la protección y libre ejercicio tanto del conocimiento teórico como del práctico.

11 numeral noveno); comprometen al Estado en la garantía del libre y eficaz goce y ejercicio de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los documentos internacionales vigentes; y otorgan la directa e inmediata aplicabilidad de estos derechos, ante cualquier servidor público, administrativo y judicial a petición de parte o de oficio. (artículo 11 numeral tercero).

Además, tales principios hacen efectivos otros posibles derechos y garantías que se deriven de la naturaleza de la persona y sean necesarios para su pleno desenvolvimiento, aunque no consten en la Constitución o en los instrumentos internacionales (11 numeral séptimo). Obligan a las autoridades estatales a velar por la aplicación de estos derechos, bajo responsabilidad penal en ciertos casos (artículo 11 numerales primero y noveno). Por último, garantizan la interpretación que más favorezca a la efectiva vigencia de estos derechos, en caso de duda (artículo 11 numeral quinto).⁹

El artículo 417 exige el respeto de los principios pro ser humano,¹⁰ concretado en la aplicabilidad directa y no restrictiva de las normas sobre derechos humanos de mención nacional o internacional. La Constitución de 2008, amparada en las nuevas corrientes doctrinales denominadas neoconstitucionalistas, introduce por primera vez en la historia del Ecuador, la figura de la cláusula abierta, que extiende las fronteras espaciotemporales de la norma vigente al determinar que la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma o acto del poder público.¹¹

El derecho de libertad de pensamiento y conciencia se encuentra en el grupo de los derechos de libertad, que a su vez conforman el Capítulo sexto del Título segundo de los derechos. Este conjunto de derechos contiene lo que con más acierto se podrían llamar los derechos humanos o derechos fundamentales del hombre, ya que son los mismos derechos que encontramos, de forma análoga, en los documentos internacionales sobre derechos humanos. El artículo sesenta y seis (Art. 66) texto constitucional, en lo referente al tema que nos atañe, estipula:

9 Jaime Baquero, Estado de Derecho y fenómeno religioso, cit., pp. 33-34.

10 Artículo 417 de la Constitución de la República del Ecuador.

11 Artículo 424 de la Constitución de la República del Ecuador.

Se reconoce y garantizará a las personas:

(...)3. El derecho a la integridad personal, que incluye:

a) La integridad física, psíquica, moral y sexual. (...)5. El derecho al libre desarrollo de la personalidad, sin más limitaciones que los derechos de los demás.

6. El derecho a opinar y expresar su pensamiento libremente y en todas sus formas y manifestaciones.

(...)8. El derecho a practicar, conservar, cambiar, profesar en público o en privado, su religión o sus creencias, y a difundirlas individual o colectivamente, con las restricciones que impone el respeto a los derechos. El Estado protegerá la práctica religiosa voluntaria, así como la expresión de quienes no profesan religión alguna, y favorecerá un ambiente de pluralidad y tolerancia (...)

(...)11. El derecho a guardar reserva sobre sus convicciones. Nadie podrá ser obligado a declarar sobre las mismas. En ningún caso se podrá exigir o utilizar sin autorización del titular o de sus legítimos representantes, la información personal o de terceros sobre sus creencias religiosas, filiación o pensamiento político; ni sobre datos referentes a su salud y vida sexual, salvo por necesidades de atención médica.

(...)12. El derecho a la objeción de conciencia, que no podrá menoscabar otros derechos, ni causar daño a las personas (...)

(...)18. El derecho al honor y al buen nombre. La ley protegerá la imagen y la voz de la persona.

(...)21. El derecho a la inviolabilidad y al secreto de la correspondencia física y virtual; ésta no podrá ser retenida, abierta ni examinada, excepto en los casos previstos en la ley, previa intervención judicial y con la obligación de guardar el secreto de los asuntos ajenos al hecho que motive su examen. Este derecho protege cualquier otro tipo o forma de comunicación.

28. El derecho a la identidad personal y colectiva, que incluye tener nombre y apellido, debidamente registrados y libremente escogidos; y conservar, desarrollar y fortalecer las características mate-

riales e inmateriales de la identidad, tales como la nacionalidad, la procedencia familiar, las manifestaciones espirituales, culturales, religiosas, lingüísticas, políticas y sociales. (...) ¹²

2. LIBERTAD DE PENSAMIENTO Y DE CONCIENCIA EN LOS DOCUMENTOS INTERNACIONALES ¹³

La Carta magna, en su Capítulo I titulado De Principios, en el título IX sobre la Supremacía de la Constitución, determina, a través del artículo 424:

(...) La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma o acto del poder público.

Según la norma transcrita, se puede decir que forman parte del Derecho interno todas las normas internacionales sobre derechos humanos, a través de la debida ratificación de las mismas. Por tanto, mientras no exista la suscripción en el caso de declaraciones y la ratificación para los pactos, no se puede decir que dichos instrumentos sean ley nacional. ¹⁴ Sin embargo, al mismo tiempo está también el deseo del legislador de hacer suyos todos esos documentos internacionales sobre derechos humanos.

12 Artículo 66, numeral 11, de la Constitución de la República del Ecuador.

13 La estructura de esta sección está tomada de la obra de Jaime Baquero titulada Estado de Derecho de Derecho y fenómeno religioso. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2010, pp. 38-42.

14 Un ejemplo de la puesta en práctica de aquello que las normas constitucionales tienen previsto para la entrada en vigor de los convenios internacionales es el Decreto ejecutivo No. 1141, publicado en el R. O. No. 49, del 27-III-2003. Allí se explica en los Considerandos que el Congreso Nacional ha aprobado una serie de convenios internacionales. Sobre ellos dispone el Decreto del Presidente de la República: ARTÍCULO PRIMERO: Ratifícanse los precitados instrumentos internacionales aprobados por el H. Congreso Nacional. ARTÍCULO SEGUNDO: Procédanse a efectuar los respectivos depósitos de los instrumentos de ratificación. ARTÍCULO TERCERO: Publíquese en el Registro Oficial cada uno de los mencionados convenios. ARTÍCULO CUARTO: Encárguese de la ejecución del presente decreto, el señor Ministro de Relaciones Exteriores.

Por su parte, el artículo 11 numeral séptimo de la Constitución dispone lo siguiente:

El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento.

No se encuentra un texto similar en la Constitución de 1978 ni en las anteriores, pero sí en la de 1998. Explica María Elena Moreira que “esta disposición constitucional facilita que se aplique a favor del individuo no sólo las normas positivas constantes en la Constitución y en los tratados internacionales, sino aquellos derechos que son intrínsecos a la persona humana y que pudieran no estar reconocidos de manera expresa en normas positivas. Esta norma constituye el afianzamiento de los principios de *ius cogens* a nivel del ordenamiento interno del Ecuador”.¹⁵

La última norma constitucional que debe citarse, por contener otro principio relativo a la aplicación en el Ecuador de los derechos fundamentales reconocidos por la Comunidad Internacional, es el primer párrafo del artículo 417:

Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la constitución.

Esta norma es también una novedad en el Derecho Constitucional positivo, introducida desde 1998. Como se deduce de su texto, desde su vigencia se permite a los jueces y tribunales la aplicación directa de las normas internacionales a los casos concretos.

El Ecuador ha suscrito y ratificado los siguientes Convenios Internacionales sobre derechos humanos, que contienen alguna referencia a las libertades de pensamiento y conciencia:¹⁶

15 Cfr. María Elena Moreira., *Derechos humanos en la nueva Constitución ecuatoriana*, cit., p. 2.

16 Los textos están tomados de Jaiver Hervada y José Manuel Zumaquero, *Textos inter-*

1. Declaración Universal de los Derechos Humanos, del 10 de diciembre de 1948, artículo 18.
2. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, del 16 de diciembre de 1966, ratificado por el Ecuador el 6 de marzo de 1969, artículo 18.
3. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del 16 de diciembre de 1966, ratificado por el Ecuador el 6 de marzo de 1969, artículo 13.3
4. Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones, del 25 de noviembre de 1981, presentado en la Resolución ONU 3655, Preámbulo y los artículos 1 y 6.
5. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, suscrita en Bogotá, en 1948, artículo IV.
6. Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en Costa Rica, el 28 de noviembre de 1969 y ratificada por el Ecuador el 12 de agosto de 1977, artículos 12 y 13.
7. Protocolo adicional a la convención americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, conocido como el Protocolo de San Salvador, suscrito en San Salvador, el 17 de noviembre de 1988, y ratificado por el Ecuador el 25 de marzo de 1993. Entró en vigor unos años más tarde, el 16 de noviembre de 1999, artículos 13.2 y 14.3.

nacionales sobre Derechos Humanos: 1776-1978, t. I, Pamplona, 1978; José Manuel Zumaquero y José Luis Bazán, Textos internacionales sobre Derechos Humanos: 1978-1998, t. II, Pamplona, 1998. Sobre las ratificaciones por parte del Ecuador, cfr. Ministerio de Relaciones Exteriores del Ecuador. Tomado de: <http://www.mmrree.gov.ec/> Consultado el 15-II-2018.

3. REFERENCIAS DOCTRINALES: MARCO HISTÓRICO Y REPERCUSIONES ACTUALES

Para entender el origen doctrinal de las libertades de pensamiento y conciencia, es importante hacer una referencia previa al concepto desambiguado de secularización. Sobre el sentido de la expresión actual de “secularización” explica Mariano Fazio, en una ponencia sobre la Modernidad que es posible encontrar dos grandes lecturas de dicho vocablo. En primer lugar, está el llamado “sentido fuerte” de la palabra, que implica la conocida sustitución de Dios por el hombre, el olvido de Dios, la pérdida del sentido religioso, etc.¹⁷ Se trata de la afirmación de la autonomía de lo terreno: se pasa de un período teocéntrico, donde Dios es el centro de todo y los puntos de referencia son trascendentes, a un mundo donde lo único que importa (...) es la afirmación absoluta de la autonomía del ser humano.

Se puede encontrar un segundo sentido de la denominada “secularización”: aquel que elimina el “clericalismo” o confusión entre el orden natural y el sobrenatural, entre el poder político y el poder espiritual, entre lo que es de Dios y lo que es del César (...) hasta reconocer que el mundo temporal tiene una serie de derechos que hay que respetar.¹⁸

17 Mariano Fazio, Conferencia titulada: El impacto de la modernidad: la razón y el cientismo. Tomado de: https://www.youtube.com/watch?v=oXqYN_LuqWw Consultado el 21-IV-2019. Al respecto, el pensamiento del autor se refleja en las siguientes obras: Historia de la filosofía contemporánea, Palabra, Madrid, 2004; Historia de la filosofía moderna, Palabra, Madrid, 2014; Historia de las ideas contemporáneas: una lectura del proceso de secularización, Rialp, 3ra. Edición, Madrid, 2015.

18 Ibid. Sobre el tema, una cita de Ratzinger/Benedicto XVI desde la perspectiva teológica: aquí se produce un proceso muy importante que ha sido captado en todo su alcance sólo en la edad moderna, aunque poco después se ha entendido también de un modo unilateral y falseado. Las formas jurídicas y sociales concretas, los ordenamientos políticos, ya no se fijan literalmente como un derecho sagrado para todos los tiempos y, por tanto, para todos los pueblos. Resulta decisiva la fundamental comunión de voluntad con Dios, que se nos da por medio de Jesús. A partir de ella, los hombres y los pueblos son ahora libres de reconocer lo que, en el ordenamiento político y social, se ajusta a esa comunión de voluntad, para que ellos mismos den forma a los ordenamientos jurídicos. La ausencia de toda la dimensión social en la predicación de Jesús -una carencia que, desde el punto de vista judío, Neusner critica de manera totalmente comprensible- entraña y al mismo tiempo esconde un proceso que afecta a la historia universal y que, como tal, no se ha producido en ningún otro ámbito cultural: los ordenamientos políticos y sociales concretos se liberan de la sacralidad

Dicho esto —concluye Mariano Fazio— la modernidad es mucho menos cristiana que el medioevo desde el punto de vista de la secularización entendida en sentido fuerte; y a su vez, la modernidad es mucho más cristiana respecto al medioevo clerical desde este segundo sentido de la secularización.

En la construcción doctrinal de la segunda forma de entender la secularización —precisamente aquella que interesa para el presente estudio— es fundamental referirse a los aportes de Francisco de Vitoria, en los albores de la Modernidad. Este académico español puso en entredicho la legitimidad jurídica de la donación pontificia que Alejandro VI realizó a los reyes católicos, sobre vastos territorios del continente americano.¹⁹ Al respecto, se cuestiona el profesor de la Escuela de Salamanca sobre el origen de la capacidad de dominio, llegando a la conclusión de que dicha titularidad deriva de la misma naturaleza del hombre o de la dignidad individual y social de la naturaleza humana,²⁰ y no en la gracia divina, por tratarse en sí misma de un estadio propiamente es-

inmediata, de la legislación basada en el derecho divino, y se confían a la libertad del hombre, que a través de Jesús está enraizado en la voluntad del Padre y, a partir de Él, aprende a discernir lo justo y lo bueno. Y así llegamos de nuevo a la Torá del Mesías, a la Carta a los Gálatas: «Habéis sido llamados a la libertad» (Ga 5, 13), no a una libertad ciega y arbitraria, a una «libertad según la carne», como diría Pablo, sino a una libertad iluminada, que tiene su fundamento en la comunión de voluntad con Jesús y, por tanto, con Dios mismo; a una libertad, pues, que partiendo de un nuevo modo de ver edifica precisamente aquello que es la intención más profunda de la Torá, con Jesús la universaliza desde su interior, y así, verdadera-mente, la «lleva a su cumplimiento». Joseph Ratzinger / Benedicto XVI, Jesús de Nazareth: desde el Bautismo a la Transfiguración, Planeta, Bogotá, 2007, p. 150.

- 19 Jaime Baquero de la Calle Rivadeneira, *El operare secundum conscientiam de Dignitatis humanae*, a los 50 años del Concilio Vaticano II, en *Revista Colloquia*, Vol. 3 (2016), p. 78.
- 20 Ramón Hernández Martín, *Francisco de Vitoria y su "relección sobre los indios": los derechos de los hombres y de los pueblos*, Edibesa, Madrid, 1998, pp. 94-95. Escribe el mismo autor: Se puede decir que oficialmente los títulos de legitimación de la conquista del Nuevo Mundo por España habían sido recogidos por el texto del requerimiento. Fue redactado éste por el gran jurista del reino, el magistrado Juan López de Palacios Rubios, en 1513 (...). Los títulos directos que aparecen en el requerimiento son dos: el poder universal del papa y el poder particular de los reyes de España, que han recibido donación de esa parte del mundo para colocarla bajo su mando. Son los dos primeros títulos considerados como ilegítimos por Francisco de Vitoria: 1º. El Emperador es el dueño del mundo, y 2º. El Papa es el dueño del universo, p. 92.

piritual, según las concepciones intrínsecas de la doctrina cristiana. En este sentido, Vitoria se opuso a ciertas posturas religiosas y académicas de aquel momento histórico,²¹ abriendo una puerta jurídica amplísima, para la posterior configuración de los Derechos humanos.

Francisco de Vitoria sostiene que toda autoridad religiosa gozará de competencia plena sobre los aspectos religiosos y espirituales de sus súbditos –en este caso, la organización de la evangelización en América– pero dicha autoridad será, ex radice, incompetente para tomar decisiones vinculantes en los campos propios de otras autoridades, tales como la organización territorial de las naciones, sus diferentes formas de gobierno, las necesarias decisiones ejecutivas, las elaboraciones de los órganos encargados de elaborar la normativa jurídica o de aquellos que tienen la potestad de impartir justicia.²²

De tal forma, gracias al pensamiento doctrinal apenas expuesto, quedan separados y claramente distinguidos –de manera sencilla y contundente– los órdenes o estamentos natural del sobrenatural (este último, considerado así según la concepción religioso—cristiana). En razón de la naturaleza, existe una competencia propia y exclusiva en cada orden.²³

21 Cfr. Jaime Baquero de la Calle Rivadeneira, *El operare secundum conscientiam de Dignitatis humanae*, a los 50 años del Concilio Vaticano II, cit, p. 78.

22 Ramón Hernández Martín, *Francisco de Vitoria y su "relección sobre los indios": los derechos de los hombres y de los pueblos*, cit., pp. 94-95.

