

cámano

REVISTA DE ESTUDIOS JURÍDICOS

Número 12 / Diciembre 2019



FACULTAD DE
DERECHO

- El matrimonio de las parejas del mismo sexo en Ecuador
Una visión objetiva desde el Derecho
- Matrimonio igualitario en Ecuador
Argumentos en torno a su reconocimiento
- Apoyar no es tutelar
Discapacidad y Derecho a la autodeterminación en Ecuador
- Una mirada al divorcio con hijos-as menores desde la mediación
Reflexiones a la luz de la reforma al Código Orgánico General de Procesos
- *Sharenting* y derechos de la niñez en Ecuador

cálamó

REVISTA DE ESTUDIOS JURÍDICOS

udla.

CRÉDITOS

UNIVERSIDAD DE LAS AMÉRICAS - ECUADOR

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Escuela de Derecho

RECTOR

Gonzalo Mendieta

VICERRECTORA ACADÉMICA

Marlena León Mendoza

DECANA

Alexandra Vela

DIRECTOR ACADÉMICO

José Gabriel Terán

DIRECTORA CÁLAMO

Pamela Jijón

COORDINADORA EDITORIAL

Lydia Andrés

COMITÉ EDITORIAL NACIONAL

- José Suing, PhD. Universidad de las Américas
- Richard Ortiz, PhD. Universidad de las Américas
- Pamela Jijón, PhD. Universidad de las Américas
- Wladimir Sierra, PhD. Universidad de Berlín
- Patricia Alvear, PhD. Universidad de las Américas
- Emilio Cerezo, Mg. Universidad de las Américas
- Juan Manuel Alba, PhD. Universidad de las Américas

COMITÉ ASESOR INTERNACIONAL

- Timothy Tambassi, PhD. Università del Piemonte Orientale "Amedeo Avogadro", Italia
- Juan Antón, PhD. Universitat de Barcelona, España
- Ignacio Cremades, PhD. Universidad Complutense de Madrid
- Blanca Rodríguez, PhD. Universidad de Sevilla
- Roberto Bueno, PhD. Universidade Federal de Uberlândia, Brasil
- Gorki Yuri Gonzales, PhD. Universidad Católica del Perú
- Mónica González Contró, PhD. Universidad Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México
- Teodoro Yan Guzmán, PhD. Universidad de la Habana, Cuba

- Julio Antonio Fernández, PhD. Centro de Estudios de la Administración Pública, Habana-Cuba
- Patricia Reyes, PhD. Universidad de Valparaíso, Chile
- Martín Aldao, PhD. Universidad de Buenos Aires, Argentina
- Raúl Gustavo Ferreyra, PhD. Universidad de Buenos Aires, Argentina

CORRECCIÓN DE ESTILO

Emilio Cerezo, Mg.

TRADUCCIÓN ESPAÑOL-PORTUGUÉS

Marcella da Fonte Carvalho, PhD.

TRADUCCIÓN ESPAÑOL-INGLÉS

María Helena Carbonell, PhD. (c.)

DISEÑO GRÁFICO E IMPRESIÓN

V&M Gráficas
Contacto: 3201 171

PERIODICIDAD

Semestral

DEPÓSITO LEGAL

Para contribuciones o canje dirigirse a: Universidad de Las Américas. Facultad de Derecho. Sede Norte, instalaciones José Queri. Bloque 6. Quito, Ecuador.

Teléfono +593 (2) 3981000

Envío de artículos, información y suscripción:
calamo@udla.edu.ec

DERECHOS RESERVADOS

El contenido de los artículos es de exclusiva responsabilidad de los autores. Los textos pueden reproducirse total o parcialmente citando la fuente.

ISSN DIGITAL

2737-6133

Cálamo 12: Los artículos que conforman el número 12 de Cálamo, previo su publicación, han sido evaluados bajo la modalidad de revisión por pares ciegos.

Desde sus inicios, Cálamo planteó acoger en sus páginas, propuestas pluridisciplinarias que permitan pensar el derecho de manera crítica y situada: en el contexto de las ciencias sociales, este décimo segundo número cumple con dichos criterios, pues reúne contribuciones desde la antropología y el pensamiento crítico de la discapacidad con aquellas propias de la ciencia del derecho.

Aunque la temática de la revista es libre, el dossier está formado por aquellos artículos que responden a los ejes propuestos en el llamado a contribuciones; el mismo que planteó cuestiones de Derecho de familia(s), como son los nuevos modelos familiares en las diversas interpretaciones jurisprudenciales latinoamericanas; el paso de la unión de hecho al matrimonio igualitario en Latinoamérica; el interés superior del niño, etc.

Este volumen cuenta con dos artículos de dossier que son el fruto de un trabajo colectivo, y esto es digno de ser subrayado pues, da cuenta de la importancia de construir conocimiento de manera colaborativa. Es el caso del artículo propuesto por Marcelo Guerra, Claudia Storini y Nathaly Yépez, quienes analizan el matrimonio entre parejas del mismo sexo en el Ecuador, desde un enfoque de Derechos Humanos.

Esta misma dimensión colaborativa la encontramos en el texto de Mauricio Maldonado, Juan José Alencastro y Christian Gallo. Los tres autores reflexionan sobre el matrimonio igualitario en el Ecuador, esta vez desde la óptica del derecho constitucional y desde la teoría de la interpretación, con el fin de encontrar una solución a la antinomia que pudiese surgir entre el art. 67 de la Constitución del Ecuador y la Opinión Consultiva 24/17 de la Corte IDH.

Por su parte, desde el ángulo del pensamiento crítico, Karina Marín contribuye con un texto que subraya la necesidad de imaginar, diseñar e implementar un marco normativo que permita se asuma la existencia de la capacidad jurídica de familiares con discapacidad.

Cuando hablamos de familia, la niñez ocupa un plano central. En su texto, Johanna Ponce cuestiona, desde el ángulo de la mediación, la garantía del interés superior del niño en el procedimiento de divorcio por mutuo consentimiento.

Siguiendo en este tema, cerramos el dossier con el aporte de Rosana Granja, quien subraya la necesidad de establecer límites a la acción de *sharenting*, para garantizar el respeto de los derechos de los niños ante la sobreexposición a la que los pueden someter sus progenitores.

La segunda sección de la revista acoge dos ensayos. En el primero, Andrea Muñoz reflexiona sobre los alcances del reciente pronunciamiento del Tribunal Andino de la Comunidad Andina con respecto a la protección territorial del nombre comercial. Y en el segundo, Paola Campaña analiza los cambios que surgen de las reformas introducidas a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, a través de la Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico Integral Penal.

En esta ocasión, contamos con dos entrevistas; la primera realizada por María Helena Carbonell a Ana Intriago, jueza provincial de la Familia y la Mujer, Niñez y Adolescencia y Adolescentes Infractores de Pichincha; y la segunda, por Paúl Pérez a Salim Zaidán, profesor universitario especialista en derecho constitucional.

Para terminar, Alejandra Cárdenas comparte con nosotros su reseña sobre el libro *Acoso: ¿Denuncia legítima o victimización?*, de la antropóloga feminista Martha Lamas, editado en 2018 en México por el Fondo de Cultura Económica.

Les deseo, como en cada ocasión, una excelente lectura, y esperamos que la misma contribuya con el debate contemporáneo del derecho dentro y fuera del ámbito académico.