23 Cfr. Jaime Baquero de la Calle Rivadeneira, *El operare secundum conscientiam de Dignitatis humanae*, a los 50 años del Concilio Vaticano II, cit, p. 79. Al respecto, Ratzinger explica el traspaso de la visión vetero-testamentaria a la cristiana: Jesús no hace nada inaudito o totalmente nuevo cuando contrapone las normas casuísticas prácticas desarrolladas en la Torá a la pura voluntad de Dios como la «mayor justicia» (Mt 5, 20) que cabe esperar de los hijos de Dios. Él retoma la dinámica intrínseca de la misma Torá desarrollada ulteriormente por los profetas y, como el Elegido, como el profeta que se encuentra con Dios mismo «cara a cara» (Dt 18,15), le da su forma radical. Así, se comprende por sí mismo que en estas palabras no se formula un ordenamiento social, pero se da ciertamente a los ordenamientos sociales los criterios fundamentales que, sin embargo, no pueden realizarse plenamente como tales en ningún ordenamiento social. La dinamización de los ordenamientos jurídicos y sociales concretos que Jesús aporta, el arrancarlos del inmediato ámbito divino y trasladar la responsabilidad a una razón capaz de discernir, forma parte de la estructura intrínseca de la Torá misma. En las antítesis del Sermón de la Montaña Jesús se nos presenta no como un rebelde ni como un liberal, sino como

Gracias a los aportes de Vitoria y su escuela, el Derecho se vio enriquecido por un primer reconocimiento académico de los derechos naturales, origen a su vez del *Ius Gentium*.²⁴ A partir de este momento, nacerá una convicción jurídica de la presencia constante de unos “valores humanos”, que a su vez encuentran su fundamento en la dignidad de cada persona, más allá de sus creencias, posibilidades económicas, aptitudes, talentos, méritos o amistades de mayor o menor influencia política, social, religiosa, cultural, etc.²⁵

Otra conclusión del pensamiento vitoriano será que, a partir de la puesta en práctica de tales consideraciones, no es plausible entremezclar los órdenes civil y religioso, sin generar potenciales injusticias.²⁶

el intérprete profético de la Torá, que Él no suprime, sino que le da cumplimiento, y la cumple precisamente dando a la razón que actúa en la historia el espacio de su responsabilidad. Así, también el cristianismo deberá reelaborar y reformular constantemente los ordenamientos sociales, una «doctrina social cristiana». Ante nuevas situaciones, corregirá lo que se había propuesto anteriormente. En la estructura intrínseca de la Torá, en su evolución a través de la crítica profética y en el mensaje de Jesús que engloba a ambos, ella encuentra al mismo tiempo el espacio para los desarrollos históricos necesarios y la base estable que garantiza la dignidad del hombre a partir de la dignidad de Dios. Joseph Ratzinger/Benedicto XVI, Jesús de Nazareth: desde el Bautismo a la Transfiguración, cit., pp. 159-160.

24 Para formular una objetiva Historia de las ideas, es importante saber que las “relecciones” teológicas de Francisco de Vitoria fueron impresas por primera vez en Francia, en 1557, que se imprimieron también en Holanda, Alemania e Italia varias veces en los siglos XVI y XVII. Ciertamente Vitoria y su escuela encontraron una proyección clara en las universidades de Europa. Profesores de estas universidades recibieron su formación de Vitoria en Salamanca, y otros recibirán su formación de aquellos maestros que habían sido discípulos de Francisco de Vitoria. En Coimbra siguen las doctrinas vitorianas Martín de Ledesma y Pedro Barbosa; en París, Juan Maldonado; en Diligen, Pedro de Soto y Gregorio de Valencia; en Oxford, Bartolomé de Carranza; en Lovaina, Leonardo Lessio; en Roma, Francisco Suárez, san Roberto Belarmino... Ramón Hernández Martín, Francisco de Vitoria y su “relección sobre los indios”: los derechos de los hombres y de los pueblos, cit., pp. 131 y 132.

25 Cfr. Jaime Baquero de la Calle Rivadeneira, *El operare secundum conscientiam de Dignitatis humanae*, a los 50 años del Concilio Vaticano II, cit, p. 79.

26 Para Francisco de Vitoria, la fuente suprema del poder está en Dios, pues en él está la fuente de todas las perfecciones creadas, individuales y sociales. Repitamos: ésa es la fuente suprema; la fuente inmediata está en la naturaleza humana como en su propio sujeto, y de ahí pasa a la sociedad o a la república. Lo afirma Vitoria de modo explícito: “La causa material en que reside el poder es por derecho natural y divino

En esta clara distinción dual, la progresiva toma de conciencia histórica²⁷ de la dignidad intrínseca u ontológica del ser humano como título y fundamento de unos derechos innatos e inviolables, exigibles erga omnes (frente a todos) y reclamables ante los tribunales, ha significado un proceso arduo y tedioso, con avances y retrocesos, pero siempre con un norte claro.²⁸ Ser persona —y no persona religiosa, peor aún de un credo específico— basta para convertirse en titular de derechos y obligaciones.

A pesar de la elaboración doctrinal apenas expuesta, no faltaron desavenencias en los años venideros. Sobre los conflictos relativos a la no separación entre el ámbito religioso y el civil, resulta necesario recordar (...) los intervencionismos de las autoridades religiosas en el gobierno de las jóvenes repúblicas americanas: fueron frecuentes aquellas personalidades, revestidas de potestad administrativa en el ámbito de la organización estatal, que se arrogaban la facultad de decidir frente a la organización eclesiástica de las diócesis, órdenes y congregaciones religiosas presentes en las jóvenes repúblicas americanas.

Por otro lado, hubo personajes eclesiales que pretendieron protagonismo dentro de la organización y toma de decisiones propias de cada Estado: de hecho, uno de los reclamos que los gobiernos liberales ecuatorianos hicieron al Vaticano, fue precisamente el de insistir al clero en torno a la no intervención dentro de la dimensión política ecuatoriana: esta postura quedaría finalmente redactada en el *Modus Vivendi* entre el Ecuador y la Santa Sede.²⁹

la misma república, a la que compete gobernarse a sí misma, administrar y dirigir al bien común todos sus poderes". Ramón Hernández Martín, Francisco de Vitoria y su "relección sobre los indios": los derechos de los hombres y de los pueblos, cit., p. 162.

27 Cfr. Javier Hervada, *Introducción crítica al Derecho Natural*, Eunsa, Pamplona, 2001, p. 178.

28 Cfr. Jaime Baquero de la Calle Rivadeneira, *El operare secundum conscientiam de Dignitatis humanae*, a los 50 años del Concilio Vaticano II, cit, p. 80. "Todo poder viene de Dios; lo confieso" —escribe Rousseau. Pero viene de Dios como vienen de él otras muchas cosas: a través de otras; en este caso, a través de la sociedad (...), ibid. Cfr. también Guillermo Fraile, *Hobbes y Rousseau con Vitoria al fondo*, en "Anuario de la Asociación Francisco de Vitoria" (15), Madrid, pp. 45-62.

29 Cfr. *Archivo Segreto Vaticano (Archivo Apostólico)*, Índice 1231 (abbr./abgek.: Arch. Nunz. Ecuador), fascículos 217 en adelante.

El camino hacia la plena concepción del Estado laico, ha sido a todas luces tortuosa, con avances y retrocesos.³⁰ En el fondo, el peso de una mentalidad que pretende enlazar el sentido religioso de una parte de la nación con el desarrollo de las políticas públicas todavía está presente. La confesionalidad estatal encuentra su raíz en cierta mentalidad fundamentalista, donde el fundamento podría entenderse en palabras más o menos cercanas a las siguientes: “Si la religión viene del Cielo, entonces yo, creyente, ipso iure, me encuentro investido de un especial derecho (de dimensiones privadas y públicas) sobre el resto de personas. Gozo, por tanto –continuaría la reflexión personal– de un estatuto que legitima la realización –cuantas veces sea necesario, por el bien del otro y de manera oficial a los ojos de la Iglesia y del Estado, que en este caso irían de la mano– de actividades público/privadas o político/religiosas de toda índole, algunas de ellas no siempre ajenas a la manipulación o a la falta de transparencia”³¹. Sustener una postura de tal índole va más allá de una legítima cooperación en ámbitos que podrían ser de común interés para el Estado y las comunidades religiosas: las denominadas *res mixtae*, tales como educación y salud, donde es innegable el cooperativismo entre ambas realidades sociales.³² Sin embargo, atenerse al protagonismo de una religión dentro de Estado,

30 Jaime Baquero, *Laicidad y Libertad religiosa en el Ecuador*, en *Principio de laicidad y libertad religiosa. El rol del Estado en la sociedad plural*, Consorcio Latinoamericano de Libertad Religiosa - Universidad Católica del Uruguay, Montevideo, 2009. Tomado de: <https://uy.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=70d-130888df2a1053038339e394062eb> Consultado el 10-XI-2019.

31 Cfr. Jaime Baquero de la Calle Rivadeneira, *El operare secundum conscientiam de Dignitatis humanae*, a los 50 años del Concilio Vaticano II, cit, p. 80.

32 Sobre las relaciones legítimas entre Estado y fenómeno religioso, cfr. Jaime Baquero, *Personas jurídicas de Derecho especial*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2004; Jaime Baquero, *Estado de Derecho y fenómeno religioso en el Ecuador*, Universidad de Los Hemisferios-Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2010; Jaime Baquero, *Diritto e religione in America Latina* (capítulo sull' Ecuador), a cura di Juan G. Navarro Floria y Daniela Milani, Collana dell'Istituto Italo-Latino Americano, Società editrice il Mulino, Bologna, 2010; Jaime Baquero, *Religión en la Educación Pública: Análisis comparativo de su regulación jurídica en las Américas, Europa e Israel* (Sección Ecuador), a cargo de Carmen Asiaín Pereira, Fundación Universitaria Española, Madrid, 2010; Jaime Baquero, *Law and Religion in Ecuador*, para “The Encyclopedia of Law and Religion”, Brill Publishers, Leiden (The Netherlands)-Boston, (versión impresa), 2016; etc.

no llevaría más que al retroceso hacia el cesaropapismo o las distintas concepciones regalistas de la Teoría general del Estado.³³

Las referencias doctrinales mencionadas, han elaborado la base actual de la concepción de Estado laico, que a su vez ha prevalecido en los ordenamientos jurídicos occidentales de raigambre cristiana, salvando las excepciones de Gran Bretaña y los países donde la religión cristiana ortodoxa se considera como el culto oficial del Estado.³⁴ En este sentido, es oportuno destacar el rol que el magisterio de la Iglesia católica, especialmente a partir del Concilio Vaticano II, ha desempeñado al respecto³⁵: en última instancia, se trata de respetar aquellas

33 Cfr. Pedro Lombardía y Juan Fornés, *El Derecho eclesiástico: síntesis histórica de las relaciones entre el poder temporal y el poder espiritual*; en VV. AA., *Derecho eclesiástico del Estado Español*, Eunsa, 6ta. Edición, Pamplona, 2007, pp. 31-51.

34 Jaime Baquero, *Laicidad y Libertad religiosa en el Ecuador, en Principio de laicidad y libertad religiosa. El rol del Estado en la sociedad plural*, cit.

35 Al respecto, ha expresado Benedicto XVI: La doctrina sobre la tolerancia, tal como había sido elaborada en sus detalles por Pío XII, no resultaba suficiente ante la evolución del pensamiento filosófico y la autocomprensión del Estado moderno. Se trataba de la libertad de elegir y de practicar la religión, y de la libertad de cambiarla, como derechos a las libertades fundamentales del hombre. Dadas sus razones más íntimas, esa concepción no podía ser ajena a la fe cristiana, que había entrado en el mundo con la pretensión de que el Estado no pudiera decidir sobre la verdad y no pudiera exigir ningún tipo de culto. La fe cristiana reivindicaba la libertad a la convicción religiosa y a practicarla en el culto, sin que se violara con ello el derecho del Estado en su propio ordenamiento: los cristianos rezaban por el emperador, pero no lo veneraban. Desde este punto de vista, se puede afirmar que el cristianismo trajo al mundo con su nacimiento el principio de la libertad de religión. Sin embargo, la interpretación de este derecho a la libertad en el contexto del pensamiento moderno en cualquier caso era difícil, pues podía parecer que la versión moderna de la libertad de religión suponía la imposibilidad de que el hombre accediera a la verdad, y desplazaba así la religión de su propio fundamento hacia el ámbito de lo subjetivo. Fue ciertamente providencial que, trece años después de la conclusión del concilio, el Papa Juan Pablo II llegara de un país en el que la libertad de religión era rechazada a causa del marxismo, es decir, de una forma particular de filosofía estatal moderna. El Papa procedía también de una situación parecida a la de la Iglesia antigua, de modo que resultó nuevamente visible el íntimo ordenamiento de la fe al tema de la libertad, sobre todo a la libertad de religión y de culto. Texto inédito de Benedicto XVI, publicado con ocasión del 50 aniversario de la apertura del Concilio Vaticano II. http://www.vatican.va/special/annus_fidei/documents/annus-fidei_bxvi_inedito-50-concilio_sp.html Consultado el 13-V-2016.

palabras de Jesucristo, que —con absoluta claridad— separa los roles de Dios y del César. Pero de esto se hablará más adelante. Ahora es oportuno elaborar una síntesis del significado de la palabra conciencia, para entender plenamente qué se pretende defender cuando se habla de la libertad de conciencia.

4. UNA APROXIMACIÓN HACIA LA DEFINICIÓN DE “CONCIENCIA”

Según Joseph Ratzinger, el concepto de conciencia contiene dos planos que, aunque se deben distinguir conceptualmente, también se tienen que referir constantemente en uno al otro.³⁶ El primer plano ocupa aquella noción platónica de anamnesis, que se encuentra al nivel metafísico del ser humano y consiste —para Platón y posteriormente San Agustín— en una especie de recuerdo primordial de lo bueno y de lo verdadero. Ratzinger fusiona dicha tradición con el pensamiento del propio San Pablo, señalando que la anámnesis o conciencia primera es aquella que orienta a la persona hacia el recto obrar. Para San Agustín, no podríamos decir con seguridad que una cosa es mejor que otra si no hubiera sido grabado en nosotros una comprensión fundamental de lo bueno.³⁷

No se trata de ciertos conocimientos estudiados, no es un saber —explica Ratzinger— articulado conceptualmente, un tesoro de contenidos que se pudiera reclamar, sino un cierto sentido interior, una capacidad de reconocer, de suerte que el hombre interpelado por él y no escindido interiormente reconoce el eco en su interior. Ve que eso es a lo que remite su naturaleza y hacia lo que quiere ir.³⁸

Transcribimos una cita patrística del profesor de Baviera: hemos recibido de antemano en nuestro interior —explica san Basilio— la capacidad y la disposición para cumplir todos los mandamientos divinos (...) que no son algo impuesto desde fuera.³⁹ En definitiva, el concepto filosófico—teológico de anámnesis, configura la natural capacidad que posee el ser humano para percibir, desde su fuero interno, la bon-

36 Joseph Ratzinger, *Verdad, valores, poder: piedras de toque de la sociedad pluralista*, Rialp, Madrid, 1995, p. 65. (Nota 21).

37 Agustín de Hipona, *De trinitate*, VIII, 3,4, en Migne, *Patrología latina*, 42, 949.

38 Joseph Ratzinger, *Verdad, valores, poder*, cit., p. 65.

39 San Basilio, *Regulae fusius tractatae*, Resp 2, 1, en Migne, *Patrología griega*, 31, 908.

dad o malicia de las cosas, conectándolo armónicamente con lo más profundo de su ser y la vocación a la realización personal, en armonía interior y coherencia externa al obrar. No se trata de algo impuesto, arbitrario o intercambiable: es la voz autónoma del corazón. Siempre estará —evidentemente— la posibilidad de desviación: de ahí la necesidad de formación, estudio y consejo.

Supuesto el fundamento ontológico de la anamnesis, Tomás de Aquino explica el segundo estrato de la conciencia como el paso del hábitus, es decir, la cualidad estable del ser del hombre, al *actus*: el acontecimiento consumado. El acto de conciencia —que precisamente “actúa” como norma última del comportamiento— aplica el saber fundamental previo a las situaciones concretas, a través de tres momentos: reconocer (*recognoscere*), dar testimonio (*testificari*) y juzgar (*iudicare*).⁴⁰ En este ulterior estadio de la conciencia, el rol de la voluntad juega un papel preponderante, al grado de poder decir que el reconocimiento final de la imputabilidad de una acción depende siempre de la voluntad, que destruye el conocimiento o conduce a él.⁴¹

Queda claro, desde esta perspectiva, que el querer o no querer desempeña un rol fundamental en la búsqueda y encuentro con el buen obrar: el individuo que desea ser honesto, leal, honrado, etc. ha dado el primer paso —necesario y fundamental— para encontrarse con la honestidad, la lealtad y la honradez. Otra consecuencia de tales nociones es la realidad —tantas veces evidente— del peso que puede tener el autoengaño: quien no desea enfrentarse a la calificación ética o moral

40 Jaime Baquero de la Calle Rivadeneira, *El operare secundum conscientiam de Dignitatis humanae*, a los 50 años del Concilio Vaticano II, cit, p. 82.

41 Joseph Ratzinger, *Verdad, valores, poder*, cit., p. 72. Depende, pues, del talante moral dado de antemano, el cual se deforma o purifica progresivamente. Y si bien es cierto, como ha explicado San Pablo, que nadie debe obrar contra su conciencia (Romanos 14, 23), y que seguir la convicción alcanzada no es culpa nunca, (...) sí puede ser culpa adquirir convicciones falsas y acallar la protesta de la anamnesis del ser. La culpa está en otro sitio más profundo: no en el acto presente, ni en el juicio de la conciencia actual, sino en el abandono del yo, que me ha embotado para percibir en mi interior la voz de la verdad y sus consejos. De ahí que autores que obraron convencidos, como Hitler o Stalin, sean culpables. Los ejemplos extremos no deberían servir para tranquilizarnos, sino, más bien, para sobresaltarnos y hacernos ver con claridad la seriedad del ruego: límpiame de los deslices que se me ocultan (Ps. 19, 13). Joseph Ratzinger, *Verdad, valores, poder*, cit., pp. 73 y 74.

de sus actos, terminará opacando o anulando —a base de engaños— la voz de su conciencia.⁴²

En definitiva, la conciencia personal de cada individuo, entendida según las explicaciones precedentes y rectamente formada por aquel que pretende recorrer en su vida el camino de la justicia, será la voz autorizada a seguir al momento de tomar decisiones con carga ética; convirtiéndose ésta en el juez último de los propios actos personales, más allá de consejos o indicaciones exteriores, que deben ser tomados, en cada caso, como elementos coadyuvantes —precisamente— de la formación de la conciencia, pero no como los postreros responsables: la responsabilidad debe asumirse en la soledad del propio mundo interior, naturalmente soberano de sí mismo y —en un segundo nivel— sobrenaturalmente elevado por la gracia —según la concepción cristiana de la naturaleza redimida— a la dignidad de hijo de Dios. Pero nótese que la dignidad sobrenatural —entendida así por el pensamiento cristiano— se apoya en una primera dignidad natural, ya de por sí merecedora de todo respeto y cuidado.⁴³ Hacemos referencia a los dos planos —natural y sobrenatural (este último, para aquellos que lo consideran así en razón de sus creencias)— con el deseo de dejar por sentado que nos encontramos, en todo momento, frente a dos categorías distintas (aunque no contradictorias ni opuestas); y que ninguna asume, consume, omite, inhabilita o anula a la otra: la conciencia estará siempre presente, por su componente filosófico—ontológico, y no podrá someterse a versiones religiosas ulteriores, sino que —todo lo contrario— deberá ser respetada.

Es posible cerrar este apartado concluyendo que existe una diferencia real entre el *ordo naturae*, claramente distinto —aunque no opuesto ni en modo alguno contrario— y el *ordo gratiae*. Sin embargo, en la práctica no se trata de un *aut—aut* sino, por el contrario, de un *vel—vel*. Se ha explicado también que la conciencia forma parte del obrar humano: su voz se comporta como guía primera —antes de la acción— y

42 Sobre el papel fundamental de la voluntad y desde una perspectiva teológico-ascética, ha dicho Santa Teresa de Calcuta: Nuestra voluntad es importante porque nos trueca en imagen de Dios y nos une a Él. La decisión de hacerse santo es algo muy íntimo (...). La santidad no es sino una resolución seria, un acto heroico del alma que se entrega a Dios. Tomado de José Pedro Manglano, *Orar con Teresa de Calcuta*, Desclée de Brouwer, Sevilla, 11ª. Edición, 2010, n. 3.1., p. 15.

43 Jaime Baquero de la Calle Rivadeneira, *El operare secundum conscientiam de Dignitatis humanae*, a los 50 años del Concilio Vaticano II, cit, p. 83.

voz última –una vez consumada la acción– del libre comportamiento humano. Al respecto, es posible seguir el trazo de pensadores que, partiendo de la dicotomía vitoriana “naturaleza—gracia”, han determinado, después de largas reflexiones, que el obrar y sus implicaciones morales, en última instancia, están llamados a seguir la voz de la propia conciencia. Al Derecho de cada nación le interesará, finalmente, regular la libertad de pensamiento y de conciencia, desde la base fundamental que nace del *Ius naturale*, sin inmiscuirse en normativas de grupos religiosos ni permitir que éstos interfieran en la configuración jurídica del Estado: cada orden es autónomo y —en todo caso— puede existir siempre una versión jurídica de mutua cooperación y respeto, como se vio en su momento.

5. REFERENCIAS ECLESIALES A LA LIBERTAD DE CONCIENCIA, PREVIAS AL CONCILIO VATICANO II

Uno de los pensadores que más se preocupó por esclarecer la independencia y autonomía del actuar de la conciencia humana es el célebre y controvertido personaje inglés John Henry Newman. Tanto de palabra como por escrito, dejó un legado intelectual que el tiempo no ha hecho más que engrandecer.

La forma más acertada de aproximarse al pensamiento de Newman es intentar un acercamiento a través del Movimiento de Oxford y su influencia en el entorno intelectual del momento. Los cambios operados no son (...) sólo la obra de dos o tres individuos, sino que corresponden a una mutación histórica. Han sido propiciados por el espíritu del tiempo y unos imperativos de plenitud que lo llenan todo.⁴⁴ Por tanto, los protagonistas del Movimiento de Oxford –según la pluma del propio Newman– son cada uno a su manera, los órganos de un sentimiento que ha surgido en muchos lugares simultánea y misteriosamente.

Para Newman, cada individuo es un ser dotado de razón y por consiguiente, no puede vivir en todo arbitrariamente⁴⁵. Newman es un fiel seguidor de la racionalidad y su peso a la hora de conformar el comportamiento humano: es ésta la guía adecuada de toda sociedad justa. La racionalidad de las cosas –el Logos de Platón, la Yakruna de ciertas

44 Tomado de: José Morales, *Newman: el camino hacia la fe*, Eunsa, 2da. Edición, Pamplona, 1978, p. 126.

45 John Henry Newman: *Discursos sobre la fe*, Rialp, 2da. Edición, Madrid, 2000, p. 110.

culturas ancestrales del Amazonas, etc.– para el que desea alcanzar una armonía y una realización propiamente acorde con el homo sapiens,⁴⁶ determina en cierto sentido a vivir según una norma, a adoptar una concepción de la vida, a trazarse un fin, a establecer unos criterios de conducta y a representarse unos modelos que le ayuden a seguirlos.⁴⁷ Se trata del progresivo, apasionante y contemplativo camino del bien intuido por individuos y culturas de todas las épocas,⁴⁸ tal como queda plasmado a través de la literatura⁴⁹ y otras ciencias humanas. Es el “Do” de las filosofías de raíz japonesa, el “Tao” del pensamiento taoísta, etc.⁵⁰ Se puede pensar, por consiguiente, que la búsqueda de un sentido racional que fusione los conceptos metafísicos de verdad y bien, es también un imperativo intelectual que ha tomado fuerza en la filosofía contemporánea, sobre todo después de las atrocidades cometidas durante la Segunda Guerra Mundial.⁵¹ Retomando el pen-

46 Jaime Baquero de la Calle Rivadeneira, *El operare secundum conscientiam de Dignitatis humanae*, a los 50 años del Concilio Vaticano II, cit, pp. 84-85.

47 John Henry Newman: *Discursos sobre la fe*, cit. Texto completo: Su razón no le hace independiente, como a veces se dice. Le fuerza más bien a una dependencia respecto de leyes y principios precisos, en orden a satisfacer sus propios deseos. Debe, por necesidad de su naturaleza, ajustarse a alguna norma. Y si no logra descubrir un objeto para su veneración, lo crea. Si no se le enseña la verdad de arriba, se enseña a sí mismo falsedades, o las aprende de sus vecinos. Si no conoce a Dios se fabricará ídolos. ¿Cuál de estas dos opciones, hermanos míos, pensáis que han elegido nuestros compatriotas? ¿Tienen el verdadero objeto de adoración o tienen el falso? ¿Han inventado lo que no posee realidad, o descubierto lo que la posee? ¿Caminan bajo luz del cielo o se asemejan a los nacidos en cavernas, que hacen su fuego a partir de las piedras y los metales de la tierra?

48 Jaime Baquero de la Calle Rivadeneira, *El operare secundum conscientiam de Dignitatis humanae*, a los 50 años del Concilio Vaticano II, cit, p. 84.

49 La lista de escritores, antiguos y contemporáneos podría ocupar varias páginas: Esopo, Miguel de Cervantes, Fiódor Dostoyevski, León Tolstói, Victor Hugo, Charles Dickens, Wilkie Collins, Benito Pérez Galdós, Chesterton, John Ronald Reuel Tolkien, C. S. Lewis, Miguel Unamuno, Camilo José Cela, Miguel Delibes, Antoine de Saint-Exupéry, Mario Vargas Llosa y un largo etcétera.

50 Jaime Baquero de la Calle Rivadeneira, *El operare secundum conscientiam de Dignitatis humanae*, a los 50 años del Concilio Vaticano II, cit, p. 84. Cfr. también Jaime Baquero, *El crisol del guerrero: búsqueda de la perfección en las artes marciales*, Universidad de Los Hemisferios, 2da. Edición (digital), Quito, 2015, pp. 13 y ss.

51 Jaime Baquero de la Calle Rivadeneira, *El operare secundum conscientiam de Dignitatis humanae*, a los 50 años del Concilio Vaticano II, cit, p. 84. Cfr. también Fernando Inciarte y Alejandro Llano, *Metafísica tras el final de la Metafísica*,

samiento de Newman, su explicación sigue adelante, entretejiendo el natural ser—racional de los individuos con la voz—guía que ejerce la conciencia. En efecto, ella misma está constituida de tal modo que si se la obedece, se van aclarando sus exigencias, progresivamente se amplía su rango de alcance, va corrigiendo y completando las debilidades accidentales de sus enseñanzas iniciales. Por tanto, considerada como nuestra guía, la conciencia está perfectamente dotada para ejercer su oficio.⁵²

Años antes de que se acuñase, por parte del magisterio pontificio, la célebre máxima sobre la libertad de las conciencias,⁵³ Newman tuvo la audacia de llevar su argumentación fino in fondo, tal como quedó escrito en su esclarecedora Carta al Duque de Norfolk, escrita el año de 1875. En dicho documento, Newman garantiza la libertad de los cristianos en materias temporales y su lealtad como súbditos, ajena a todo servilismo.⁵⁴ La carta mencionada llega a plasmar, sin escrúpulos, que la conciencia es el primero (aboriginal) de los vicarios de Cristo. Esta afirmación, llevada hasta las últimas consecuencias, dio origen a las siguientes conclusiones: ciertamente, si me veo obligado a meter la religión en un brindis de sobremesa (lo cual realmente no parece muy a propósito), brindaré —por el Papa, si les place, —en todo caso, por la Conciencia primero, y por el Papa después.⁵⁵ Es imprescindible tomar en cuenta que, pasados los años de discusiones y asentamientos doctrinales, tales deducciones forman parte del magisterio universal de

Ediciones Cristiandad, Madrid, 2007, p. 31. Uno de sus textos: El desdibujamiento de la distinción entre el bien y el mal no es un mensaje adecuado para los alemanes, que todavía tienen muy viva la herida moral de los horrores del Holocausto y de los bombardeos aliados de la Segunda Guerra Mundial, cit.

52 John Henry Newman, *Defensa del cristianismo*, published by Jack Tollers at Smashwords (eBook), 2012, n. 6.

53 Cfr. León XIII, Encíclica *Libertas praestantissimum*, 20-VI-1888, ASS 20 (1888), 606.

54 Cristóbal Orrego Sánchez, John Henry Newman: desde las sombras, en “Humanitas”. (22). Tomado de: <http://www.humanitas.cl/html/biblioteca/articulos/d0046.html>. Consultado el 29-VIII-2019.

55 Escribe al respecto, Cristóbal Orrego Sánchez: éstas y otras frases en el mismo sentido han sido utilizadas por algunos modernistas y neo-modernistas para poner a Newman entre los precursores del disenso teológico, cosa imposible de pensar si se lee directamente todo su discurso y, más aún, si se observa la conducta de Newman como teólogo. Por lo demás, la frase sobre la conciencia como vicario de Cristo (la voz de Dios) refleja la doctrina de la Iglesia y como tal aparece citada en el Catecismo de la Iglesia Católica. Cristóbal Orrego Sánchez, John Henry Newman: desde las sombras, cit.

la Iglesia,⁵⁶ gracias a la aplicación progresiva del Concilio Vaticano II, a través la difusión de nuevos documentos pontificios que desarrollan sus contenidos fundamentales.⁵⁷ También resulta significativo saber que, para este momento de la historia, John Henry Newman forma parte del catálogo de los santos de la Iglesia católica.⁵⁸

6. EL CONCILIO VATICANO II Y LA LIBERTAD DE CONCIENCIA

Cuando se celebraba el cincuentenario de la solemne apertura del Concilio Vaticano II, la Santa Sede dio a conocer un discurso inédito de Joseph Ratzinger (para ese momento era ya Benedicto XVI) sobre dicha reunión de voto colegial, que podría considerarse un hito en la historia del cristianismo occidental. En el texto del mencionado documento se encuentran las siguientes palabras: contrariamente a lo que cabría esperar, el encuentro con los grandes temas de la época moderna no se produjo en la gran Constitución pastoral (*Gaudium et spes*), sino en dos documentos menores cuya importancia sólo se puso de relieve poco a poco con la recepción del concilio. El primero es la Declaración sobre la libertad religiosa (*Dignitatis humanae*).⁵⁹

Por su parte, el discurso que marcó el final del pontificado de Benedicto XVI, fue precisamente aquel que se llevaría a cabo en el aula Pablo VI, frente al clero de Roma. De manera desacostumbrada, el ahora Papa emérito procedió espontáneamente, sin un documento escrito previo: habló *ex toto corde*, precisamente del evento conciliar. Con la fuerza del simbolismo que puede encerrar el tema elegido para su últi-

56 Cfr. Catecismo de la Iglesia Católica, n. 1778.

57 Jaime Baquero de la Calle Rivadeneira, *El operare secundum conscientiam de Dignitatis humanae*, a los 50 años del Concilio Vaticano II, cit, p. 86.

58 Su canonización fue oficialmente autorizada por el Papa Francisco, el día 12 de febrero de 2019. Se realizó el 13 de octubre de 2019 en la Plaza de San Pedro, ciudad del Vaticano (Roma).