Alexandra Vela Puga
Decana de la Facultad de Derecho
Universidad de Las Américas

Dossier

- **EL MATRIMONIO DE LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO EN ECUADOR**
Una visión objetiva desde el Derecho 6
Marcelo Guerra
Claudia Storini
Nathaly Yépez
- **MATRIMONIO IGUALITARIO EN ECUADOR**
Argumentos en torno a su reconocimiento 18
Mauricio Maldonado
Juan José Alencastro
Christian Gallo
- **APOYAR NO ES TUTELAR**
Discapacidad y derecho a la autodeterminación en Ecuador 28
Karina Marín
- **UNA MIRADA AL DIVORCIO CON HIJOS-AS MENORES DESDE LA MEDIACIÓN**
Reflexiones a la luz de la reforma al Código Orgánico General de Procesos 38
Johanna Ponce Alburquerque
- **SHARENTING Y DERECHOS DE LA NIÑEZ EN ECUADOR** 53
Rosana Granja

Ensayos

- **ALCANCE DE LA PROTECCIÓN DEL NOMBRE COMERCIAL** 66
Andrea Muñoz
- **DEFENSA DEL CONSUMIDOR Y DERECHO PENAL EN EL ECUADOR:
INCOMPATIBILIDAD DE PRINCIPIOS** 76
Paola Campaña

Entrevistas

- **EL ROL DE LOS JUECES Y JUEZAS EN LA PROTECCIÓN
DE LOS DERECHOS DE NIÑOS Y NIÑAS**
Entrevista con la jueza Ana Intriago 92
María Helena Carbonell Yáñez
- **DERECHOS DE LOS NIÑOS Y DERECHOS DE LOS PADRES: UNA MIRADA A LA PENSIÓN
ALIMENTICIA, AL RÉGIMEN DE VISITAS Y A LA “ALIENACIÓN PARENTAL”**
Entrevista con Salim Zaidan 96
Paúl Pérez Vásquez

Reseña

- **ACOSO: ¿DENUNCIA LEGÍTIMA O VICTIMIZACIÓN?** 104
Alejandra Cárdenas

DOSSIER

Wald

EL MATRIMONIO DE LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO EN ECUADOR

Una visión objetiva desde el Derecho

SAME-SEX MARRIAGE IN ECUADOR

An objective perspective from Law

O CASAMENTO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO NO EQUADOR

Uma visão objetiva do Direito

*Marcelo Guerra**, *Claudia Storini*** y *Nathaly Yépez****

Recibido: 14/10/2019

Aprobado: 11/12/2019

Resumen

En este trabajo, se busca analizar el reconocimiento del matrimonio entre parejas del mismo sexo en Ecuador. Para ello el texto se ha configurado en tres partes, en una 1.^a se hace referencia a las opiniones consultivas y su valor jurídico en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos; en una 2.^a se observa el valor de dichas opiniones consultivas en el Ecuador a partir de la comprensión del concepto material de su Constitución; y finalmente en una 3.^a parte, y a manera de conclusión, se aborda la institución del matrimonio entre parejas del mismo sexo en el Ecuador a partir del artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación a la Constitución ecuatoriana y las sentencias de la Corte Constitucional. En definitiva, se aborda el matrimonio igualitario en el Ecuador desde una comprensión clara de los Derechos Humanos en su dimensión normativa.

Palabras clave: Constitución; Convención; Matrimonio; Favorabilidad.

Summary

This brief paper provides the reader with the legal elements regarding the material concept of the Constitution

as a starting point for the analyze of same-sex marriage in Ecuador. It addresses this reality in Ecuador from an understanding of human rights in their normative dimension. To that end, the text is divided into three parts: the first refers to advisory opinions and their legal value in the Inter-American Human Rights Protection System; the second shows the value of such advisory opinions in Ecuador based on an understanding of the material concept of its Constitution; and the third deals with the institution of marriage between same-sex couples in Ecuador, based on article 17 of the ACHR in relation to the Ecuadorian Constitution and the rulings of the Constitutional Court.

Key words: Constitution; Convention; Marriage; Favorability.

Resumo

Neste trabalho se busca analisar o reconhecimento do casamento entre pessoas do mesmo sexo no Equador. Para tal fim, este texto se divide em três partes, a primeira se refere as opiniões consultivas e seu valor jurídico Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos; na segunda se observa o valor dessas opiniões consultivas no Equador a

* Profesor titular de Derecho Constitucional de la Universidad Católica de Cuenca, profesor contratado por la Universidad Andina Simón Bolívar. Magister en derecho, mención en derecho constitucional por la Universidad Andina Simón Bolívar, candidato a PhD de la misma universidad. Correo electrónico: marceloguerracoronel@outlook.es

** Profesora titular de Derecho Constitucional de la Universidad Pública de Navarra, Doctora en derecho por la Universidad de Valencia. Directora del área de derecho, Universidad Andina Simón Bolívar, directora y profesora del doctorado en Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, desde el año 2003. Correo electrónico: claudia.storini@uasb.edu.ec

*** Asesora y asistente de investigación en Derecho Constitucional y Derechos Humanos; con experiencia de coordinación de proyectos de investigación y litigio con temas relacionados al género y las diversidades sexo genéricas, y derechos colectivos y ambientales de los pueblos y comunidades. Correo electrónico: nayp24@yahoo.com

partir da concepção do conceito material da Constituição; e finalmente na terceira parte, e na conclusão, se aborda a instituição do casamento entre pessoas do mesmo sexo no Equador a partir do artigo 17 da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos em relacionada a Constituição equatoriana e as sentenças da Corte Constitucional. Em

definitiva, se aborda o casamento entre pessoas do mesmo sexo no Equador desde uma compreensão clara dos direitos humanos e sua dimensão normativa.

Palavras chave: Constituição; Convenção; Casamento; Favorabilidade.

INTRODUCCIÓN

La Constitución del Ecuador aprobada en el año 2008 elevó a regla constitucional la regulación del matrimonio en sus artículos 67 y 68¹. Sin embargo, recientemente se ha generado una discusión en torno a que ciertos grupos se verían excluidos de dicha regulación, de manera que se generaría una vulneración al derecho a la igualdad y no discriminación. Esta discusión se visibiliza a partir de la interpretación realizada a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en torno al matrimonio mediante la Opinión Consultiva OC-24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Opinión Consultiva OC-24/17 de la Corte IDH)², los casos presentados en el Ecuador mediante el ejercicio de la garantía jurisdiccional de Acción de Protección³, y la jurisprudencia emitida por el máximo intérprete de la Constitución en el Ecuador, sobre todo las sentencias 010-18-CN/19 y 011-18-CN/19 de la Corte Constitucional⁴.

El principal centro de discusión ha sido la contradicción entre el texto del artículo 67 de la Constitución ecuatoriana, que establece el contenido del matrimonio en la esfera constitucional, y la interpretación del contenido del artículo 17.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), realizada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) a través de la Opinión Consultiva OC-24/17, emitida el 24 de noviembre del 2017. En efecto, la Constitución define al matrimonio como la unión entre un hombre y una mujer, mientras que dicha Opinión Consultiva manifiesta que los Estados deben garantizar el acceso a todas las figuras previstas en el ordenamiento jurídico, como es el matrimonio, a todas las personas⁵.

Si bien la Corte Constitucional Ecuatoriana se ha pronunciado sobre el artículo 67 de la Constitución, este

1 Constitución de la República del Ecuador:

“Art. 67.- Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes.

“Art. 68.- La unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio. La adopción corresponderá sólo a parejas de distinto sexo.”

2 Corte IDH, Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24.

3 Por ejemplo, los procesos de acción de protección planteados en Quito-Pichincha No. 174602018000921, No. 17159201800006, No. 17230201810289; los procesos de acción de protección planteados en Cuenca-Azuay No. 01204201803635, No. 01204201803637.

4 Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 0011-18-CN/19, juez ponente Ramiro Ávila; esta causa corresponde a la consulta de constitucionalidad de norma elevada a la Corte Constitucional por la Sala Penal de la Corte Provincial de Pichincha en el proceso de acción de No. 174602018000921. Sentencia 0010-18-CN/19, juez ponente Alí Lozada; consulta de constitucionalidad de norma elevada a la Corte Constitucional por la Unidad Judicial Civil con sede en la Parroquia Ñaquito con sede en el Distrito Metropolitano de Quito en el proceso de acción de No. 17230201811800.

5 Corte IDH, Opinión Consultiva OC 17/24, párrafo 229:

“Por las razones expuestas, en interpretación de los artículos 1.1, 2, 11, 17, 18 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

8. LA CORTE, [...] ES DE OPINIÓN por unanimidad, que:

De acuerdo a los artículos 1.1, 2, 11.2, 17 y 24 de la Convención es necesario que los Estados garanticen el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, incluyendo el derecho al matrimonio, para asegurar la protección de todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin discriminación con respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales, en los términos establecidos en los párrafos 200 a 228.”

trabajo busca entonces sostener la solución a esta antinomia desde una perspectiva *constitucional material* y, además, pretende dejar sentada las razones de la responsabilidad internacional del Estado en torno al cumplimiento de instrumentos internacionales como son las interpretaciones realizadas a la CADH por las

sentencias y opiniones consultivas de la Corte IDH. Asimismo, pretende trazar, por un lado, pormenores y, por otro, contradicciones halladas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Ecuatoriana respecto del reconocimiento del matrimonio entre parejas del mismo sexo.

LAS OPINIONES CONSULTIVAS DE LA CORTE IDH Y SU GRADO DE VINCULATORIEDAD EN EL ECUADOR

Sin duda, una de las principales discusiones acontecidas en torno al reconocimiento del matrimonio para todas las personas en el Ecuador giró fundamentalmente respecto a si las opiniones consultivas, y en particular la opinión OC-24/17, vincula a todos los Estados que han ratificado la CADH o solo a aquellos que precisamente elevan las consultas a la Corte IDH, que, en el caso de la opinión OC-24/17, fue el Estado de Costa Rica. Para dar respuesta a tal cuestión, no solo es necesario entender la naturaleza de dichos instrumentos, sino también su valor jurídico en Ecuador.