59 Benedicto XVI, Inédito del Santo Padre publicado con ocasión del 50 aniversario de la apertura del Concilio Vaticano II, en *L'Osservatore Romano*, 11-X-2012 (corresponde a una intervención del Romano Pontífice en Castelgandolfo, el 2-VIII-2012). Puede encontrarse la versión castellana en: http://www.vatican.va/special/annus_fidei/documents/annus-fidei_bxvi_inedito-50-concilio_sp.html Consultado el 10-XI-2019.

ma intervención pontificia,⁶⁰ expresó lo siguiente: estos dos documentos, libertad religiosa (*Dignitatis humanae*) y «*Nostra aetate*», conectados con «*Gaudium et spes*», son una trilogía muy importante, cuya importancia se ha visto sólo en el curso de los decenios.⁶¹ Se deduce, por tanto, que la libertad religiosa es uno de los pilares en los cuales se asienta la doctrina del Concilio Vaticano II. Sobre el desarrollo histórico del documento, Benedicto XVI señaló, en esa misma ocasión, que el Papa el Papa Palo VI (...) tuvo la firmeza y la decisión, la paciencia de trasladar el texto al cuarto período, para encontrar una madurez y un consenso bastante completo entre los Padres del Concilio. Fue por tal motivo que este trascendental documento conciliar vio la luz —rección— en la última sesión pública solemne, celebrada el día siete de diciembre de 1965, precisamente la víspera de la clausura del Concilio ecuménico Vaticano II: son hechos más elocuentes que las palabras.⁶²

Con respecto al contenido de la declaración conciliar *Dignitatis humanae*, conviene mencionar que está formada por quince numerales. Sin embargo, a nuestro criterio su núcleo fundamental se encuentra solamente en los tres primeros: en ellos se presenta el contenido esencial del documento, que será desarrollado a lo largo de los siguientes puntos. El contenido básico de la Declaración conciliar *Dignitatis humanae* podría resumirse de la siguiente manera: la libertad del ser humano y —en este caso— el derecho a la libertad religiosa encuentra su fundamento “en la dignidad misma de la persona”. Dicha dignidad, “cada vez más clara en los hombres de nuestro tiempo”, es reconocible gracias a la palabra revelada y a la razón natural y produce el efecto espontáneo de que cada uno debe buscar la verdad y adherirse al bien

60 Jaime Baquero de la Calle Rivadeneira, *El operare secundum conscientiam de Dignitatis humanae*, a los 50 años del Concilio Vaticano II, cit, p. 89.

61 Benedicto XVI, Discurso pronunciado en el encuentro con los párrocos y el clero de Roma, Roma, 14-II-2013. Es el último discurso público del pontificado de Benedicto XVI. Texto completo en: http://w2.vatican.va/content/benedictxvi/es/speeches/2013/february/documents/hf_ben-xvi_spe_20130214_clero-roma.html Consultado el 21-VII-2019.

62 Vale la pena leer el discurso íntegramente. Las tendencias conciliares propicias a la discusión de la libertad religiosa y su mención conciliar provenían en gran parte de los Padres conciliares de los Estados Unidos de América: hecho significativo, tomando en cuenta la bandera de libertad que dicha nación ha portado frente al mundo, desde su fundación.

“con plena libertad psicológica, sin coacción externa”, actuando en todo momento según la propia conciencia.⁶³

Las nociones conceptuales fundamentales de *Dignitatis humanae*, si bien no significan una novedad en la línea de pensamiento estudiada hasta ahora, adquieren una validez especial al ser promulgadas por un Concilio ecuménico, con las implicaciones religiosas y sociales que aquello significa. Podría tratarse, además, de la culminación de un proceso intelectual, dentro de la estructura dogmática de la Iglesia, en el que se avala el papel trascendental que juega la conciencia al momento de tomar decisiones plenamente libres, asumiendo, cada uno, las consecuencias de las mismas. Según *Dignitatis humanae*, el derecho a la libertad religiosa está radicado en la dignidad ontológica o fundamental de cada persona. Para el estudioso contemporáneo, estas nociones resultan relativamente sencillas de comprender y han sido – además– objeto de estudio desde diversas ópticas intelectuales: la Antropología filosófica y teológica, el Derecho, la Psicología, etc.⁶⁴ Todas estas ciencias dan el salto espontáneo -racional- hacia la protección y respeto debido frente al *operare secundum conscientiam* (el obrar libre, según la voz de la propia conciencia), que no se remite únicamente al aspecto religioso del individuo, aunque lo involucra.⁶⁵

7. CONCLUSIONES.

La garantía de las libertades de pensamiento y conciencia forma parte de los ordenamientos jurídicos contemporáneos, tanto a nivel nacional como internacional. Su raíz última está en la dignidad —ontológica— del ser humano. La conciencia de cada individuo no puede ser violentada, ni tan siquiera —peor aún— en nombre de Dios: goza de una inviolabilidad frente a personas e instituciones.

63 Jaime Baquero de la Calle Rivadeneira, *El operare secundum conscientiam de Dignitatis humanae*, a los 50 años del Concilio Vaticano II, cit, p. 90. Los textos conciliares están entre comillas.

64 *Ibid.* pp. 90 y 91.

65 La libertad de conciencia es la única forma de lograr que la personal búsqueda de trascendencia pueda llevarse a cabo. Cfr. Jaime Baquero de la Calle Rivadeneira, *Un camino desde la Filosofía hasta el Derecho como propuesta de diálogo posmoderno sobre la libertad religiosa*, en *Colloquia*, Vol. 5 (2019), pp. 87-110.

El reconocimiento de la libertad de conciencia ha sido materia de estudio, no solamente en ámbitos jurídicos estatales y supranacionales, sino también dentro de la propia institución que, recientemente, ha hecho un mea culpa por los abusos cometidos al respecto: la Iglesia católica.

Es necesario volver -una y otra vez- sobre los fundamentos filosóficos, históricos y jurídicos que han plasmado la libertad de pensamiento y de conciencia como derechos fundamentales de individuos y colectividades, para no volver a caer en los errores del pasado.

Se debe considerar que como un efecto masa, en la actualidad se tiende a agrupar a representantes de instituciones de la sociedad e identificarlos como un solo elemento, es decir, se elimina la actuación en conciencia de cada persona para entender que todos sus actos son parte de un mandato general emitido por la institución a la que pertenecen.

Se puede inferir que dicha línea de pensamiento se refuerza a través de la comunicación de masas y el efecto de la modernidad líquida, que como lo señala el autor Zygmunt Bauman, convierte a la conciencia y voluntad de los individuos en algo líquido que atiende a lineamientos dispuestos por la moda que con el paso de los días pierden su fuerza y únicamente dejan marcas, que en este caso, impulsan a la sociedad a eliminar la idea de conciencia propia y ratificar un inexistente desorden de las instituciones. Finalmente, se puede concluir que los comportamientos aislados de miembros de instituciones de la sociedad, no pueden y no deben marcar los lineamientos de la institución a la que pertenecen: evidentemente, responderán a estímulos propios de sus conciencias como individuos.

8. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Archivo Segreto Vaticano (Archivo Apostólico), Índice 1231 (abbr./abgek.: Arch. Nunz. Ecuador), fascículos 217 en adelante.

Base de Datos Políticos de las Américas: Libertad de conciencia y religión, Georgetown University. Tomado de: <http://pdba.georgetown.edu/Comp/Derechos/derechos.html> Consultado el 12-X-2019.

Baquero de la Calle, J. (2010). Estado de Derecho de Derecho y fenómeno religioso. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

- Baquero de la Calle, J. (2016). El operare secundum conscientiam de Dignitatis humanae, a los 50 años del Concilio Vaticano II, en Revista Colloquia, Vol. 3 (2016), cit, p. 78. Tomado de: <http://dspace.uhemisferios.edu.ec:8080/jspui/bitstream/123456789/555/1/7Baquero-OperareSecundumConscientiam.pdf> Consultado el 10-XI-2019.
- Baquero de la Calle, J. (2016). El operare secundum conscientiam de Dignitatis humanae, a los 50 años del Concilio Vaticano II, en Revista Colloquia, Vol. 3.
- Baquero de la Calle, J. (2015). El crisol del guerrero: búsqueda de la perfección en las artes marciales, Quito: Universidad de Los Hemisferios, 2da. Edición (digital).
- Baquero de la Calle, J. (2019). Un camino desde la Filosofía hasta el Derecho como propuesta de diálogo posmoderno sobre la libertad religiosa, en Colloquia, Vol. 5.
- Baquero de la Calle, J. (2004). Personas jurídicas de Derecho especial, Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Baquero de la Calle, J. (2010). Estado de Derecho y fenómeno religioso en el Ecuador, Quito: Universidad de Los Hemisferios-Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Baquero de la Calle, J. (2010). Diritto e religione in America Latina (capitolo sull'Ecuador), a cura di Juan G. Navarro Floria e Daniela Milani, Collana dell'Istituto Italo-Latino Americano, Bologna: Società editrice il Mulino.
- Baquero de la Calle, J. (2010). Religión en la Educación Pública: Análisis comparativo de su regulación jurídica en las Américas, Europa e Israel (Sección Ecuador), a cargo de Carmen Asiaín Pereira, Madrid: Fundación Universitaria Española, 2010.
- Baquero de la Calle, J. (2016). Law and Religion in Ecuador, para "The Encyclopedia of Law and Religion", Brill Publishers, Leiden (The Netherlands)-Boston.
- Baquero de la Calle, J. (2009). Laicidad y Libertad religiosa en el Ecuador, en Principio de laicidad y libertad religiosa. El rol del Estado

en la sociedad plural, Montevideo: Consorcio Latinoamericano de Libertad Religiosa - Universidad Católica del Uruguay. Tomado de: <https://uy.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=70d-130888df2a1053038339e394062eb> Consultado el 10-XI-2019.

Benedicto XVI, publicado con ocasión del 50 aniversario de la apertura del Concilio Vaticano II. http://www.vatican.va/special/annus_fidei/documents/annus-fidei_bxvi_inedito-50-concilio_sp.html Consultado el 13-V-2016.

Borja y Borja, R. (1950). Derecho Constitucional ecuatoriano, Madrid: Cultura hispánica, Madrid, t. III.

Benedicto XVI, Inédito del Santo Padre publicado con ocasión del 50 aniversario de la apertura del Concilio Vaticano II, en L'Osservatore Romano, 11-X-2012 (corresponde a una intervención del Romano Pontífice en Castelgandolfo, el 2-VIII-2012). Puede encontrarse la versión castellana en: http://www.vatican.va/special/annus_fidei/documents/annus-fidei_bxvi_inedito-50-concilio_sp.html Consultado el 10-XI-2019.

Benedicto XVI (2013), Discurso pronunciado en el encuentro con los párrocos y el clero de Roma, Roma, 14-II-2013. Es el último discurso público del pontificado de Benedicto XVI. Texto completo en: http://w2.vatican.va/content/benedictxvi/es/speeches/2013/february/documents/hf_ben-xvi_spe_20130214_clero-roma.html Consultado el 21-VII-2019.

Carta del Santo Padre Francisco al Pueblo de Dios que peregrina en Chile, 31-V-2018, n.3. (2018).

Catecismo de la Iglesia Católica, n. (1778).

Congreso Nacional del Ecuador. (1967). Constitución del Ecuador. Art. 28, numeral octavo.

Convención Americana sobre Derechos Humanos. (1969). Art. 12, 13, 13.2 y 14.3.

Organización de los Estados Americanos (OEA). (1948). Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 30 Abril 1948 Art. IV

- Asamblea General de la ONU. (1948). Declaración Universal de los Derechos Humanos (217 [III] A). Paris. Art. 18
- Decreto ejecutivo No. 1141, publicado en el R. O. No. 49, del 27-III-2003. (2003).
- Fazio, M. (2019). Conferencia titulada: El impacto de la modernidad: la razón y el cientismo. Tomado de: https://www.youtube.com/watch?v=oXqYN_LuqWw Consultado el 21-IV-2019.
- Fraile, G. (1964). Hobbes y Rousseau con Vitoria al fondo, en “Anuario de la Asociación Francisco de Vitoria” (15).
- De Hipona, A (2009). De trinitate, VIII, 3,4, en Migne, Patrología latina, 42, 949.
- Hervada, J. (1993). Los eclesiasticistas ante un espectador, Pamplona, 1993, pp. 193 y ss.
- Hernández Martín, R. (1998). Francisco de Vitoria y su “relección sobre los indios”: los derechos de los hombres y de los pueblos, Madrid: Edibesa.
- Hernández Martín, R. (1998). Francisco de Vitoria y su “relección sobre los indios”: los derechos de los hombres y de los pueblos, Madrid: Edibesa.
- Hernández Martín, R. (1998). Francisco de Vitoria y su “relección sobre los indios”: los derechos de los hombres y de los pueblos, Madrid: Edibesa.
- Hernández Martín, R. (1998). Francisco de Vitoria y su “relección sobre los indios”: los derechos de los hombres y de los pueblos, Madrid: Edibesa.
- Hervada, J. (2001) Introducción crítica al Derecho Natural, Pamplona: Eunsa, Pamplona.
- Hervada, J. y Zumaquero, J. M.(1978) Textos internacionales sobre Derechos Humanos: 1776-1978, t. I,Pamplona, 1978

- Inciarte, F. y Llano, A. (2007) *Metafísica tras el final de la Metafísica*, Madrid: Ediciones Cristiandad.
- Lombardía, P. y Fornés, J. (2007). *El Derecho eclesiástico: síntesis histórica de las relaciones entre el poder temporal y el poder espiritual*; en VV. AA., *Derecho eclesiástico del Estado Español*, Pamplona: Eunsa, 6ta. Edición.
- León XIII, Encíclica *Libertas praestantissimum*, 20-VI-1888, ASS 20 (1888), 606.
- Moreira, M. E. (2000). *Derechos humanos en la nueva Constitución ecuatoriana*, cit., p. 2.
- Manglano, J.P. (2010). *Orar con Teresa de Calcuta*, Sevilla: Desclée de Brouwer, 11^a. Edición.
- Morales, J. y Newman, J.H. (1978). : *el camino hacia la fe*, Pamplona: Eunsa, 2da. Edición.
- Newman, J. H. (2012). *Defensa del cristianismo*, published by Jack Trollers at Smashwords (eBook), n. 6.
- Newman, J. H. (2000). : *Discursos sobre la fe*, Madrid: Rialp, 2da. Edición.
- Orrego Sánchez, C. y Newman, J. H. (2016). : *desde las sombras, en "Humanitas"*. (22). Tomado de: <http://www.humanitas.cl/html/biblioteca/articulos/d0046.html>. Consultado el 29-VIII-2019.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. (1966). Art. 18
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (1966). Art. 13.3 del Preámbulo y los Artículos 1 y 6.
- Papa Francisco. (2018). *Carta al pueblo de Dios*, 20-VIII-2018, Proemio, n. 1 y n. 2.
- Ratzinger J. / Benedicto XVI. (2007). *Jesús de Nazareth: desde el Bautismo a la Transfiguración*, Bogotá: Planeta.

- Ratzinger, J / Benedicto XVI. (2007). Jesús de Nazareth: desde el Bautismo a la Transfiguración, Bogotá: Planeta.
- Ratzinger, J. (1995). Verdad, valores, poder: piedras de toque de la sociedad pluralista, Madrid: Rialp.
- Ratzinger, J. (1995). Verdad, valores, poder: piedras de toque de la sociedad pluralista, Madrid: Rialp.
- San Basilio, *Regulae fusius tractatae*, Resp 2, 1, en Migne, *Patrología griega*, 31, 908.
- Zumaquero, J. y Manuel-Bazán, J. L. (1998), *Textos internacionales sobre Derechos Humanos: 1978-1998*, t. II.

NORMAS

NORMAS EDITORIALES REVISTA RUPTURA

Los autores que deseen remitir artículos para análisis y aprobación de publicación por parte del Comité Editorial de la revista deben:

1. Remitir el artículo a través de la plataforma de la Revista o en su defecto, enviar un correo electrónico con el documento y/o sus consultas al

a) **Comité Editorial:** revistarupturafj@gmail.com.

IMPORTANTE: En el transcurso de los procesos (recepción, revisión, evaluación, publicación, otros) de la Revista Ruptura se garantizará la total anonimidad de los autores frente a los pares revisores y/o terceros.

2. La revista acepta documentos elaborados en: castellano, inglés, francés, portugués e italiano.
3. El artículo debe cumplir con una de las categorías propuestas. Al momento de subir a la plataforma y/o en el asunto del correo indicarse el tipo de artículo.

4. Las tipologías aceptadas son:

a) **Artículos Originales (científico, revisión, análisis, según su grado de complejidad y aporte):** se seleccionarán artículos que deberán ser publicados únicamente en la Revista Jurídica Revista Ruptura. En ese sentido, la revista es la única autorizada para editar formatos (más no información) y la única revista que publicará el artículo. Los artículos deben presentar de manera detallada, los resultados originales de proyectos terminados de investigación e indicar su origen (proyecto desarrollado a partir de fondos concursables, proyecto independiente, otros). Deberán incluir las referencias bibliográficas citadas. Deberán ser originales y no estar sometidos a procesos de evaluación por ninguna otra publicación. La extensión mínima será de 4.000 palabras.

La estructura puede contener las siguientes secciones:

- 1) Introducción
- 2) Metodología

- 3) Resultados
- 4) Discusión
- 5) Conclusiones
- 6) Referencias Bibliográficas (incluye bibliografía citada en el texto)

IMPORTANTE: los resultados deben provenir de una investigación con una perspectiva teórico-conceptual, analítica, interpretativa o crítica.

b) Críticas y/o Recensiones de libros: breves ensayos estructurados que analizan críticamente y contextualizan una novedad editorial de interés académico para las temáticas de la revista. La extensión mínima será de 3.000 palabras. Deberán incluir las referencias bibliográficas citadas. Deberán ser originales y no estar sometidos a procesos de evaluación por ninguna otra publicación. Deben contener una introducción, sección de desarrollo y conclusiones.

c) Misceláneas: artículos relacionados con las grandes áreas temáticas (dentro de la ciencia jurídica) que de manera general aborda la Revista Ruptura. Es decir, se aceptarán documentos originales que versen sobre investigaciones de diversos tipos donde el derecho posea una trascendencia significativa. La extensión mínima será de 4.000 palabras (en el recuento deberán incluir todas las palabras que figuren en el texto propuesto por los autores: sus nombres, títulos, resumen, otras.). Deberán ser originales y no estar sometidos a procesos de evaluación por ninguna otra publicación. En aras de asegurar la alta calidad de los contenidos publicados, serán remitidos por la Revista Ruptura para su evaluación de forma anónima (doble ciego). Deben contener una introducción, sección de desarrollo y conclusiones.

d) Notas de Investigación: son artículos con trascendencia a nivel jurídico caracterizados por estar basados en trabajos preliminares (insertados dentro de un proyecto de investigación o una investigación matriz en curso) que, sin perjuicio del método y rigor científicos, presentan aspectos metodológicos innovadores o resultados que, por su carácter novedoso, el autor considera de interés publicar antes de finalizar su investigación. La extensión mínima será de 3.000 palabras. (en el recuento deberán incluir

todas las palabras que figuren en el texto propuesto por los autores: sus nombres, títulos, resumen, otras.). Deberán ser originales y no estar sometidos a procesos de evaluación por ninguna otra publicación. En aras de asegurar la alta calidad de los contenidos publicados, serán remitidos por la Revista Ruptura para su evaluación de forma anónima (doble ciego). Deben contener una introducción, sección de desarrollo y conclusiones.

e) Resumen y/o Informe de Investigación: la Revista Ruptura acepta dos modalidades de informe de investigación jurídico-científico: El informe técnico y el Informe divulgativo. Deben contener una introducción, sección de desarrollo y conclusiones.

- El primero enfatiza en la metodología y técnicas empleadas, validez y confiabilidad de los resultados, marco teórico de la investigación y empleo de terminología especializada.
- El segundo incluye el procedimiento de investigación, ilustraciones sencillas y expresivas de los resultados y hace énfasis en las conclusiones y recomendaciones.

La extensión mínima será de 3.000 palabras (en el recuento deberán incluir todas las palabras que figuren en el texto propuesto por los autores: sus nombres, títulos, resumen, otras.). Deberán ser originales y no estar sometidos a procesos de evaluación por ninguna otra publicación. En aras de asegurar la alta calidad de los contenidos publicados, serán remitidos por la Revista Ruptura para su evaluación de forma anónima (doble ciego). Deben contener una introducción, sección de desarrollo y conclusiones.

5. Características generales de los documentos:

Deben tener formato Word, de igual forma debe incluir: título, autor o autores y dirección del contacto (correo electrónico y dirección postal). Es indispensable indicar cuál autor (autor corresponsal) se encargará de recibir y enviar la correspondencia o de lo contrario se asumirá que el primer autor se hará cargo de tal función. El texto debe estar digitado a espacio y simple, letra Garamond, tamaño 12. En el interior del documento se deben especificar los datos centrales del autor o autores, lo cual debe incluir: escolaridad máxima, la filiación institucional, ciudad, Estado o departamento, país, el correo electrónico (institucional), Google Scholar y ORCID.

6. La remisión del artículo debe ir acompañada de la hoja de vida de cada uno de los autores y de la carta de cesión de derechos firmada (descargar y/ solicitar por correo electrónico).
7. Redactar el documento con una extensión acorde con la tipología seleccionada. Este debe ir precedido de un breve resumen del trabajo en castellano y en inglés (“abstract”) que no sobrepase las 150 palabras. En ambos se debe indicar: a) objetivo; b) metodología; c) resultados; y d) conclusiones. Después del resumen y del “abstract”, deben incluirse de cuatro a seis palabras clave para identificar las principales temáticas abordadas (castellano e inglés respectivamente), estas deben buscarse (preferentemente) en el Tesauro de la UNESCO.
8. Las críticas y reseñas de libros deben ir precedida de los nombres, apellidos y profesión de quienes la realizan/ la crítica o reseña, así como de los elementos bibliográficos completos (nombres y apellidos del autor, título completo del libro, número de edición, ciudad de publicación, editorial, año de publicación).
9. Las traducciones de obras anteriormente publicadas no son consideradas como documentos inéditos. Sino como documentos de divulgación. Sin embargo, pasarán por el mismo proceso de selección de los artículos. Deben indicar con claridad las fuentes y procedencia del texto original, así como los respectivos permisos para la publicación.
10. Enviar los gráficos, mapas y fotografías en una resolución mínima de 266 dpi en formato jpg o gif. Junto a los cuadros deben ir los anexos al documento, indicando el lugar donde se pondrán dentro del texto. Todos estos recursos se deben enumerar consecutivamente en numeración arábica e indicar con claridad la(s) fuente(s) correspondiente(s). En las tablas se deben usar únicamente líneas horizontales de acuerdo con las normas APA sexta edición.
11. Citar las fuentes bibliográficas, menores a 40 palabras, dentro del texto del siguiente modo: (autor, año, página). Ejemplo: (Muñoz, 1996, p. 30). Las citas que tienen más de 40 palabras se escriben aparte del texto, con sangría, sin comillas y sin cursiva. Al final de la cita debe colocarse el punto antes de los datos recuerde que en las citas con menos de 40 palabras el punto se pone después.

12. Las notas al pie de página numeradas en orden consecutivo se utilizarán solo para aclaraciones, comentarios, discusiones, envíos por parte del autor y deben ir en su correspondiente página, con el fin de facilitar al lector el seguimiento de la lectura del texto.

IMPORTANTE: las referencias bibliográficas se harán indefectiblemente con base en las normas APA sexta edición. Los defectos de forma darán lugar a negación automática. Recuerde que todas las referencias deben de llevar sangría francesa. A continuación, se detallan ejemplos de los requerimientos:

Libro:

Apellido, Iniciales nombre del autor. (Año). Título del libro. Lugar de publicación: Editorial.

Libro con editor:

Apellido, Iniciales nombre del autor (Ed.). (Año). Título. Ciudad, País: Editorial.

Capítulo de libro:

Apellido, Iniciales nombre del autor. (Año). Título del capítulo. En Iniciales nombre del editor o compilador. Apellido. (Ed.) o (Comp.), Título del libro (pp. xx.xx). Lugar de publicación: Editorial.

Artículo revista:

Apellido, Iniciales nombre del autor. (Año). Título artículo. Nombre de la revista, volumen(número), pp.pp.

Artículo con DOI:

Apellido, Iniciales nombre del autor. (Año). Título del artículo. Nombre de la revista, volumen (número), pp.pp. Doi: xx.xxxxxxx.

Artículo de periódico:

Apellido, Iniciales nombre del autor. (Fecha). Título artículo. Nombre del periódico, pp.pp.

Tesis de grado o posgrado:

Apellido, Iniciales nombre del autor. (Año). Título de la tesis (Tesis de pregrado, maestría o doctoral). Nombre de la institución, lugar.

En línea:

Apellido, Iniciales nombre del autor. (Fecha). Título del artículo. Recuperado de (URL).

Observación para los Autores

- a. Es necesario que aparezcan los apellidos (separados por un guion) y los nombres de todos los autores. Además, para cada uno de ellos mediante nota al pie de página, debe colocarse el título académico máximo alcanzado, la filiación institucional, la ciudad (estado o departamento), el país, la dirección de correo electrónico institucional, el código ORCID y el link del perfil de Google Scholar.
- b. Se debe considerar que el primer autor será quien quedará registrado en las bases de datos de los diferentes servicios de indexación y resumen.
- c. Es indispensable indicar cuál autor se encargará de recibir y enviar la correspondencia, o de lo contrario se asumirá que el primer autor se hará cargo de tal función.

PROCESO DE REVISIÓN POR PARES Y OTROS RELACIONADOS

La Revista Ruptura es una publicación científica continua y semestral (Enero-Junio) (Julio-Diciembre) publicada por el Centro de Publicaciones y bajo el auspicio de la Dirección de Investigación de la Universidad. La modalidad de publicación continua cierra el 30 de junio y el 31 de diciembre de cada año. Sin embargo, la Revista Ruptura se encuentra abierta a recibir artículos a lo largo de todo el año. Su énfasis es el ámbito de lo jurídico y (entendido “prima facie” en un sentido teórico) su relación con otras disciplinas, saberes y ciencias. Puede utilizar el sistema de “especiales temáticos” en cualquiera de sus convocatorias.

La Revista orienta sus políticas editoriales a partir de la armonización de los requerimientos generales y específicos de LATINDEX, SCIELO (Ecuador) y SCOPUS. Además, considera los lineamientos legales y reglamentarios vigentes, directrices de la SENESCYT, el Reglamento General de Publicaciones de la PUCE y sus políticas generales sobre publicaciones e investigación científica regidas por la Facultad de Jurisprudencia, la Dirección de Investigación y el Centro de Publicaciones.

1. Cada uno de los artículos recibidos es sometido a un proceso de revisión y selección. La duración de este proceso es variable y puede oscilar entre uno y dieciocho meses. (aproximadamente y depende del nivel de complejidad del aporte).
2. El estudio y la selección inicial de los escritos están a cargo del Equipo de Gestión Editorial el cual acepta o rechaza los originales atendiendo a la calidad científica, la concordancia con las temáticas propias de la revista y la vigencia temporal de los resultados.
3. El Comité Editorial de la Revista Ruptura se encuentra integrado por los miembros de: a) el Consejo Editorial y b) el Equipo de Gestión Editorial.
4. Los miembros del Consejo Editorial y el equipo de Gestión Editorial tienen por obligación dar el soporte respectivo a los procesos de la Revista.
5. El cien por ciento de los miembros del Consejo Editorial está integrado por connotados juristas nacionales e internacionales externos a la PUCE, quienes, respetando la más estricta anonimidad,

exigida por el sistema de doble ciego, pueden officiar como evaluadores en materias afines y proporcionar opiniones informadas y vinculantes para el proceso de evaluación de un documento remitido para publicación. Sin embargo, en caso de officiar como revisores ciegos de un artículo, no podrán participar de otros procesos vinculados a la publicación de ese documento (Ej.: votación para la inclusión dentro de un número específico de la Revista, otros).

6. Además, la revista cuenta con el soporte de un Comité de Asesoría Editorial. Este comité está integrado por profesores de la PUCE quienes offician como consultores generales (sin opinión vinculante) y en ningún caso como evaluadores y/o pares ciegos. Este comité no conforma parte del Comité Editorial de la Revista Revista Ruptura.
7. El Equipo de Gestión Editorial en representación del Comité Editorial de la Revista Revista Ruptura puede solicitar modificaciones y hacer las recomendaciones que se estimen necesarias para ajustar el documento a las indicaciones de la revista (a partir de los resultados remitidos por los pares ciegos y otras consideraciones generales tales como formato, otros).
8. Luego de esta revisión, el manuscrito es sometida a evaluación tipo <<doble ciego>> por parte de dos pares académicos externos (nacionales y/o internacionales).
9. Estos académicos emiten a través del formato de evaluación establecido por la Revista (ver formato evaluación de artículo) un informe (opinión) concepto que puede ser:
 - a) Aprobado sin cambios
 - b) Aprobado sujeto a cambios menores (no requiere nueva evaluación)
 - c) Aprobado sujeto a cambios mayores (requiere nueva evaluación)
 - d) Rechazado (no publicable en la Revista Revista Ruptura)
10. En el caso que la decisión de los evaluadores derive en controversias, estas serán resueltas inicialmente por el Editor Jefe y/o el Subeditor o de ser necesario se solicitará una segunda o tercera evaluación por pares académicos externos.

11. Durante todos los procesos mencionados se garantiza la anonimidad de autores y pares revisores (evaluadores).
12. De igual manera, el resultado de la evaluación será informada al autor (y/o autor corresponsal) del documento remitido vía correo electrónico. Esto con la finalidad que realice los ajustes necesarios que hayan solicitado los evaluadores.
13. Confirmada la recepción del documento con las correcciones realizadas, se verificará el acatamiento de las sugerencias de los evaluadores y analizará las justificaciones de aquellas que no se hayan tenido en cuenta.
14. Una vez aprobada esta fase, el artículo será enviado de nuevo de ser necesario al autor para realizar los ajustes a que hubiere lugar.
15. El proceso de revisión y evaluación del material entregado puede tardar en promedio un mínimo de tres meses.

16. IMPORTANTE:

- a) La recepción de un documento no implica la aprobación y/o publicación inmediata del mismo.
- b) Todos los documentos contarán con una revisión de similitud documental (“antiplagio” a través de la plataforma URKUND).
- c) El tiempo promedio de publicación de un artículo oscila entre seis y dieciocho meses.
- d) La verificación posterior de plagio (por denuncia de los lectores) dará lugar al retiro inmediato de la publicación. Toda denuncia de plagio deberá ir acompañada de los respectivos medios probatorios.
- e) La Revista acepta comentarios y opiniones generales e informadas por parte de sus lectores y las considera como aportes a las revisiones externas (documentales) y de sus procesos de gestión.
- f) La Revista constituye una publicación de distribución gratuita (de libre acceso y con libre descarga parcial y/o total) .

g) La Revista no solicita pagos, colaboración económica y/o donación a los autores. Ninguno de sus miembros se encuentra habilitado para solicitar algún tipo de ayuda económica a cambio de facilitar la publicación dentro de la revista. Ninguno de sus miembros se encuentra capacitado para incidir en el proceso de evaluación y decidir unilateralmente la publicación o rechazo de un documento sometido a revisión de doble ciego. Este tipo de conductas se encuentra sancionadas con la expulsión y la remisión del caso al Comité de Ética de la PUCE.

PROCESO EDITORIAL

Revista Ruptura acusa la recepción de las contribuciones remitidas por email y a través de su plataforma, gestionará el estado del proceso documental (aceptación y rechazo). En caso de aceptación, se notificarán los aspectos relacionados con el proceso de edición. También mediante el portal de la revista, en la sección Propuestas podrán encontrarse las Directrices para Autores/Autoras y la sección Proceso de Revisión por Pares y Otros Relacionados con mayores detalles de gestión. Además, la Revista Ruptura cuenta con la sección Documentos Importantes donde se ubican: 1) la Declaración de Compromiso de los Autores; 2) el modelo físico del Informe de Evaluación de Textos en Revisión por Pares; y 3) la Cesión de Derechos.

Se informa que las contribuciones remitidas cumplirán un doble proceso:

- a) Primer proceso: efectuado con la finalidad de determinar pertinencia y solvencia científica del artículo. En un máximo de 45 días desde la recepción del texto, se emitirá una notificación indicando si procede la evaluación por parte del Consejo Editorial y de Evaluadores Externos. En caso de deficiencias esenciales, es decir, insubsanables se comunicará la no admisión (sin opción a apelación). En caso contrario si existen deficiencias subsanables (forma, incoherencias leves en el sistema de citas, otros), se devolverá al remitente para su corrección en un plazo máximo de 10 días. En caso de no recibir respuesta por parte del remitente dentro del plazo establecido se desestimaré la propuesta.
- b) Segundo proceso: consiste en la revisión de pares (sistema doble ciego). Las contribuciones serán evaluadas científicamente por dos o más expertos (externos) en el ámbito propuesto. Los informes indicarán las siguientes recomendaciones: aceptar (publicable) sin cambios, aceptar con revisiones menores (publicable con cambios), aceptar con revisiones mayores (publicable con cambios drásticos), no publicable (rechazado). A base de los informes se efectuará la decisión final de aceptación o rechazo. En caso de discrepancia entre informes se remitirá el texto a revisiones adicionales (tercer dictamen).