Para definir entonces la naturaleza de dichos instrumentos es necesario tener presente su origen. El Ecuador, al igual que otros Estados americanos, es parte del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, en tanto ha ratificado la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA)⁶ en la década del 50, y la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH)⁷ en la década del 70, tratado que creó la Corte IDH⁸.

La Corte IDH, creada en la CADH y por disposición convencional, tiene dos competencias⁹. La primera,

la contenciosa, se ejerce en los casos contenciosos de conflicto que llegan a su conocimiento, que se resuelven mediante la expedición de sentencias¹⁰. Y la segunda, la consultiva, se ejerce mediante la emisión de las solicitudes de opinión, en cuya respuesta, la Corte IDH realiza fundamentalmente ejercicios interpretativos de la CADH, por ser su auténtico intérprete¹¹. Esta última competencia se activa a partir de las peticiones realizadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) o de los Estados parte, con fundamento en el artículo 64.1 de la CADH.

En ese sentido, la Corte IDH ha ido construyendo una fuerte línea jurisprudencial en la que ha sostenido la fuerza vinculante de las opiniones consultivas para los Estados integrantes del sistema. Por ejemplo, ha sostenido que, al momento en que los jueces realizan un control de convencionalidad, lo deben hacer respecto no solo de la CADH, sino de las interpretaciones que la Corte IDH ha realizado de ésta¹².

De igual forma, en su opinión consultiva OC-21/14 ratificó que las interpretaciones de la Convención contenidas en las opiniones consultivas vinculan a

6 CIDH, Carta de la OEA, fecha de ratificación 12/21/50 y fecha de depósito 12/28/50. Ver en: <https://www.cidh.oas.org/Basicos/Spanish/CartaOEArat.htm> (Consulta realizada el 28 de abril de 2019).

7 OEA, CADH, fecha de ratificación el 12/08/77 y fecha de depósito 12/28/77. Ver en: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm (Consulta realizada el 28 de abril de 2019).

8 CADH, artículos 52 y siguientes.

9 CADH, artículos 61 y 64.

10 CADH, artículo 62.

11 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-24/17, párrafo 16; Opinión Consultiva OC-21/14, párrafo 19; Opinión Consultiva OC-22/16, párrafo 16. Jurisprudencia de casos contenciosos como la sentencia del *Caso Chinchilla Sandoval y otros Vs. Guatemala, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de febrero de 2016, Serie C No. 312, párrafo 242.

12 Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párrafo 124.

los Estados que han ratificado la CADH¹³. Todo este proceder halla su sustento en uno de los principios fundantes del Derecho Internacional, el principio del *pacta sunt servanda*¹⁴, por el que los Estados deben observar de buena fe sus obligaciones internacionales adquiridas mediante la ratificación de convenios internacionales.

Por lo tanto, Ecuador tiene la obligación internacional de cumplir con los compromisos adquiridos al ratificar la CADH y de las interpretaciones auténticas que se han generado de dicho tratado, en este caso mediante las opiniones consultivas y las sentencias emanadas de la Corte IDH.

En definitiva, las interpretaciones contenidas en las Opiniones Consultivas de la Corte IDH son, en sentido estricto, parte de la CADH, y si se inobservaran, el Estado incumpliría obligaciones internacionales, incurriría en responsabilidad internacional y tendría que soportar las condenas fijadas a este nivel.

De su parte, la Constitución ecuatoriana ha dado un valor jurídico a los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos y los ha incorporado como *parte integral* de su texto. El artículo 11, en su N° 3¹⁵, establece la aplicación directa e inmediata de los derechos contenidos no únicamente en la Constitución, sino también de aquellos que se encuentran en los instrumentos internacionales de

derechos humanos. De igual forma, en el N° 7 del mismo artículo, consta la cláusula que incorpora a la Constitución dichos instrumentos y que corresponde la estipulación del artículo 426¹⁶.

Entonces, la CADH y sus interpretaciones, ya sean estas realizadas mediante las sentencias o las opiniones consultivas de la Corte IDH, son parte de estos instrumentos internacionales de protección de derechos humanos; ya que son, en sentido estricto, un tratado internacional en materia de derechos humanos ratificado por el Ecuador y, por lo tanto, *son parte de la Constitución ecuatoriana* y deben aplicarse a nivel interno, afirmación que más adelante será debidamente sustentada.

En consecuencia, no se aplican sin más directamente las opiniones consultivas –en el caso del matrimonio igualitario, la opinión OC-24/17– sino la CADH –en el matrimonio, el artículo 17. 2 de la CADH interpretado por aquella–. Por tal razón, se disuelve el debate en torno a si las opiniones consultivas son o no vinculantes para el Estado ecuatoriano, dado que no está en discusión la fuerza vinculante para el Ecuador de la CADH, con sus interpretaciones.

En definitiva, el Estado ecuatoriano tiene la obligación de aplicar la CADH y observar las interpretaciones realizadas de dicho texto por la Corte IDH, afirmación que afortunadamente ya había sido recogida por

13 IDH, Opinión Consultiva OC-21, párrafo 31: “[...] Es por tal razón que estima necesario que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad²³, también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es, “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos”. A su vez, a partir de la norma convencional interpretada a través de la emisión de una opinión consultiva, todos los órganos de los Estados Miembros de la OEA, incluyendo a los que no son Parte de la Convención pero que se han obligado a respetar los derechos humanos [...] cuentan con una fuente que, [...] contribuye [...] a lograr el eficaz respeto y garantía de los derechos humanos.”

14 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, artículo 26: “*Pacta sunt servanda*”: “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.”

15 Ecuador, Constitución de la República:

“Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley.

Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.”

16 Ecuador, Constitución de la República:

Art. 426.- “Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución.

Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente.

Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos”.

la Corte Constitucional en el año 2018, dentro de la sentencia 184-18-SEP-CC¹⁷.

Por este motivo, en adelante, al referirnos a la CADH, se lo hace en este sentido completo, no limitado a la literalidad de su texto, sino que incluye las razones expuestas en las interpretaciones de la Corte IDH.

A continuación, proponemos los fundamentos de la fuerza normativa y vinculante que la Constitución ha fijado para los instrumentos internacionales de derechos humanos y los retos que devienen a partir de la reciente jurisprudencia de la Corte Constitucional en torno al reconocimiento del matrimonio de las parejas del mismo sexo.

EL VALOR JURÍDICO DE LA CADH EN EL ECUADOR

En primer lugar, existen varios elementos que pueden ser analizados al momento de observar el valor jurídico de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos al interior de los Estados, como, por ejemplo, su legitimidad, la fuerza normativa que en las Constituciones se les da, las garantías jurisdiccionales en torno a su aplicación, los mecanismos para verificar su aplicación. Sin embargo, por el alcance de este trabajo, no se profundizará en cada uno de estos factores, razón por la cual se abordará directamente *la fuerza normativa* que tienen en el Ecuador.

Por un lado, el llamado *control de convencionalidad*, si bien no está referido en sentido literal en la CADH, fue construido por la Corte IDH en ejercicio de su facultad de máximo intérprete de la CADH, al amparo de varias disposiciones establecidas en su texto y el de otros tratados internacionales. La Corte IDH ha dejado sentado que el control de convencionalidad tiene que realizarlo todas las autoridades del Estado, entre las que se encuentra el poder judicial¹⁸. Deben hacerlo de oficio¹⁹, y generar a la vez la prohibición de aplicar disposiciones normativas que sean contrarias a la CADH y a la interpretación que de dicho texto ha realizado la Corte IDH mediante las opiniones consultivas y sentencias²⁰.

Por otra parte, la Constitución ecuatoriana, en varias de sus disposiciones, por ejemplo, en los artículos 11 (numerales 3 y 7), 426 y 428, ha dado fuerza y valor normativo de Constitución a los instrumentos internacionales de derechos humanos. En efecto, la expresa disposición de su aplicación inmediata y la constitucionalización del principio de favorabilidad por el que, frente a un reconocimiento más favorable a los derechos humanos por un tratado internacional, este deberá prevalecer por sobre el texto de la Constitución²¹, lleva a la conclusión de que los instrumentos de derechos humanos en el Ecuador *son Constitución* y, en caso de contener derechos más favorables a los establecidos en el texto de la Constitución en sentido estricto, *prevalecerán*.