Los autores recibirán los informes de evaluación científica de forma anónima. Asimismo, los aportes evaluados de manera positiva y que

requieran revisiones menores o mayores deberán ser devueltos con un plazo máximo de 7 días calendario. La Revista Ruptura se reserva el derecho de efectuar correcciones de estilo y cambios editoriales que considere pertinentes y necesarios con la finalidad de mejorar el texto.

Diagramados los aportes, estos serán remitidos a los autores para su verificación y corrección (tipografía y ortografía) en un plazo máximo de 10 días. El acceso a la versión definitiva será posible on-line.

AVISO DE DERECHOS DE AUTOR/A (POLÍTICAS DE ACCESO Y REUSO)

Aquellos autores/as que tengan publicaciones la Revista Ruptura, aceptan los términos siguientes:

- 1) Los autores/as ceden sus derechos de autor de carácter patrimonial (conservando los morales). En ese sentido, ceden a la Revista Ruptura el derecho de (primera) publicación de su obra.
- 2) Se permitirá a terceros compartir la obra siempre que se indique su autor y su primera publicación en la Revista Ruptura. Sin embargo, para republicación o traducción total o parcial del aporte, será necesario contactar con la revista y recabar la respectiva autorización expresa.
- 3) Los autores/as podrán colaborar/participar de la distribución de su aporte indicando la publicación inicial en la Revista Ruptura.
- 4) Se autoriza a los autores/as difundir su obra a través de internet (ej. Pagina web personal y/o institucional) de manera posterior al proceso de evaluación y publicación con la finalidad de incentivar los intercambios intelectuales y/o de opinión e incidir favorablemente en las citas de la obra publicada.

DECLARACIÓN DE PRINCIPIOS ÉTICOS (CÓDIGO DE ÉTICA)

Además de los lineamientos éticos propios de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador – PUCE (ver Código de Ética y Código de Ética de la Investigación y el Aprendizaje disponibles <https://www.puce.edu.ec/intranet/normativainstitucional>) y recomendaciones y

lineamientos del Centro de Publicaciones y la Dirección de Investigación (disponibles en <https://www.puce.edu.ec>) la Revista Ruptura acoge como fundamentación ética y de buenas practicas editoriales los protocolos establecidos por el Comité Internacional de Ética en la Publicación Científica – COPE (disponible en <https://publicationethics.org/resources/code-conduct>).

POLÍTICAS Y DETECCIÓN DE PLAGIO

Las contribuciones remitidas a la Revista Ruptura serán sometidas a análisis del programa automático URKUND (que permite la revisión de trabajos escritos con la intención de revisar su grado de semejanza con otras fuentes bibliográficas). Para mayores alcances visitar: <https://www.pucevirtual.edu.ec/urkund/>.

Asimismo, se aplicarán los lineamientos y recomendaciones indicados por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador – PUCE en su página web (ver <https://www.puce.edu.ec>) y las directrices incluidas en el organigrama del Comité Internacional de Ética en la Publicación Científica – COPE (disponible en <https://publicationethics.org/resources/code-conduct>).

En caso comprobado de plagio la Revista Ruptura:

- Informará al editor de la revista en la que fue publicado (total o parcialmente) el documento plagiado.
- Infamará a los autores/as del documento plagiado.
- Publicará una retractación oficial del trabajo.
- No publicará ningún otro trabajo de los autores/as involucrados por un periodo de 5 años.

POLÍTICA DE CÓDIGO ABIERTO

La Revista Ruptura provee acceso libre inmediato a su contenido bajo el principio de que hacer disponible gratuitamente investigación al público apoya a un mayor intercambio de conocimiento global.

Condiciones de auto-archivo: Se permite a los autores la reutilización de los trabajos publicados, es decir, se puede archivar el *post-print* (o la versión final posterior a la revisión por pares o la versión PDF del editor), con fines no comerciales, incluyendo su depósito en repositorios institucionales, temáticos o páginas web personales. Color Sherpa/Romeo: Azul.

ARCHIVAR

La Revista Ruptura permite a las bibliotecas crear archivos permanentes de la revista con fines de preservación y restauración. Además, esta revista utiliza diferentes repositorios nacionales e internacionales, tales como Google Académico entre otros. Y el Repositorio Institucional de la PUCE (Ecuador) archivan digitalmente y garantizan a su vez la indexación.

ÉTICA EN LA PUBLICACIÓN

Someter un artículo significa que no ha sido publicado anteriormente, que no está siendo considerado para publicación en ningún otro medio (excepto tesis y trabajos de grado) ni en ningún otro idioma y que está siendo sometido con conocimiento de todos los autores. No cumplir esto viola las políticas de ética de la Revista Ruptura.

CONFLICTO DE INTERESES

Los autores deben declarar que no tienen ningún conflicto potencial o real de tipo financiero, personal o de cualquier índole con otras personas u organizaciones en los siguientes dos años después de someter el artículo, que pueda influenciar negativamente el trabajo realizado. Ver la forma “Conflicto de Intereses” en Open Journal System.

CAMBIOS EN LA AUTORÍA

Se refiere a la adición, remoción o re-acomodación del orden de los autores. Antes de que el artículo sea publicado, el autor para correspondencia puede solicitar al Editor, adicionar, remover o modificar el orden de los autores. Debe indicar la razón para hacer la modificación y enviar una comunicación escrita firmada por todos los autores certificando que todos están de acuerdo con la modificación. En caso de adición o remoción la comunicación escrita debe incluir la confirmación por parte del autor(es). Una vez publicado el artículo no se aceptan adición, remoción o modificación en el orden de los autores.

COSTOS DE PROCESAMIENTO Y ENVÍO DE ARTÍCULOS

La Revista Ruptura no realiza ningún cobro por la postulación, evaluación y publicación de los artículos sometidos. La publicación, no genera costo alguno para autores y lectores, toda vez que la PUCE asume los gastos relacionados con edición, gestión y publicación. Los pares evaluadores no reciben retribución económica alguna por su valiosa contribución.

DECLARACIÓN DE BUENAS PRÁCTICAS

Como se ha mencionado en la Declaración de Principios Éticos (Código de Ética), la Revista Ruptura está comprometida con altos estándares de ética y buenas prácticas en la difusión y transferencia del conocimiento, para garantizar el rigor y la calidad científica. Es por ello por lo que ha adoptado como referencia el Código de Conducta que, para editores de revistas científicas, ha establecido el Comité de Ética de Publicaciones (COPE: Committee on Publication Ethics) dentro de los cuales se destaca:

Obligaciones y responsabilidades generales del equipo editorial

La Revista Ruptura se compromete a:

- Aunar esfuerzos para satisfacer las necesidades de los lectores y autores.
- Propender por el mejoramiento continuo de la revista.

- Asegurar la calidad del material que se publica.
- Velar por la libertad de expresión.
- Mantener la integridad académica de su contenido.
- Impedir que intereses comerciales comprometan los criterios intelectuales.
- Publicar correcciones, aclaraciones, retractaciones y disculpas cuando sea necesario.

Relaciones con los autores

La Revista Ruptura se compromete a asegurar la calidad del material que publica, informando sobre los objetivos y normas de la revista. Las decisiones del editor para aceptar o rechazar un documento para su publicación se basa únicamente en la relevancia del trabajo, su originalidad y la pertinencia del estudio con relación a la línea editorial de la revista.

La revista incluye una descripción de los procesos seguidos en la evaluación por pares de cada trabajo recibido. Cuenta con un manual de envío de manuscritos para autores en la que se presenta esta información y es actualizada regularmente. Se reconoce el derecho de los autores a apelar las decisiones editoriales.

El editor no modificará su decisión en la aceptación de envíos, a menos que se detecten irregularidades o situaciones extraordinarias. Cualquier cambio en los miembros del comité editorial no afectará las decisiones ya tomadas, salvo casos excepcionales en los que confluayan graves circunstancias.

Relaciones con los evaluadores

La Revista Ruptura pone a disposición de los evaluadores un manual para la evaluación de manuscritos acerca de lo que se espera de ellos. La identidad de los evaluadores se encuentra en todo momento protegida, garantizando su anonimato.

Aspectos generales del proceso de evaluación por pares

La Revista Ruptura garantiza que el material remitido para su publicación será considerado como materia reservada y confidencial mientras que se evalúa (doble ciego).

RECLAMACIONES

La Revista Ruptura se compromete responder con rapidez a las quejas recibidas y a velar por que los demandantes insatisfechos puedan tramitar todas sus quejas. En cualquier caso, si los interesados no consiguen satisfacer sus reclamaciones, se considera que están en su derecho de elevar sus protestas a otras instancias.

FOMENTO DE LA INTEGRIDAD ACADÉMICA

La Revista Ruptura asegura que el material que publica se ajusta a las normas éticas internacionalmente aceptadas.

PROTECCIÓN DE DATOS INDIVIDUALES

La Revista Ruptura garantiza la confidencialidad de la información individual (por ejemplo, de los profesores y/o alumnos participantes como colaboradores o sujetos de estudio en las investigaciones presentadas).

Seguimiento de malas prácticas

La Revista Ruptura asume su obligación para actuar en consecuencia en caso de sospecha de malas prácticas o conductas inadecuadas. Esta obligación se extiende tanto a los documentos publicados como a los no publicados. El editor no sólo rechazará los manuscritos que planteen dudas sobre una posible mala conducta, sino que se consideran éticamente obligados a denunciar los supuestos casos de mala conducta. Desde la revista se realizarán todos los esfuerzos razonables para asegurar que los trabajos sometidos a evaluación sean rigurosos y éticamente adecuados.

Integridad y rigor académico

Cada vez que se tenga constancia de que algún trabajo publicado contiene inexactitudes importantes, declaraciones engañosas o distorsionadas, debe ser corregido de forma inmediata.

En caso de detectarse algún trabajo cuyo contenido sea fraudulento, será retirado tan pronto como se conozca, informando inmediatamente tanto a los lectores como a los sistemas de indexación.

Se consideran prácticas inadmisibles, y como tal se denunciarán las siguientes: el envío simultáneo de un mismo trabajo a varias revistas, la publicación duplicada o con cambios irrelevantes o parafraseo del mismo trabajo, o la fragmentación artificial de un trabajo en varios artículos.

Relaciones con los propietarios y editores de revistas

La relación entre editores, editoriales y propietarios estará sujeta al principio de independencia editorial. La Revista Ruptura garantizará siempre que los artículos se publiquen con base en su calidad e idoneidad para los lectores, y no con vistas a un beneficio económico o político. En este sentido, el hecho de que la revista no se rija por intereses económicos, y defienda el ideal de libre acceso al conocimiento universal y gratuito, facilita dicha independencia.

CONFLICTO DE INTERESES

La Revista Ruptura establecerá los mecanismos necesarios para evitar o resolver los posibles conflictos de intereses entre autores, evaluadores y/o el propio equipo editorial.

QUEJAS/DENUNCIAS

Cualquier autor, lector, evaluador o editor puede remitir sus quejas a los organismos competentes.

POLÍTICA DE ENDOGAMIA

A partir del quinto número los miembros del Comité Editorial, Equipo de Gestión Editorial, Consejo Editorial y Evaluadores Externos no podrán publicar en la Revista Ruptura. Para números anteriores, los miembros del Comité Editorial limitaron la publicación de manuscritos a uno (1) por volumen, cuando el editor es el primer autor del artículo y a dos (2), cuando es un autor secundario. Para un mismo autor, el límite fue de una publicación por número, es decir máximo 4 publicaciones por volumen. Sin embargo, las publicaciones para autores afiliados a la PUCE no superarán el 30% del total.

AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

Los documentos remitidos a la Revista Ruptura deberán informar el grado/nivel/porcentaje/orden de autoría y/o participación de los autores. Esta información será puesta en conocimiento por el autor /a corresponsal y/o principal del texto remitido. Para la Revista Ruptura las participaciones colectivas inferiores al 10% del documento serán consideradas como colaboraciones a la investigación y no acreditarán necesariamente carácter de coautoría efectiva. Deberán ser informadas a modo de agradecimiento. En caso de documentos de investigación atribuidos a múltiples autores (cinco o más) y con la finalidad de no afectar derechos esta situación deberá informarse expresamente (indicando responsabilidades y/o nivel grado/nivel/porcentaje/orden de autoría).

EDITORIAL STANDARDS, PUCE JOURNAL OF THE DEPARTMENT OF JURISPRUDENCE (RUPTURA)

Authors wishing to submit articles for analysis and approval of publication by the journal's Editorial Committee must:

1. Submit the article using the Journal platform or send an email with the document and/or your questions to:

a) Editorial Committee: revistarupturafj@gmail.com.

IMPORTANT: In the course of the Revista Ruptura Journal processes (reception, review, evaluation, publication, etc.), the complete anonymity of the authors with peer reviewers and/or third parties will be guaranteed.

2. The magazine accepts documents prepared in Spanish, English, French, Portuguese and Italian.
3. The article must fulfill one of the categories proposed. When uploading to the platform and/or in the subject of the email, indicate the article type.

4. **The accepted typologies are:**

- a) **Articles (scientific, revision, analysis, according to the complexity level):** original unpublished articles will be selected, which must be published only in the Ruptura Legal Journal. Only the journal is authorized to edit formats (but not information), and it will be the only journal to publish the article. The articles must present, in detail, the original results for the research projects presented and indicate their origin (project carried out using competitive funds, independent project, other). Bibliographical references cited must be included. Articles must be original, and not subject to evaluation processes by any other publication. The minimum extension will be 4,000 words.

The structure can contain the following sections:

- 1) Introduction
- 2) Methodology
- 3) Results
- 4) Discussion
- 5) Conclusions
- 6) Bibliographic references (includes bibliography cited in the text)

IMPORTANT: results must come from research with a theoretical-conceptual, analytical, interpretative or critical perspective.

- b) **Book critiques and/or reviews:** brief structured essays that critically analyze and contextualize an publishing novelty of academic interest to the journal's themes. The minimum extension will be 3,000 words. and the bibliographical references cited must be included. Texts must be original and not subject to evaluation processes by any other publication. They should contain an introduction, body, and conclusions.
- c) **Miscellaneous:** articles related to the major thematic areas (within legal science) generally addressed by the Ruptura journal. That is to say, original documents dealing with investigations of various types, in which the law has transcendent significance, will be accepted. The minimum extension will be 4,000 words (this count must include all words appearing in the text proposed by the authors: names, titles, summary, etc.). Texts must be original and not subject to evaluation processes by any other publication. In order to ensure the high quality of the published content, texts will be sent by the Ruptura journal for anonymous (double blind) evaluation. The documents should contain an introduction, argumentative body, and conclusions.
- d) **Research Notes:** these are articles of legal significance characterized by their basis on preliminary works (within a research project, or within ongoing matrix research); which, scientific method and rigor notwithstanding, present innovative methodological aspects or results that, due to their nature, are considered by the author to be of interest for publication prior to

the finalization of research. The minimum extension will be 3,000 words. (count must include all words appearing in the text proposed by the authors: names, titles, summary, etc.). They must be original and not subject to evaluation processes by any other publication. In order to ensure the high quality of content published, texts will be sent by the Ruptura journal for anonymous (double blind) evaluation. They should contain an introduction, argumentative body, and conclusions.

- e) **Research Summary and/or Report:** the Ruptura journal accepts two types of legal-scientific research reports: technical reports, and informative reports. They should contain an introduction, argumentative body, and conclusions.
- The first emphasizes the methodology and techniques used, the validity and reliability of the results, the theoretical framework of the research and the use of specialized terminology.
 - The second includes research procedure and simple and expressive illustrations of results, and emphasizes conclusions and recommendations.

The minimum extension will be 3,000 words. (count must include all words appearing in the text proposed by the authors: names, titles, summary, etc.). They must be original and not subject to evaluation processes by any other publication. In order to ensure the high quality of the content published, texts will be sent by the Ruptura journal for anonymous (double blind) evaluation. They should contain an introduction, argumentative body, and conclusions.

5. General document characteristics:

Documents must be in Word format, and must include: title, author or authors, and contact address (email and postal address). It is essential to indicate which author (corresponding author) will be responsible for receiving and sending correspondence; otherwise it will be assumed that the first author will be in charge of this function. The text must be simple spaced, Garamond font, size 12. Within the document, the main information for the author or authors must be specified, which should include: highest level of education obtained, institutional affiliation, city, State or department, country, email (institutional), Google Scholar and ORCID.