Lo antes dicho deja claro que en el Estado ecuatoriano ya no es necesario siquiera referirse a una obligación de hacer un control de convencionalidad, o mencionar la garantía del bloque de constitucionalidad pues, los instrumentos internacionales de derechos humanos, y entre estos la CADH y las interpretaciones que sobre esta ha realizado la Corte IDH, forman parte de un concepto de *Constitución material*.

Si los instrumentos internacionales de derechos humanos son Constitución material en el Ecuador, es

17 Ecuador, Corte Constitucional, sentencia 184-18-SEP-CC, página 58.

"[...]En este sentido, la Corte Interamericana en la Opinión Consultiva OC 24/17, instrumento internacional que, por expresa disposición del artículo 424 del Constitución de la República y por constituir interpretación oficial del órgano interamericano encargado de determinar el sentido y alcance de las disposiciones convencionales relacionadas con la protección de derechos humanos, se entiende adherido si texto constitucional y es de aplicación directa, inmediata y preferente en tanto su contenido sea más favorable [...]"

18 Corte IDH, Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011, párrafo 239.

19 Corte IDH, Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006, párrafo 128.

20 Corte IDH, Caso Almonacid Arellano vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. párrafo 124.

21 Ecuador, Asamblea Nacional Constituyente, Constitución de la República, en Registro Oficial N° 449 (Quito, 20 de octubre, 2008), artículo 424 inciso segundo.

evidente que la garantía del control de constitucionalidad *trae implícita la realización de un control de convencionalidad*, y por ende el cumplimiento de la obligación internacional de hacer un control de normas internas del Estado a partir de lo establecido en la CADH y sus interpretaciones, como parte fundamental del parámetro para realizar dicho control.

En razón de lo antes mencionado, en Ecuador se puede presentar incluso demandas de inconstitucionalidad de disposiciones domésticas que contravengan lo establecido en la CADH y sus interpretaciones, o en otros instrumentos internacionales de derechos humanos. De igual forma se puede realizar consultas de normas a la Corte Constitucional respecto de la compatibilidad de disposiciones internas con los instrumentos, e incluso se puede activar garantías jurisdiccionales en función de la vulneración a derechos contenidos en dichos instrumentos. Vale decir que en Ecuador existen garantías normativas o abstractas dirigidas a los poderes públicos en torno a estos instrumentos internacionales y, en caso de vulneración de derechos que se desprendan de aquellos, está asegurada su reparación integral mediante la activación de las garantías reactivas²².

En definitiva, la fuerza vinculante de estos instrumentos internacionales de derechos humanos se ve reflejada en la existencia de su garantía normativa y jurisdiccional a partir de la propia Constitución.

Ahora bien, en coherencia con lo expuesto, cabe reflexionar brevemente sobre la configuración del control de constitucionalidad en el Ecuador y tener presente que, para cumplir con la obligación estatal de realizar un control de convencionalidad difuso –pues los estándares interamericanos compelen a todas las autoridades a hacerlo–, a nuestro criterio, es necesario que el modelo de control constitucional sea mixto, cosa que no está claramente definida la Constitución

ecuatoriana. No obstante, la Corte Constitucional eliminó la posibilidad de un control mixto años atrás en sus sentencias 055-10-SEP-CC²³, 001-13-SCN-CC²⁴, 30-13-SCN-CC²⁵, 34-13-SCN-CC²⁶, pues estableció que, en Ecuador, existe únicamente un control concentrado de constitucionalidad. De este modo, queda vedado para los jueces ordinarios la in-aplicación de disposiciones infra-constitucionales bajo prevenciones de destitución y, entonces, el único procedimiento viable sería la consulta de constitucionalidad²⁷. En efecto, ante una duda razonable respecto de la constitucionalidad de una disposición infra-constitucional, se debe suspender el proceso que sea y elevar en consulta a la Corte Constitucional para que dirima sobre su constitucionalidad, luego de cumplir con una serie de requisitos que van asociados a la motivación de la consulta²⁸.

Entonces, se podría afirmar que la sola existencia de un control concentrado de constitucionalidad impide a todos los jueces del Estado hacer un control difuso de convencionalidad y, por lo tanto, se podría generar el incumplimiento de la obligación internacional de realizar dicho control. Así, sería menester analizar si la sola cuestión de constitucionalidad como está diseñada es suficiente para tener por cumplida dicha obligación.

Ahora bien, está claro que los instrumentos internacionales de derechos humanos y entre estos, la CADH, *son* Constitución en Ecuador y deben ver garantizada su fuerza normativa. Un elemento importante para lograrlo es la configuración de un control mixto de constitucionalidad, del que se esperaba que el máximo intérprete de la Constitución, es decir la Corte Constitucional, pueda corregir los mencionados precedentes.

Frente a este escenario, antes de resolver la cuestión de fondo en el reconocimiento del matrimonio entre parejas del mismo sexo en el Ecuador, la Corte

22 Storini, Claudia. 2009. “Las Garantías Constitucionales de los Derechos Fundamentales en la Constitución Ecuatoriana de 2008”. En Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini (editores), *La Nueva Constitución del Ecuador*. Quito: Corporación Editora Nacional.

23 Ecuador, Corte Constitucional, *Sentencia N° 055-10-SEP-CC*.

24 Ecuador, Corte Constitucional, *Sentencia N° 001-13-SCN-CC*.

25 Ecuador, Corte Constitucional, *Sentencia N° 030-13-SCN-CC*.

26 Ecuador, Corte Constitucional, *Sentencia N° 034-13-SCN-CC*.

27 Ecuador, Constitución, artículo 428.

28 Los requisitos que jueces y juezas deben satisfacer para elevar en consulta una disposición infra constitucional los estableció la Corte Constitucional en la sentencia 001-13-SCN-CC.

Constitucional tuvo esta oportunidad para esclarecer el control de constitucionalidad vigente, pero no ocurrió así; pues, en la primera sentencia que hace dicho reconocimiento, la N.º 010-18-CN/19, al parecer se ratifica que, en Ecuador, existe un control concentrado de constitucionalidad, ya que la Corte sería la única que podría observar la constitucionalidad de las normas infra-constitucionales que restringían el matrimonio solo para las parejas de diferente sexo²⁹.

En cambio, en la segunda sentencia, la N.º 011-18-CN/19, la situación parece volverse aún más ambigua, pues establece que no es necesaria modificación alguna en el ordenamiento jurídico, ya que la opinión consultiva N.º OC-24/17 es de aplicación directa en el Ecuador por cualquier funcionario y, para llegar a tal afirmación, parece dejar sentado que, en Ecuador, sí existe un control difuso de constitucionalidad al rezar textualmente:

“290. Con lo dicho se pueden aclarar los equívocos enunciados. El juez u la jueza si tienen competencias para realizar control de constitucionalidad y convencionalidad, como cualquier otra autoridad pública en el ámbito de sus competencias. La Corte Constitucional es el máximo intérprete de la Constitución y sus interpretaciones tienen

carácter de precedente, que son normas jurídicas que tienen alcance general, abstracto y obligatorio, pero no puede ni debe ser considerado el único intérprete. Con relación a si un juez o jueza prevarica por inobservar una norma que considera inconstitucional y aplicar la Constitución, los operadores de justicia no prevarican³⁰.”

Como se lee en la cita anterior, la Corte Constitucional parece alejarse de los precedentes que señalaban la existencia de un control concentrado de constitucionalidad en Ecuador, situación que fue ratificada por la sentencia citada en el reconocimiento del matrimonio entre parejas del mismo sexo, sin siquiera hacer mención a estos precedentes, y mucho menos establecer una argumentación sólida que permita apartarse de ellos y sentar la existencia de un control difuso de constitucionalidad. Además, deja claro que, en Ecuador, los jueces no prevarican al inobservar una norma que consideran inconstitucional.

Así pues, en el Ecuador, el andamiaje de la jurisprudencia constitucional en torno al control de constitucionalidad es sumamente ambigua, pues no está claro el modelo que el Ecuador mantiene y la Corte Constitucional no ha sabido resolverlo, problema que sin duda será objeto de futuros trabajos.

EL ARTICULO 17 DE LA CADH Y LA CONSTITUCIÓN ECUATORIANA

A partir del reconocimiento del derecho a la protección de la familia en la CADH, en su artículo 17³¹, la Corte IDH ha dado contenido a dicha institución a partir de la interpretación de este artículo y ha

señalado que no existe un modelo único de familia, sino que dicho concepto abarca un significado muy amplio y plural en torno al control de constitucionalidad³². De hecho, en la opinión consultiva OC-24/17

29 Ecuador, Corte Constitucional, *Sentencia N° 010-18-CN/19*.

30 Ecuador, Corte Constitucional, *Sentencia N° 011-18-CN/19*, párrafo 290.

31 Artículo 17 de la CADH.

“Protección a la Familia

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.