6. The article submission must be accompanied by the resume of each of the authors and the signed transfer of rights letter (download and/or request by email).
7. Write the document with an extension according to the typology selected. It must be preceded by a brief summary of the work in Spanish and English (“abstract”) not exceeding 150 words. In both, you must indicate: a) objective; b) methodology; c) results; and d) conclusions. After the summary and the “abstract”, four to six key words should be included to identify the main topics addressed (Spanish and English, respectively). These should be searched (mainly) in the UNESCO Thesaurus.
8. Book reviews and critiques should be preceded by the names, surnames and profession of authors reviewing or critiquing, as well as complete bibliographical details (author’s names and surnames, full book title, edition number, city of publication, publisher, year of publication).
9. Translations of previously published works are not considered unpublished documents, but rather as dissemination documents. However, they will go through the same article selection process. They must clearly indicate the sources and origin of the original text, as well as the respective permission for publication.
10. Send graphs, maps and photographs in a minimum resolution of 266 dpi, in jpg or gif format. Together with the tables should be the document annexes, indicating the location where they should be placed within the text. All of these resources must be listed consecutively in Arabic numerals and should clearly indicate the corresponding source(s). Only horizontal lines may be used in the tables, in accordance with the APA norms, sixth edition.
11. Cite bibliographic sources of less than 40 words within the text, as follows: (author, year, page). Example: (Muñoz, 1996, p.30). Quotations of more 40 words are written separately from the text, indented, without quotation marks or italics. At the end of the quotation, a period must be placed before the information remember that in quotations with less than 40 words, the period goes afterwards.

12. Footnotes numbered in consecutive order will be used only for clarifications, comments, discussions and submissions by the author, and should be placed on the corresponding page, in order to facilitate the reader in following the reading of the text.

IMPORTANT: bibliographical references will be unfaillingly made based on the APA norms, sixth edition. Defects in format will result in automatic rejection.

Remember that all references must use French sangria. Below are examples of the requirements:

Book:

Last name, Initials of author's name (Year). Book Title. Place of publication: Publisher.

Book with editor:

Last name, initials of author's name (Ed.). (Year). Title. City, Country: Publisher.

Book chapter:

Last name, Initials of author's name. (Year). Chapter Title. Initials of name of the editor or compiler. Last name. (Ed.) or (Comp.), Title of the book (pp. xx-xx). Place of publication: Publisher.

Magazine article:

Last name, Initials of author's. (Year). Article title. Name of journal, volume (number), pp-pp.

Article with DOI:

Last name, Initials of author's name. (Year). Article title. Name of journal, volume (number), pp-pp. Doi: xx.xxxxxxx.

Newspaper article:

Last name, Initials of author's name. (Date). Article title. Newspaper name, pp-pp.

Graduate or postgraduate thesis:

Last name, Initials of author's name. (Year). Thesis title (Undergraduate, master's or doctoral thesis). Name of institution, place.

Online:

Last name, Initials of author's name (Date). Article title. Retrieved from (URL).

Observation for Authors

- a. It is necessary that the last names (separated by a hyphen) and the first names of all authors appear. In addition, a footnote should be included for each author, giving the highest academic degree attained, institutional affiliation, city (state or department), country, institutional email address, ORCID code and link to Google Scholar profile.
- b. The first author will be the person considered for registry in the different indexing and summary service databases.
- c. It is essential that it be indicated which author will be in charge of receiving and sending correspondence; otherwise it will be assumed that the first author will be responsible for said function.

PEER REVIEW PROCESS AND REVIEW BY RELATED PARTIES

The Ruptura Journal is an ongoing, semi-annual scientific publication (January-June) (July-December) published by the University Publications Center under the auspices of the University Office for Research. The call for papers closes on June 30th and December 31st of each year, though the Ruptura journal is open to receiving articles throughout the year. Its emphasis is on the legal field (understood as “prima facie” in a theoretical sense) and its relationship with other disciplines, knowledge and sciences. The Journal directs its editorial policies based on harmonization of the general and specific requirements of LATINDEX, SCIELO (Ecuador) and SCOPUS. In addition, it considers current legal and regulatory guidelines, SENESCYT guidelines, the General Regulations for PUCE Publications and the general policies on publications and scientific research governed by the Department of Jurisprudence, the Office of Research, and the Publications Center.

1. Each of the articles received is submitted to a process of review and selection. The duration of this process is variable and can range from one and eighteen months. (aproximately and depends on the level of complexity of the contribution).
2. The Editorial Management Team is in charge of the study and initial selection of the texts and accepts or rejects the originals according to their scientific quality, in concordance with the journal’s themes and the temporal validity of the results.
3. The Editorial Committee of the Ruptura Journal is composed of the members of: a) the Editorial Board and b) the Editorial Management Team.
4. Members of the Editorial Board and the Editorial Management Team are obliged to provide the respective support to the Journal’s processes.
5. One hundred percent of the Editorial Board’s members are renowned national and international jurists external to the PUCE, who, respecting the strictest anonymity as required by the double-blind system, can officiate as evaluators in related matters and provide binding informed opinions in the evaluation process of a document submitted for publication. However, in the case

of officiating as blind reviewers for an article, jurists may not participate in other processes related to the document's publication (eg, voting for inclusion within a specific issue of the Journal, etc.).

6. In addition, the magazine has the support of an Editorial Advisory Committee. This committee is composed of PUCE professors who act as general consultants (without binding opinion), but in no case as evaluators and/or blind peers. This committee is not part of the Editorial Committee of the Revista Ruptura Journal.
7. The Editorial Management Team, on behalf of the Ruptura Journal Committee, can request modifications and make recommendations deemed necessary to adjust the document to the journal's indications (based on the results submitted by blind peers and other general considerations, such as format, etc.).
8. After this revision, the manuscript is subjected to "double blind" evaluation by two external academic peers (national and/or international).
9. Using an evaluation format established by the Journal (see article evaluation format) these academics issue a report (opinion), which can be:
 - a) Approved without changes.
 - b) Approved subject to minor changes (does not require new evaluation).
 - c) Approved subject to major changes (requires new evaluation).
 - d) Rejected (not publishable in the Ruptura Journal).
10. In the event that the evaluators' decision results in controversies, said controversies will be initially resolved by the Chief Editor and/or the Assistant Editor or, if necessary, a second or third evaluation by external academic peers will be requested.
11. During all mentioned processes, the anonymity of authors and peer reviewers (evaluators) is guaranteed.
12. Likewise, the author (and/or corresponding author) will be informed of the result of the evaluation via email. This is in order to make the necessary adjustments as requested by the evaluators.

13. When receipt of the corrected document is confirmed, compliance with the evaluators' suggestions will be verified and the justifications for those not taken into account will be analyzed.
14. Once this phase has been completed, the article will be resent to the author, if necessary, to make the pertinent adjustments.
15. The process for the review and evaluation of material delivered may take an average of at least three months.

16. IMPORTANT:

- a) The reception of a document does not imply the approval and/or immediate publication thereof.
- b) All documents will undergo a documentary similarity review ("anti-plagiarism" through the URKUND platform).
- c) The average publication time for an article ranges from six to eighteen months.
- d) Subsequent verification of plagiarism (due to reader complaint) will lead to immediate withdrawal of the publication. Any complaint of plagiarism must be accompanied by the respective proof.
- e) The Journal accepts general and informed comments and opinions from its readers and considers them contributions to external reviews (documentaries) and management processes.
- f) The Journal is a freely-distributed publication (free access, with partial and/or full free download)
- g) The Journal does not request payments, financial collaboration and/or donations from authors. None of its members is qualified to request any type of economic compensation in exchange for facilitating publication in the journal. None of its members is able to influence the evaluation process and unilaterally decide on the publication or rejection of a document submitted for double-blind review. This type of conduct is sanctioned with expulsion and referral of the case to the PUCE Ethics Committee.

EDITORIAL PROCESS

Ruptura journal acknowledges the receipt of the contributions sent by email and through its platform, will manage the status of the documentary process (acceptance and rejection). In case of acceptance, the aspects related to the editing process will be notified. Also, through the portal of the magazine, in the Proposals section you can find the Guidelines for Authors / Authors and the Process of Peer Review and Related Processes with more details of management. In addition, the Ruptura journal has the Important Documents section where they are located: 1) the Declaration of Commitment of the Authors; 2) the physical model of the Peer Review Texts Evaluation Report; and 3) the Assignment of Rights.

It is reported that the submitted contributions will comply with a double process:

- a) First process: carried out with the purpose of determining the relevance and scientific solvency of the article. In a maximum of 45 days from the receipt of the text, a notification will be issued indicating whether the evaluation by the Editorial Board and External Evaluators should proceed. In case of essential deficiencies, that is to say, insubstantial, the non-admission will be communicated (without option to appeal). Otherwise, if there are correctable deficiencies (form, slight inconsistencies in the appointment system, others), it will be returned to the sender for correction within a maximum period of 10 days. In case of not receiving a response from the sender within the established deadline, the proposal will be rejected.
- b) Second process: consists of peer review (double blind system). The contributions will be scientifically evaluated by two or more (external) experts in the proposed field. The reports will indicate the following recommendations: accept (publishable) without changes, accept with minor revisions (publishable with changes), accept with major revisions (publishable with drastic changes), not publishable (rejected). Based on the reports, the final decision of acceptance or rejection will be made. In case of discrepancy between reports, the text will be sent to additional revisions (third opinion).

The authors will receive the scientific evaluation reports anonymously. Likewise, the contributions evaluated in a positive manner

and that require minor or major revisions must be returned with a maximum term of 7 calendar days. The Revista Ruptura reserves the right to make style corrections and editorial changes that it considers pertinent and necessary in order to improve the text.

Contributions are structured, these will be sent to the authors for verification and correction (typography and spelling) within a maximum period of 10 days. Access to the final version will be possible on-line.

COPYRIGHT NOTICE (ACCESS AND REUSE POLICIES)

Those authors who have published the Revista Ruptura, accept the following terms:

- 1) The authors grant their copyright of a patrimonial nature (preserving the moral rights). In that sense, they give the Revista Ruptura the right to (first) publish their work.
- 2) Third parties will be allowed to share the work whenever its author is indicated and its first publication in the Revista Ruptura. However, for republication or total or partial translation of the contribution, it will be necessary to contact the journal and obtain the respective express authorization.
- 3) The authors may collaborate/participate in the distribution of their contribution indicating the initial publication in the Revista Ruptura.
- 4) Authors are authorized to disseminate their work through the Internet (eg personal and / or institutional website) after the evaluation and publication process in order to encourage intellectual exchanges and/or opinion and favorably affect the citations of the published work.

DECLARATION OF ETHICAL PRINCIPLES (CODE OF ETHICS)

In addition to the ethical guidelines of the Pontifical Catholic University of Ecuador - PUCE (see Code of Ethics and the Code of Ethics of Research and Learning available <https://www.puce.edu>).

ec/intranet/institutional/normativa) and recommendations and guidelines of the Publications Center and the Research Directorate (available at <https://www.puce.edu.ec>) the Revista Ruptura welcomes as ethical foundation and good editorial practices the protocols established by the International Committee of Ethics in Scientific Publication - COPE (available at <https://publicationethics.org/resources/code-conduct>).

POLICIES AND PLAGIAR DETECTION

The contributions sent to the Revista Ruptura will be subjected to analysis of the URKUND automatic program (which allows the revision of written works with the intention of revising their degree of similarity with other bibliographic sources). For more information visit: <https://www.pucevirtual.edu.ec/urkund/>.

Likewise, the guidelines and recommendations indicated by the Pontifical Catholic University of Ecuador - PUCE will be applied on its website (see <https://www.puce.edu.ec>) and the guidelines included in the organizational chart of the International Committee of Ethics in the Scientific Publication - COPE (available at <https://publicationethics.org/resources/code-conduct>).

In case of proven plagiarism, the Revista Ruptura:

- Inform the editor of the journal in which the plagiarized document was published (totally or partially).
- Will inflict the authors of the plagiarized document.
- Publish an official retraction of the work.
- Will not publish any other work of the authors involved for a period of 5 years.

OPEN CODE POLICY

The Ruptura journal provides immediate free access to its content under the principle that making research available to the public free of charge supports a greater exchange of global knowledge.

Self-archive conditions: Authors are allowed to reuse published works, that is, they can archive the post-print (or the final version after the peer review or the PDF version of the editor), with no commercial, including deposit in institutional repositories, thematic or personal web pages. Color Sherpa / Romeo: Blue.

DIGITAL REPOSITORY/ARCHIVE

The Ruptura journal allows libraries to create permanent archives of the journal for preservation and restoration purposes. In addition, this magazine uses different national and international repositories, such as Google Scholar among others. And the Institutional Repository of PUCE (Ecuador) digitally archives and guarantees indexing at the same time.

ETHICS IN PUBLICATION

Submitting an article means that it has not been published previously, that it is not being considered for publication in any other medium (except theses and degree works) or in any other language and that it is being submitted with the knowledge of all the authors. Failure to comply violates the ethical policies of the Ruptura journal.

CONFLICT OF INTERESTS

The authors must declare that they do not have any potential or real conflict of a financial, personal or any other type with other persons or organizations in the following two years after submitting the article, which may negatively influence the work carried out. See the form "Conflict of Interest" in the Open Journal System.

CHANGES IN THE AUTHORITY

It refers to the addition, removal or re-accommodation of the order of the authors. Before the article is published, the author for correspondence can request the Editor, add, remove or modify the order of the authors. You must indicate the reason for making the modification and send a written communication signed by all authors certifying that all agree with the modification. In case of addition or removal the written communication must include confirmation by the author (s). Once the article is published, no addition, deletion or modification in the order of the authors is accepted.

COSTS OF PROCESSING AND SHIPPING OF ITEMS

The Revista Ruptura does not charge for the submission, evaluation and publication of the submitted articles. The publication does not generate any cost for authors and readers, since the PUCE assumes the expenses related to editing, management and publication. The evaluating peers do not receive any economic compensation for their valuable contribution.

DECLARATION OF GOOD PRACTICES

As mentioned in the Declaration of Ethical Principles (Code of Ethics), the Ruptura journal is committed to high standards of ethics and good practices in the dissemination and transfer of knowledge, to ensure rigor and scientific quality. That is why it has adopted as a reference the Code of Conduct that, for editors of scientific journals, has established the Committee on Publication Ethics (COPE: Committee on Publication Ethics), which highlights:

Obligations and general responsibilities of the editorial team

The Revista Ruptura commits to:

- Join efforts to meet the needs of readers and authors.
- To strive for the continuous improvement of the magazine.

- Ensure the quality of the material that is published.
- Ensure freedom of expression.
- Maintain the academic integrity of its content.
- Prevent commercial interests from compromising intellectual criteria.
- Post corrections, clarifications, retractions and apologies when necessary.

Relations with authors

The Revista Ruptura is committed to ensuring the quality of the material it publishes, informing about the objectives and standards of the journal. The decisions of the editor to accept or reject a document for publication are based solely on the relevance of the work, its originality and the relevance of the study in relation to the editorial line of the journal.

The journal includes a description of the processes followed in the peer evaluation of each work received. It has a manuscript submission manual for authors in which this information is presented and is updated regularly. The right of authors to appeal editorial decisions is recognized.

The editor will not modify his decision in the acceptance of shipments, unless irregularities or extraordinary situations are detected. Any change in the members of the editorial committee will not affect the decisions already made, except in exceptional cases where serious circumstances converge.

Relations with evaluators

The Ruptura journal makes available to the evaluators a manual for the evaluation of manuscripts about what is expected of them. The identity of the evaluators is always protected, guaranteeing their anonymity.

General aspects of the peer evaluation process

The Ruptura journal guarantees that the material sent for publication will be considered a reserved and confidential subject while it is evaluated (double blind).

CLAIMS

The Ruptura journal is committed to respond quickly to complaints received and to ensure that dissatisfied claimants can process all their complaints. In any case, if the interested parties fail to satisfy their claims, it is considered that they are entitled to raise their protests to other instances.

PROMOTION OF ACADEMIC INTEGRITY

The Ruptura journal ensures that the material it publishes conforms to internationally accepted ethical standards.

PROTECTION OF INDIVIDUAL DATA

The Ruptura journal guarantees the confidentiality of the individual information (for example, of the professors and / or participating students as collaborators or subjects of study in the presented investigations).

Follow up of bad practices

The Ruptura journal assumes its obligation to act accordingly in case of suspicion of bad practices or inappropriate behavior. This obligation extends to both published and unpublished documents. The editor will not only reject manuscripts that raise doubts about possible misconduct, but also consider themselves ethically obligated to report alleged cases of misconduct. From the journal, all reasonable efforts will be made to ensure that the works submitted for evaluation are rigorous and ethically adequate.

Integrity and academic rigor

Whenever there is evidence that any published work contains important inaccuracies, misleading or distorted statements, it must be corrected immediately.

In case of detecting any work, whose content is fraudulent, it will be removed as soon as it is known, immediately informing readers as well as the indexing systems.

They are considered inadmissible practices, and as such the following will be reported: the simultaneous sending of the same work to several journals, the publication duplicated or with irrelevant changes or paraphrasing of the same work, or the artificial fragmentation of a work in several articles.

Relations with the owners and editors of magazines

The relationship between publishers, publishers and owners will be subject to the principle of editorial independence. The Ruptura journal will always guarantee that the articles are published based on their quality and suitability for the readers, and not with a view to an economic or political benefit. In this sense, the fact that the journal is not governed by economic interests and defends the ideal of free access to universal and free knowledge, facilitates this independence.

CONFLICT OF INTERESTS

The Ruptura journal will establish the necessary mechanisms to avoid or resolve possible conflicts of interest between authors, evaluators and / or the editorial team itself.

COMPLAINTS

Any author, reader, evaluator or editor can send their complaints to the competent bodies.

ENDOGAMY POLICY

From the fifth number, the members of the Editorial Committee, Editorial Management Team, Editorial Board and External Evaluators may not publish in the Ruptura journal. For previous issues, members of the Editorial Committee limited the publication of manuscripts to one (1) by volume, when the editor is the first author of the article and two (2), when he is a secondary author. For the same author, the limit was one publication per number, that is, maximum 4 publications per volume. However, publications for authors affiliated with the PUCE will not exceed 30% of the total.

AUTHORITY AND PARTICIPATION

The documents sent to the Ruptura journal must inform the percentage / order of authorship and / or participation of the authors. This information will be reported by the correspondent and / or principal author of the submitted text. For the Ruptura journal, collective participation of less than 10% of the document will be considered collaborations with the research and will not necessarily prove an effective co-authorship. However, it should be informed and recognized as part of the document (e.g.: footnotes). In the case of research documents attributed to multiple authors (five or more) and with the purpose of not affecting copy rights it must be provided information about responsibilities /percentage / authorship order.

ANEXOS

ANEXO 1

REVISTA RUPTURA DECLARACIÓN DE COMPROMISO DE LOS AUTORES

Este formato deberá ser completado y remitido a la Revista Ruptura (revistarupturafj@gmail.com). Si el artículo no es aceptado para publicación, este documento no surtirá efectos y será considerado nulo.

Título del artículo: _____

Se declara que:

- a) El/los autor/es asumen la responsabilidad por todos los conceptos y opiniones emitidas en sus artículos. La Revista Ruptura no se responsabiliza por los juicios y conceptos emitidos en los artículos publicados. También, se garantiza que quienes aparecen como autores son responsables intelectuales del referido artículo. Los derechos de autor se registrarán por la normativa nacional vigente y la reglamentación interna de la PUCE.
- b) El contenido de los artículos no ha sido publicado en otra revista y además no ha sido, ni será enviado para su publicación a otra revista, mientras dure el proceso de evaluación y aceptación en esta.
- c) Se adquiere el compromiso de atender las indicaciones y sugerencias de los pares evaluadores, si persiste la intención de publicar su material en esta revista.
- d) Se adquiere el compromiso de ceder los derechos patrimoniales de comunicación y distribución del texto y material visual del artículo a la Revista Ruptura. Además, se adquiere el compromiso de reconocer los créditos de publicación a la Revista Ruptura al hacer uso posterior del material publicado.
- e) Se tiene completo conocimiento de que el proceso de revisión y aceptación del material entregado puede tardar hasta dieciocho meses, además de que su recepción no implica la aprobación y publicación automática de mismo.

- f) Se adquiere el compromiso de diligenciar el formato adjunto de hoja de vida.

Se firma para constancia de lo declarado

Autor1 _____
Firma _____

Autor2 _____
Firma _____

Autor3 _____
Firma _____

ANEXO 2

INFORME DE EVALUACIÓN DE TEXTOS EN REVISIÓN POR PARES (VERSIÓN IMPRESA)

1. El objetivo de este documento es evaluar una obra, y calificar sus fortalezas, debilidades, aporte al conocimiento y oportunidad de publicación.
2. Por ser una revisión de pares ciegos, no se deben incluir referencias que pudieran apuntar al nombre o institución del revisor.
3. Sea lo más conciso y claro posible.
4. Se establecerá el plazo en la carta de solicitud adjunta al presente informe.

A. INFORMACIÓN DEL TEXTO Y EVALUADOR

Título de la obra	
Datos del revisor	
Nombre	
Ciudad	
País:	
Correo Electrónico	
Institución	
Fecha de entrega del formulario al evaluador	

B. EVALUACIÓN

C. Consideraciones generales:

Selección con una X su consideración

Pregunta	Si	No
1. ¿El tema del texto se ajusta a los requerimientos? <i>Los textos presentados en la Facultad de Jurisprudencia de la PUCE deben:</i> a. <i>Responder a las exigencias de una formación integral de la persona humana.</i> b. <i>Preparar y Enseñar en las dimensiones científica, profesional, humana, social y cristiana.</i> c. <i>Generar material académico comprometido con la realización de la justicia, el ejercicio y garantía de los derechos humanos y la transformación social.</i> d. <i>Generar conocimiento actualizado que aproveche los recursos metodológicos, pedagógicos y técnicos del mundo moderno.</i>		
2. ¿El título del texto es adecuado?		
3. ¿El texto explicita o pone de manifiesto el público objetivo para el cual va dirigido?		
4. ¿El texto sería de interés para el público lector al cual va dirigido el texto?		
5. ¿Es comprensible para el/la lector(a)?		
6. ¿Se justificada la inclusión de todas sus imágenes (tablas, ilustraciones, fotos, & cuadros) y es apropiada su calidad?		

Si considera necesario, por favor, incluir sus valoraciones en el siguiente espacio.

--

D. Consideraciones cuantitativas:

Por favor, califique cada ítem y desarrolle brevemente su respuesta

Pregunta	Responder en escala de 1 a 5 (1: mín, 5: máx)	Desarrollo de la respuesta
1. ¿El texto aporta a la teoría del conocimiento sobre el área que trata?		
2. ¿Existe actualidad y pertinencia en la realidad materia del texto?		
3. ¿Se incluye una hipótesis y/o problemática coherente que fue probada/ descrita en el desarrollo del texto?		
4. ¿La literatura citada es actualizada y acorde al tema(s)?		
5. ¿Los resultados/análisis/descripciones del texto son presentados con claridad y fueron procesados de acuerdo a las reglas de la ciencia?		
6. ¿Existe argumentación y originalidad en la presentación de resultados?		
7. ¿Existe coherencia metodológica en toda la estructura del trabajo?		

8. ¿Se justificada la inclusión de todas sus imágenes (tablas, ilustraciones, fotos, y cuadros) y es apropiada su calidad?		
9. ¿El estilo de escritura es didáctico, bien desarrollado y gramaticalmente correcto?		
10. ¿Se cumplen las reglas de estilo exigidas?		
TOTAL		

E. Concepto sobre publicación:

Señala si se considera pertinente publicar o no el texto y, en caso afirmativo, posibles sugerencias al autor.

Guía de decisión:

Puntaje	Calificación
45-50	Acepta el texto tal como está.
45-30	Acepta el texto, a condición de que este sea objeto de revisiones menores, sin que sea necesario su reenvío (favor especificar, en el concepto sobre publicación, el tipo de revisión).
30-25	El texto debe ser revisado en gran medida (especificar, en el concepto sobre publicación, en qué sentido) y debe ser reenviado, para una nueva evaluación.
25-0	El texto es rechazado

Por favor marque con una x su decisión:

	Acepta el texto tal como está.
	Acepta el texto, a condición de que este sea objeto de revisiones menores, sin que sea necesario su reenvío (favor especificar, en el concepto sobre publicación, el tipo de revisión).
	El texto debe ser revisado en gran medida (especificar, en el concepto sobre publicación, en qué sentido) y debe ser reenviado, para una nueva evaluación.
	El texto es rechazado

En el siguiente espacio proporcionado desarrolle su decisión.

--

Firma:

Datos del Revisor:

ANEXO 3

CESIÓN DE DERECHO - REVISTA RUPTURA

Ciudad, día de mes de año

**Señor. Director de la Revista Ruptura
Pontificia Universidad Católica del Ecuador**

Ref.: Cesión de Derechos

El motivo de la presente es saludarlo y comunicarle que cedo los derechos patrimoniales del texto: "XXXXXXXXXXXXX" (nombre del autor/nombres de los autores) a la Revista Ruptura. Efectué la presente cesión con la finalidad de facilitar su publicación. Entiendo que la presente cesión no constituye confirmación de publicación ni puede ser usada con tal fin.

Mediante este documento, asimismo, entiendo mi compromiso de no enviar el mismo original para la publicación en otro medio de difusión cualquiera que sea su formato o carácter

En ese sentido, quedo atento/a a cualquier comunicación posterior.

Atentamente,

Nombre y Apellidos

Filiación y/o Actividad (Ej. Investigador/a Jurídico/a)

APPENDIX 1

RUPTURA JOURNAL STATEMENT OF RESPONSIBILITY OF AUTHORS

This form must be completed and returned to the Ruptura Journal (revistarupturafj@gmail.com). If the article is not accepted for publication, this document will have no effect and will be considered void.

Article title: _____

It is declared that:

- a) The author(s) take responsibility for all ideas and opinions expressed in their articles. The Ruptura Journal is not responsible for the judgments and ideas expressed in articles published. It is likewise guaranteed that those appearing as authors are intellectually responsible for said article. Copyrights will be governed by the national regulations in force and by the internal regulations of the PUCE.
- b) The content of the articles has not been published in any other journal, and it has not been, nor will it be, sent to any other journal for publication for the duration of the evaluation and acceptance process.
- c) A commitment is made to respond to the indications and suggestions of peer reviewers, if the intention to publish material in this journal continues.
- d) There is a responsibility to assign the patrimonial rights of communication and distribution for the article's text and visual material to the Ruptura Journal. In addition, a commitment is made to grant publication credits to the Ruptura Journal when making use of the published material.
- e) It is fully understood that the review and acceptance process for material delivered may take up to eighteen months; furthermore, receipt of material does not imply the approval and automatic publication thereof.

f) A commitment is made to fill out the attached resume form.

Signed as proof of that declared.

Author1 _____
Signature _____

Author2 _____
Signature _____

Author3 _____
Signature _____

APPENDIX 2

EVALUATION REPORT FOR PEER REVIEW OF TEXTS (PRINTED VERSION)

1. The objective of this document is to evaluate a work, and to describe its strengths, weaknesses, contributions to knowledge, and opportunity for publication.
2. Since this is a blind peer review, references that could indicate the reviewer's name or institution should not be included.
3. Be as clear and concise as possible.
4. The deadline will be established in the application letter attached to this report.

A. INFORMATION ON TEXT AND EVALUATOR

Title of the Work	
Peer reviewer Information	
Name :	
City:	
Country:	
Email:	
Institution:	
Delivery date of the form to the evaluator:	

B. EVALUATION

C. General Considerations:

Select your consideration with an X

Question	Yes	No
<p>1. Does the text's theme conform to the requirements?</p> <p><i>The texts presented to the PUCE Department of Jurisprudence must:</i></p> <p>a. <i>Respond to the demands of an integral formation of the human person.</i></p> <p>b. <i>Prepare and Teach in the scientific, professional, human, social and Christian dimensions.</i></p> <p>c. <i>Create academic material committed to the realization of justice, the exercise and guarantee of human rights, and social transformation.</i></p> <p>d. <i>Create updated knowledge that takes advantage of the modern world's methodological, pedagogical and technical resources.</i></p>		
2. Is the title of the text adequate?		
3. Does the text make explicit or demonstrate the target audience for which it is intended?		
4. Would the text be of interest to the reading public to which it is directed?		
5. Is it understandable for the reader?		
6. Is the inclusion of all of its images (tables, illustrations, photos & graphs) justified, and is their quality appropriate?		

If you consider it necessary, please include your evaluations in the following space.

--

D. Quantitative Considerations:

Please rate each item and briefly develop your answer

Question	Answer on a scale of 1 to 5 (1:min, 5:máx)	Development of the Response
1. Does the text contribute to the theory of knowledge regarding the area dealt with?		
2. Is actuality and relevance present in the text's material reality?		
3. Is a coherent hypothesis and/or problem that was tested/described in the text's development included?		
4. Is the literature cited current and in line with the topic(s)?		
5. Are the results/analyses/descriptions of the text clearly presented and processed according to the rules of science?		
6. Is there argumentation and originality in the presentation of results?		
7. Is methodological coherence present throughout the work's structure?		

8. Is the inclusion of all images (tables, illustrations, photos, and pictures) justified and is their quality appropriate?		
9. Is the writing style didactic, well-developed and grammatically correct?		
10. Are the required rules of style met?		
TOTAL		

E. Concept regarding publication:

Indicate whether or not publishing the text is considered relevant and, if so, possible suggestions for the author.

Decision Guide:

Score	Qualification
45-50	Accept text as is.
45-30	Accept the text, provided it be subject to minor revisions, without the need to re-send (please specify revision type in the concept regarding publication).
30-25	Text should be extensively revised (specify, in the concept regarding publication, in what sense) and should be resent for a new evaluation.
25-0	The text is rejected

Please mark your decision with an x :

	Accept text as is.
	Accept the text, provided it be subject to minor revisions, without the need to re-send (please specify revision type in the concept regarding publication).
	Text should be extensively revised (specify, in the concept regarding publication, in what sense) and should be resent for a new evaluation.
	The text is rejected

Develop your decision in the following section.

--

Signature:

Peer Reviewer Information:

APPENDIX 3

TRANSFER OF RIGHTS RUPTURA JOURNAL

City, day, month

**Director of the Ruptura Journal
Pontifical Catholic University of Ecuador**

Ref.: Transfer Rights

The reason for this letter is to greet you and to inform you that I assign the patrimonial rights for the text: "XXXXXXXXXXXXX" (name of the author/names of the authors) to the Ruptura Journal. This transfer of rights is in order to facilitate publication of the text. I understand that this transfer of rights does not constitute a confirmation of publication, nor may it be used for such purpose.

With this document, I likewise acknowledge my commitment not to send the same original text for publication in any other media, regardless of its format or character

I remain attentive to any subsequent communication.

Sincerely,

First and Last Names

Affiliation and/or Activity (i.e., Legal Researcher)



La Revista Ruptura, es una publicación científica de carácter bianual de la Asociación Escuela de Derecho (AED) de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (PUCE). Nacida en el año de 1949 bajo el nombre de “Revista de la Asociación Escuela de Derecho” constituye además la primera publicación de la PUCE (en su Número 18 cambio a su actual denominación). Este número se inserta dentro de la Tercera Época de la revista, que utilizará la plataforma digital como su medio principal difusión y distribución. Cuenta con el aval investigativo, académico e instruccional del Comité Editorial (Publicaciones) de la Facultad, el Centro de Publicaciones y la Dirección de Investigación de la PUCE. Asimismo, la revista cuenta con un Comité Editorial y de Revisores Externos constituido por académicos, investigadores y profesionales de universidades nacionales y extranjeras del más alto prestigio y miembros de los mejores estudios jurídicos del país que combinan el libre ejercicio con la labor docente. Aborda temas desde una perspectiva exegética, inter y transdisciplinar. Está dedicada al análisis crítico de la problemática nacional e internacional del Derecho en todas sus áreas. Se edita en castellano, inglés, italiano, francés y portugués. Incluye artículos originales en formato de documento científico, revisión, análisis de actualidad, resumen de investigaciones, nota de investigación, miscelánea y reseñas de libros. La selección y evaluación de todos los documentos publicados en Ruptura se realiza bajo la metodología de <<doble ciego>>, que mantiene el anonimato de autores y evaluadores. Por lo tanto, los artículos para su publicación habrán: a) superado una preselección y revisión del equipo editorial; y b) cumpliendo con el sistema de revisión antes mencionado.