3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.

5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.”

32 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-17/02, párrafo 69 y 70.

asienta la idea de que no hay un concepto taxativo de familia³³.

La Constitución ecuatoriana no es contraria a tal afirmación, pues el artículo 67 reconoce la familia en sus diversos tipos, y puede constituirse por diversos vínculos fácticos y jurídicos en los que bastaría observar la igualdad de derechos y oportunidades³⁴. La opinión consultiva OC-24/17 en mención llega, a partir de un criterio de interpretación evolutiva, a concluir que:

- "a) no se encuentra motivos para desconocer el vínculo familiar que parejas del mismo sexo pueden establecer por medio de relaciones afectivas;
- b) es obligación de los Estados reconocer estos vínculos familiares y protegerlos de acuerdo a la Convención;
- c) sería una distinción artificial afirmar que una pareja del mismo sexo no puede gozar de un vínculo familiar como lo podría hacer una pareja heterosexual;
- d) este reconocimiento no implica desmerecer otros vínculos familiares;
- e) este reconocimiento no implica apartarse de la intención inicial de los Estados que pactaron la Convención; por el contrario, dice la Corte que "reconocer este vínculo familiar el Tribunal se apega a dicha intención original" ya que "la Convención le confiere a los Estados y a la Corte la tarea de descubrir y proteger dichos alcances conforme al cambio de los tiempos";
- f) la protección del vínculo familiar de una pareja de personas del mismo sexo trasciende las cuestiones patrimoniales y se extiende a los derechos y obligaciones establecidos por las legislaciones nacionales que surgen de los vínculos familiares de parejas heterosexuales."³⁵

Ahora bien, respecto al matrimonio, la Corte IDH señala que "[...] si bien es cierto que éste de manera literal reconoce el "derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y fundar una familia", esa formulación no estaría planteando una definición restrictiva de cómo debe entenderse el matrimonio o cómo debe fundarse una familia. [...]"³⁶. Sumado a esto, establece que un trato diferente entre parejas de diferente sexo y parejas del mismo sexo respecto a la conformación de una familia, no supera un test de igualdad³⁷.

Si bien la Corte IDH establece que pueden existir obstáculos en el reconocimiento del matrimonio entre parejas del mismo sexo, esclareció que este argumento no basta para impedir su reconocimiento, y, por lo tanto, concluye que "Los Estados deben garantizar el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, para asegurar la protección de los todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin discriminación con respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales"³⁸.

La Corte Constitucional ecuatoriana, en las dos sentencias antes referidas –Nº 010-18-CN/19 y 011-18-CN/19–, con criterios diferentes y en algunos aspectos contradictorios –como el modelo de control constitucional–, llegaron a la misma conclusión: el reconocimiento del matrimonio para parejas del mismo sexo en Ecuador. En efecto, en la sentencia 010-18-CN/19, la Corte Constitucional estableció que la Constitución ecuatoriana no prohíbe el matrimonio entre parejas del mismo sexo y no impide al legislador instituirlo, sino que:

"El artículo 17.2 de la CADH, conforme a esta interpretación, incorpora en la Constitución ecuatoriana el derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo, entendido como el derecho a que el legislador instituya (es decir, haga posible y regule) para ellas el matrimonio, confiriéndoles -con ello- el poder jurídico de casarse"³⁹.

33 Corte IDH, Opinión Consultiva OC 24/17 del 24 de noviembre de 2017, párrafo 174.

34 Constitución, artículo 67, inciso primero.

35 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-24/17 párrafo 188-199.

36 Idem, párrafo 189.

37 Idem, párrafo 220.

38 Idem, párrafo 228.

39 Ecuador, Corte Constitucional, *Sentencia Nº 010-18-CN/19*, párrafo 85.

Así, en el marco de la consulta formulada para esta sentencia, acerca de si eran o no inconstitucionales los artículos 81 del Código Civil y 52 de la Ley de Gestión de la Identidad y Datos Civiles, se inconstitucional de la frase “procrear” y de “hombre y mujer” y se la sustituyó por “dos personas” en dichas disposiciones.

Por otro lado, en la sentencia 011-18-CN/19, se reconoció que el 17.2 de la CADH no se contrapone al texto del artículo 67 de la Constitución, sino que se complementan, razón por la cual no era necesario ningún cambio en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, ya que la opinión consultiva es de aplicación directa y más favorable en el Ecuador⁴⁰. Mientras, contrariamente, el voto de minoría sostuvo que, al realizarse la anterior interpretación, se estaría provocando una mutación constitucional; es decir, reformar la constitución y, a la vez, obviar los mecanismos de reforma previstos por ella. Textualmente la sentencia 011-18-CN/19 establece:

“149. En el caso del matrimonio, la Constitución reconoce el derecho al matrimonio a las parejas heterosexuales y, por el bloque de constitucionalidad. También reconoce el derecho al matrimonio de parejas del mismo sexo por la interpretación autorizada de la Corte IDH a los artículos 1, 2, 11(2), 17 y 24 de la CADH, desarrollada en la Opinión Consultiva OC24/17. La contradicción entre los dos textos normativos es, pues, un falso dilema.”⁴¹

En todo caso, pese a las diferentes vías de interpretación empleadas por las dos sentencias de la Corte

Constitucional para reconocer el matrimonio para parejas del mismo sexo en Ecuador, quedó claro que el artículo 17.2 de la Convención goza de jerarquía constitucional como el artículo 67 de la Constitución y, en consecuencia, se resolvió la aparente antinomia que se había planteado a favor de las parejas del mismo sexo.

Esta situación legal se explica, además, por la validez material de la Constitución, como una propiedad que depende del contenido de la norma, y que, en el caso del matrimonio, debía ser coherente con los derechos garantizados en el artículo 17.2 de la Convención.

En ese sentido, no se alteró la supremacía de la Constitución, como equivocadamente sostenían algunos detractores del reconocimiento del matrimonio para parejas del mismo sexo, ya que esta supremacía está condicionada al cumplimiento de dos requisitos. El primero es que los actos del constituyente se encuentran siempre controlados por los derechos humanos; los cuales, al igual que la Constitución, son axiológicamente supremos. Y, el segundo se refiere a que una norma constitucional puede ceder en su aplicación frente a una norma internacional sobre derechos humanos, si ésta ofrece una mayor protección del derecho en cuestión según el principio establecido por la Constitución en su artículo 424.

En consecuencia, el reconocimiento del contenido del artículo 17.2 CADH sobre el matrimonio para parejas del mismo sexo en Ecuador no solo no alteró la supremacía de la Constitución, sino que la reforzó en su validez material.

A MODO DE CONCLUSIÓN

La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos se hallan en un mismo nivel jerárquico, y quedan por tanto *ipso facto* incorporados al ordenamiento jurídico a nivel constitucional. Sin embargo, desde el punto de vista material, el inciso 2° del artículo 424 de la Constitución establece que:

“los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público”. En consecuencia, la Constitución puede ceder ante un tratado internacional que, en el caso

⁴⁰ Ecuador, Corte Constitucional, *Sentencia N° 011-18-CN/19*, 149.

⁴¹ Subrayado de los autores.

concreto, otorgue mayor protección a los derechos de la persona.

En este sentido, desde su posición privilegiada, los derechos humanos garantizados a nivel internacional determinan la validez de los actos del Constituyente y de las demás fuentes formales de producción normativa. Por consiguiente, a más de reconocer que la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, hay que tener presente la diferencia existente entre validez formal y material.

La validez formal de una disposición depende del cumplimiento de las condiciones formales o procedimentales de su producción, mientras que la validez material se determina exclusivamente en razón de su contenido⁴².

Así que, en caso de un conflicto entre dos normas (una constitucional y otra internacional) sobre derechos humanos, cuál debe prevalecer es un asunto que dependerá de la ponderación de las razones subyacentes a la luz del principio de favorabilidad.

En este sentido, no cabe duda que el artículo 67 de la Constitución, materialmente debería dar paso al contenido del artículo 17.2 de la CADH y, por tanto, fue acertado que la Corte Constitucional no provoque una indeseable mutación constitucional para reconocer el

matrimonio a parejas del mismo sexo, pues esta norma convencional es Constitución material.

Si bien el Ecuador dio un importante paso para garantizar que una de las formas de constitución de la familia –a través del matrimonio– no esté restringida solo a las parejas heterosexuales, la cláusula de igualdad y no discriminación, así como el contenido del artículo 17.2 de la CADH interpretado en la Opinión Consultiva OC-24/17, también deben aplicarse al cúmulo de derechos y oportunidades que se derivan de la protección familiar.

Desde la perspectiva de la supremacía constitucional en su sentido material, no basta con garantizar el acceso a diferentes formas de constitución de una familia. El Ecuador, bajo la premisa de su responsabilidad internacional, debería adoptar todas las medidas para garantizar el pleno disfrute de los derechos derivados de la protección familiar, como son las medidas de seguridad social, salud y filiación, en las que se incluyen las posibilidades de adopción, custodia, etc., para todas las personas.

De igual forma, se espera que la Corte Constitucional resuelva, a través de su jurisprudencia, de forma clara y coherente, el modelo de control constitucional que más favorezca la protección efectiva para el pleno ejercicio de todos los derechos de todas las familias en Ecuador.

42 Guastini distingue entre validez formal y material: la validez formal de una disposición depende de la validez del acto normativo del cual ha sido producida; mientras la validez material de una disposición depende de la validez de las normas que de la misma pueden obtenerse mediante interpretación. Se dice que una disposición es válida desde el punto de vista formal cuando ha sido producida mediante un acto normativo formalmente válido. En otros términos, las condiciones de validez formal de una disposición se resuelven en las condiciones de validez del acto normativo por medio del cual, dicha disposición ha sido producida (conformidad a las metas normas sobre la producción jurídica, concretamente las de competencia y de procedimiento, no de la disposición misma sino, del acto normativo). Una disposición normativa es válida desde el punto de vista material cuando las normas (explícitas) que de la misma pueden obtenerse son materialmente válidas. La relación entre los criterios de validez formal y material es la siguiente. La validez formal es una condición ni suficiente ni necesaria de la validez material. De un lado, la validez formal no es condición suficiente de la validez de una norma. En otros términos, una norma explícita puede ser válida desde el punto de vista formal e inválida desde el punto de vista material. Entre los dos criterios de validez se da la siguiente relación: en caso de conflicto entre ellos el criterio material prevalece sobre el formal. En otros términos: si una norma (explícita) es válida desde el punto de vista formal, pero, al mismo tiempo, inválida desde el punto de vista material, es considerada *tout court* inválida. La validez formal es una validez “débil” mientras la validez material es “fuerte” (Guastini 1989: 877).

BIBLIOGRAFÍA

- Alarcón, Pablo. 2018. *Una metodología comparativa crítica aplicada al sistema constitucional ecuatoriano*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, CEP.
- Bobbio, Norberto. 1960. *Teoria dell'ordinamento giuridico*. Torino: Giappichelli Editore.
- Bobbio, Norberto. 2009. *Teoría generale del diritto*. Torino: Giappichelli Editore.
- Cabra Apalategui, José Manuel. 1978. “¿Antinomias constitucionales? Una concepción coherentista de las normas de derecho fundamental”. Uscanga Barradas, Abril y Jesús Aquilino Fernández, *Derechos y obligaciones en el estado de derecho: actas del III Coloquio Binacional México-España*. Oviedo: Universidad de Oviedo-UNAM. 257-71.
- Guastini, Riccardo. 1989. “Concetti e criteri di validità”. En *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 4.
- Guerra, Marcelo. 2016. “El Control de Convencionalidad. Una Mirada a Partir de los Estándares de la Corte IDH y sus Problemas de Aplicación en Ecuador”. En *Cálamo*, Revista de Estudios Jurídicos N.º 5. Quito: Universidad de las Américas.
- Iturralde Sesma Victoria. 1987. “Una aproximación al tema de las antinomias normativas: problemas relativos a la identificación de las mismas”. *Anuario de filosofía del derecho*, n. 4. 331-54.
- Nikken Pedro. 2018. “La Función Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, <https://nidh.com.br/wp-content/uploads/2018/06/5.-Pedro-Nikken-Fun%C3%A7%C3%A3o-consultiva.pdf> (Consulta 27-IV-2019).
- Storini, Claudia. 2009. “Las Garantías Constitucionales de los Derechos Fundamentales en la Constitución Ecuatoriana de 2008”. En Andrade, Santiago, Grijalva, Agustín y Claudia Storini (editores). *La Nueva Constitución del Ecuador*. Quito: Corporación Editora Nacional.
- Normas**
- Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial N° 449 (Quito, 20-X-2008).
- Convención Americana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica 7 al 22-XI-1969. Entró en vigor el 18-VII-1978.
- Jurisprudencia**
- Ecuador, Corte Constitucional, Sentencia N° 55-10-SEP-CC.
- Ecuador, Corte Constitucional, Sentencia N° 001-13-SCN-CC.
- Ecuador, Corte Constitucional, Sentencia N° 030-13-SCN-CC.
- Ecuador, Corte Constitucional, Sentencia N° 034-13-SCN-CC.
- Ecuador, Corte Constitucional, Sentencia N° 010-18-CN/19.
- Ecuador, Corte Constitucional, Sentencia N° 011-18-CN/19.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24-II-2011.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24-XI-2006.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Almonacid Arellano vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26-IX-2006.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Chinchilla Sandoval y otros Vs. Guatemala, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29-II-2016.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, de 24-II-2012.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Fornerón e hija Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27-IV-2012.
- Corte IDH, El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1-X-1999.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Condición jurídica y derechos humanos del niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28-VIII-2002.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-24/17 de 24-XI-2017.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19-VIII-2014.

MATRIMONIO IGUALITARIO EN ECUADOR Argumentos en torno a su reconocimiento

SAME –SEX MARRIAGE IN ECUADOR Arguments Surrounding its Recognition

CASAMENTO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO NO EQUADOR. Argumentos ao redor do seu reconhecimento

*Mauricio Maldonado**, *Juan José Alencastro*** y *Christian Gallo****

Recibido: 20/10/2019

Aprobado: 10/12/2019

Resumen

Podría argüirse que exista un conflicto normativo entre el art. 67 de la Constitución del Ecuador y la Opinión Consultiva 24/17 de la Corte IDH. En tal sentido, se volvería menester identificar argumentos que permitiesen la solución de dicha antinomia. Para lograrlo, en este artículo se analizan distintos asuntos, tanto desde la óptica del Derecho constitucional como desde la teoría de la interpretación. Ellos son: la interpretación más favorable o la efectiva vigencia de los derechos, el valor jurídico de las Opiniones Consultivas a la luz del control de convencionalidad y la necesidad o no de una reforma constitucional para la solución del problema. Se concluye que existen suficientes argumentos para privilegiar la interpretación dada por la Corte IDH en su Opinión Consultiva, sin necesidad, por ende, de que se realice una reforma constitucional.

Palabras clave: Control de convencionalidad; Interpretación; Antinomias; Pro persona; Igualdad; Libertad.

Summary

It could be argued that there is a normative conflict between art. 67 of the Constitution of Ecuador and the

Advisory Opinion 24/17 of the IACtHR. In that sense, it will be necessary to identify technical arguments that would allow the solution of said antinomy. For this purpose, this article analyzes different issues, both from a Constitutional Law and from theory of interpretation perspectives: such as the most favorable interpretation of the effective validity of rights; the legal value of the Advisory Opinions in light of the conventionality control; and, the need for a constitutional reform for the solution of the antinomy. This paper concludes that there are sufficient arguments to prefer the interpretation given by the IACtHR in its Advisory Opinion, without the need for a constitutional reform.

Key words: Conventionality control; Interpretation; Antinomies; Pro persona; Equality; Freedom.

Resumo

Poderia argüirse que existe um conflito normativo entre o art. 67 da Constituição do Equador e a opinião consultiva 24/17 da Corte IDH. Nesse sentido, torna-se necessário identificar os argumentos que permitissem a solução dessa antinomia. Para isso, neste artigo se analisam distintas questões, desde a ótica do direito constitucional

* Mauricio Maldonado es profesor del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Tiene un PhD en Filosofía del Derecho, por la Università degli Studi di Genova. Correo electrónico: mmaldonadom@usfq.edu.ec

** Juan José Alencastro es profesor de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador y de la Facultad de Relaciones Internacionales de la Universidad de Las Américas. Tiene un Master (LLM) en Crimen y Justicia Internacional, por la Università degli Studi di Torino. Correo electrónico: jjalencastro@gmail.com

*** Christian Gallo es profesor de las Facultades de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador y de la Universidad de Las Américas. Tiene un Master en Derecho Penal y Ciencias Penales, por la Universitat de Barcelona – Universitat Pompeu Fabra. Correo electrónico: cjgallom@gmail.com

como desde a teoria da interpretação, tais como a mais favorável ou a efetiva vigência dos direitos, ou valor jurídico das opiniões à luz do controle de convencionalidade e a necessidade ou não de uma reforma constitucional para a solução do problema, concluindo que existiam suficientes argumentos para privilegiar a interpretação dada pela Corte

em sua opinião consultiva, sem necessidade, portanto, de que se realize uma reforma constitucional.

Palavras chave: Controle de convencionalidade; Interpretação; Antinomias; Melhor proteção aos direitos da pessoa; Igualdade; Liberdade.

Solté todo el resentimiento que sentía hacia mis padres por haber castigado de un modo tan cruel al muchacho y, mientras hablaba, me di cuenta de que había sido tan obtuso que hasta ese preciso momento, cuando le confiaba a aquella persona apenas conocida detalles y sentimientos que no le había revelado ni siquiera a mi mujer, había concentrado mi resquemor en la actitud de mis padres porque en realidad me había estado escamoteando el verdadero origen de lo ocurrido: la persistencia de una homofobia institucionalizada, de un fundamentalismo ideológico extendido, que rechazaba y reprimía lo diferente y se cebaba en los más vulnerables, en quienes no se ajustasen a los cánones de la ortodoxia.

Leonardo Padura, *El hombre que amaba a los perros*

“Though nothing / Will drive them away / We can beat them / Just for one day”.

David Bowie, *Heroes*

INTRODUCCIÓN

Hace algunos meses, la Corte Constitucional del Ecuador debió, en aplicación del artículo 428 de la Constitución ecuatoriana, resolver una consulta relativa al matrimonio igualitario y a la posibilidad de que este sea reconocido por parte de las autoridades nacionales en función del principio de convencionalidad. En tal sentido, dicha Corte analizó la posible existencia de un conflicto normativo (antinomía) entre las disposiciones del ordenamiento jurídico ecuatoriano

y las disposiciones del ordenamiento interamericano, a la luz del contenido de la Opinión Consultiva 24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En tal sentido, este artículo pretende introducir ciertos argumentos que respaldan la decisión de que el matrimonio igualitario se haya reconocido en el Ecuador, muchos de los cuales se presentaron en su momento a la Corte Constitucional a través de un *amicus curiae* firmado por los autores.

EL (POSIBLE) CONFLICTO NORMATIVO EN TORNO AL MATRIMONIO IGUALITARIO Y SUS POSIBLES SOLUCIONES

Desde cierto punto de vista, la Corte Constitucional del Ecuador –a efectos de decidir qué interpretación debía darse a las normas constitucionales– debía, al menos en principio, resolver un conflicto normativo entre la Opinión Consultiva 24/17 (en adelante, OC-24/17) relativa a la identidad de género, igualdad y no discriminación a parejas del

mismo sexo, y el artículo 67 de la Constitución del Ecuador. El problema principal surgió porque, en el derecho positivo ecuatoriano vigente, el matrimonio igualitario no consta como un derecho expresamente reconocido, ni menos aún un derecho protegido. Se argüía, en este sentido, que, visto que el artículo 67 de la Constitución define al matrimonio como “la unión

entre hombre y mujer”, no estaría permitido el matrimonio entre personas del mismo sexo. Sin embargo, en su momento, la OC-24/17 se pronunció en sentido contrario, cuando señaló que la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (en adelante CADH) ampara un significado amplio de matrimonio que incluye también al matrimonio igualitario. Esta es una reconstrucción posible del problema; aunque, como veremos más adelante, no es la única.

Pues bien, así establecida la cuestión a resolver, resultaría que nos encontramos frente a un conflicto normativo (una antinomia). Vistas como *normas definitorias*, las antinomias se producen entre “enunciados jurídicos (que no poseen una modalización deóntica)” (Agüero 2015, 31), en donde tenemos dos definiciones –una convencional, otra constitucional– acerca del matrimonio. Cabe de inicio una digresión: ¿por qué decimos que se trata de una “definición convencional”? Como se sabe, en la teoría de la interpretación se distinguen, en general, dos “objetos jurídicos” diversos: las *disposiciones* y las *normas* (en sentido técnico). Las disposiciones son los textos normativos –todavía no interpretados– formulados en sede legislativa (*lato sensu*), mientras que las *normas* son los textos ya interpretados, es decir, los significados atribuidos a las disposiciones (particularmente por quienes, amparados por normas de competencia interpretativa, poseen tal poder jurídico). En último término, en el marco de un determinado sistema, los significados (*normas* en sentido técnico) vinculantes son aquellos atribuidos por los “intérpretes auténticos”, aquellos que, según las normas de un sistema dado, tienen el “poder” de decidir cuál es el significado jurídico “autorizado”, “vinculante”, “último”, de determinados cuerpos normativos: la Corte Constitucional para el caso de la Constitución, y la Corte IDH para el caso de la CADH. Es decir que la Constitución, en cuanto “derecho constitucional”, por ejemplo, no es solo su texto y no se limita al conjunto de disposiciones que llamamos generalmente “constitución documental” o “código constitucional”, sino que incluye también a los significados atribuidos por los intérpretes auténticos de dichos textos (Celano 2009, 25 ss.; Bobbio 1971, 268 ss.; Maldonado Muñoz 2018, 78 ss.). El “derecho” –como ha señalado repetidamente Guastini– solo en un sentido impreciso denota un conjunto de

disposiciones, de textos normativos. En realidad, en un sentido más preciso, el “derecho” se refiere al *contenido preceptivo o normativo* de las disposiciones, a sus *significados* (Guastini 2014, 23-38). De la misma manera, la CADH (en cuanto “derecho convencional”) no se agota en el texto de la Convención, sino que incluye a los significados (normas en sentido técnico) que a ella le ha atribuido su intérprete auténtico: la Corte IDH. Nótese que, como ha demostrado la teoría de la interpretación, en el ámbito de la aplicación del Derecho, juristas y jueces-zas aplican, *stricto sensu*, las normas en sentido técnico, no las disposiciones. Sin una interpretación previa, la aplicación no es posible (Guastini 2016, 41). En consecuencia, deberemos acordar que la definición convencional del matrimonio se halla en una de las interpretaciones realizadas por la Corte IDH, concretamente, la de la OC-24/17.

Pues bien, la antinomia así reconstruida presupone que las dos definiciones (constitucional y convencional) están en conflicto, que son incompatibles y, que la aplicación de una de ellas impediría la aplicación de la otra. Esta parecía ser, en efecto, la interpretación que habían “aceptado” los aplicadores del derecho con relación al artículo 67 de la Constitución –y otras normas “secundarias”, como la del artículo 81 del Código Civil– razón por la cual, de modo general, se habían negado a permitir que personas del mismo sexo contraigan matrimonio. Otra hipótesis interpretativa consiste en entender que tanto la Constitución como la CADH incluyen, no ya *normas definitorias*, sino *normas con calificación deóntica*; vale decir: normas del tipo “X está permitido”, “Y está prohibido”, “Z es obligatorio” (Guastini 1995, 437-450). Así pues, deberíamos entender que la antinomia se produciría, en esta segunda hipótesis, entre dos normas con calificación deóntica (una constitucional, una convencional): la primera, que *prohíbe* el matrimonio igualitario; la segunda, que lo *permite*².

Ahora bien, la Constitución prevé la posibilidad de que se presenten conflictos o antinomias de este tipo; dicha posibilidad está implícita en el artículo 424, en la medida en que en él se prevé un *criterio de solución* para los casos en que una norma constitucional y una norma de un tratado de derechos humanos entren en conflicto. Decimos que está implícito porque una

cuestión es identificar una antinomia y otra identificar los criterios de solución aplicables a ella (Bobbio 2011). Si la Constitución prevé un criterio de solución, entonces asume necesariamente la posibilidad de que se presenten antinomias entre su texto y las disposiciones de los tratados de derechos humanos. En términos de nuestro sistema jurídico (visto el 2.º inciso del artículo 424 de la Constitución), podríamos decir que –admitida la reconstrucción planteada– se daba una antinomia total entre una *norma expresa* de la Constitución (definitoria o con calificación deóntica) y una *norma inexpressa* (implícitamente reconocida por el propio artículo 424, y así interpretada por el intérprete auténtico de la CADH). Una vez aceptado el conflicto, debemos admitir que la propia Constitución señala también cómo ha de ser resuelto. Al respecto, dos cuestiones deben remarcar: (1) tanto la Constitución (art. 11 N.º 5) como la Convención (art. 29) reconocen el principio *pro persona* como un criterio de solución cuando se encuentra de por medio el reconocimiento o la protección de un derecho; y, (2) la Corte Constitucional debe observar el “control de convencionalidad” (Bazán 2012, 17). Este planteamiento –en términos simples– supone asumir que las interpretaciones que realice la Corte IDH respecto de la CADH son *interpretaciones precedentes*, en base a las cuales la Corte Constitucional debe fallar.

Pro persona, interpretación más favorable, igualdad y libertad

El principio *pro persona* ya señalado, en este caso nos conduce a otros dos principios³: (1) el de igualdad (arts. 11 N.º 2 y 66 N.º 4 de la Constitución y arts. 1 N.º 1 y 24 de la CADH); y, (2) el de libertad (art. 66 de la Constitución y art. 1, N.º 1 de la CADH, con sus desarrollos ulteriores en el articulado y la jurisprudencia) o, más en concreto, el libre desarrollo de la personalidad (art. 66 N.º 5 de la Constitución y, en sentido amplio, el art. 3 de la CADH). ¿Por qué? Ya que la Constitución señala que ha de darse preferencia a los tratados de derechos humanos “que reconozcan derechos más favorables que la Constitución” (art. 424), lo mismo que el artículo 11 N.º 5, que estipula que, en materia de derechos fundamentales, ha de preferirse “la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia”, requerimos de un aparato

argumentativo que nos permita decidir qué podemos considerar “más favorable”. Admitida la existencia de una antinomia y de un criterio para su solución, corresponde determinar en favor de qué norma ha de aplicarse este criterio.

Si consideramos los principios planteados, veremos que, por un lado, el principio de igualdad puede servir de fundamento argumentativo para señalar que, en materia de libertades (y el matrimonio es una libertad), ha de privilegiarse la *permisión* y no la *prohibición*. Efectivamente, la prohibición del matrimonio igualitario impedía a las personas del mismo sexo contraer matrimonio, mientras que la *permisión* de este en nada disminuye el derecho de las parejas de distinto sexo a casarse. En otras palabras, permitiendo el matrimonio igualitario en nada se disminuye el derecho, ya reconocido y protegido, de las parejas del mismo sexo a contraerlo; mientras que, al prohibirlo, se deja fuera a un grupo importante (en términos estrictos, no solo a las parejas del mismo sexo, sino a toda la comunidad LGBTI). La “igualdad en derechos”, en este segundo caso, no resulta protegida, sino, por el contrario, desamparada; adicionalmente por una razón basada en las orientaciones sexuales de las personas. Una exclusión que muchos individuos consideran como un verdadero “castigo” que se basa, no en lo que tales individuos *han hecho*, sino en lo que *son* (Ferrajoli 1995). Su orientación sexual –que conforme al artículo 11 N.º 4 de la Constitución no puede usarse como un elemento de discriminación– era usada para no otorgarles los mismos derechos en las mismas condiciones. Se asumía, desde una perspectiva moralizada, que son ciudadanos y ciudadanas *de segunda*, constreñidos a no ser reconocidos al mismo nivel que los demás, únicamente por su orientación sexual.

Aunque los casos sean diferentes, resulta interesante ver que el principio que señala que, en un *Estado constitucional de Derecho* nadie puede afrontar una carga desigual por lo que *es* (no por lo que *ha hecho*), puede encontrarse también en la jurisprudencia interamericana y comparada. Piénsese, por ejemplo., en *Fermín Ramírez contra Guatemala* (2005), seguido, verbigracia, por el fallo *Gramajo* (2006) de la Corte Suprema de la Nación Argentina, en donde esta última Corte señaló:

“En un Estado, que se proclama de derecho y tiene como premisa el principio republicano de gobierno, la constitución no puede admitir que el propio Estado se arrogue la potestad –sobrehumana– de juzgar la existencia misma de la persona, su proyecto de vida y la realización del mismo, sin que importe a través de qué mecanismo pretenda hacerlo”.

Esta tesis nos da pie para pasar al segundo principio, el de libertad y, más concretamente, el de libre desarrollo de la personalidad. En efecto, el artículo 66 N° 5 de la Constitución reconoce el derecho a que las personas puedan desarrollar libremente su personalidad. Es decir, en los términos contexto-dependientes de una democracia liberal-igualitaria, aquello que ampara que las personas puedan elegir libremente su proyecto de vida, el que mejor se ajuste a sus preferencias personales. Lo contrario presupone admitir la existencia de un modelo *perfeccionista* de Estado, es decir, aquel que busca que sus instituciones protejan “un ideal de excelencia humana”. Bajo este presupuesto, no es la persona la que, racionalmente y libre de presiones coercitivas, puede tomar libremente las decisiones que le hacen feliz, las que materializan su bien, sino que es el Estado –que, en este caso, actúa como *Parens Patriae*, al poner en marcha una concepción paternalista– el que decide qué es mejor para la persona, qué materializa su bienestar; pese a que se trate de conductas que no provocan daños a terceros (Maniaci 2012). Se trata, por lo demás, de proteger a las personas de las indebidas injerencias del Estado, para tutelar aquella esfera que corresponde al ámbito de su *privacidad*. En este ámbito, la privacidad engloba “a las acciones voluntarias de los individuos que no afectan a terceros. Estas acciones son “privadas” no en el sentido de que no son o no deben ser accesibles al conocimiento público sino en el sentido de que si violentan exigencias morales sólo lo hacen con las que derivan de ideales de una moral privada, personal o autorreferente” (Nino 2005, 305). Este es, por lo demás, el fundamento mismo de la “libertad como autogobierno”: “ya que hemos de ser gobernados –decía Kelsen– aspiramos al menos a gobernarnos por nosotros mismos” (Kelsen 1934, 16). Se trata, también, de la “libertad como autonomía”, sin la cual –como ha señalado Bobbio– una democracia genuina no es posible (vid., en general, Maldonado Muñoz 2016 y 2019).

Opinión consultiva 24/17, control de convencionalidad y matrimonio igualitario

Como ya dijimos, en el ámbito teórico, el control de convencionalidad no es sino la obligación de los jueces o tribunales locales de tratar las interpretaciones de la Corte IDH como *interpretaciones precedentes* que han de aplicarse en la resolución de los casos sometidos a su conocimiento. Téngase en cuenta, ante todo, que la Corte IDH actúa como *intérprete auténtico* de la CADH en todos los casos, sea que se trate del ejercicio de sus competencias contenciosas, sea que se trate del ejercicio de sus competencias consultivas (arts. 44 y 64 CADH). En otras palabras, la Corte IDH –más allá de que esté realizando una u otra labor– nunca se desprende de su calidad de intérprete auténtico. Y es el artículo 64 de la CADH el que señala que los Estados miembros –*in primis*– podrán consultar a la Corte “acerca de la *interpretación*” de la CADH. ¿Qué hace la Corte IDH en las Opiniones Consultivas si no atribuir un significado jurídicamente vinculante –propio del intérprete auténtico– a la CADH? De allí que, en términos llanos, bastaba con que la Corte Constitucional adopte la interpretación de la Corte IDH, que es el órgano convencionalmente legitimado para establecer el alcance y significado de la CADH. No son los partidarios de un determinado ideario (por ejemplo, religioso), ni cualquier grupo de individuos, quienes pueden determinar el significado “auténtico” de la CADH; es decir, el conjunto de normas expresas e inexpressas que la integran. Esa es una labor de la Corte IDH. Si hemos de preguntarnos, en términos estrictamente jurídicos, ¿qué significa tal o cual disposición de la CADH?, la respuesta válida y vinculante ha de encontrarse en las interpretaciones de la Corte IDH.

Por supuesto, existen diferencias entre esta función consultiva y la función contenciosa de la Corte, pero este hecho en nada cambia el lugar que tiene la interpretación y el órgano que la realiza. Se trata, siempre y en todos los casos, del ejercicio de una competencia interpretativa auténtica –autorizada por normas de competencia–, de acuerdo con la cual, la Corte IDH atribuye significados (interpretaciones) con *valor jurídico*. Quizás la confusión se presenta porque suele estimarse que las Opiniones consultivas no son coercibles,

de tal suerte que tampoco serían vinculantes. Esta hipótesis no debe resultar persuasiva. Si bien una parte de la literatura relevante tiende a confundir los términos “coercible” y “vinculante” (Hitters 2008, 131-56), bien mirado, estos dos no son términos unívocos. Que una norma sea vinculante (vale decir, jurídicamente obligatoria) no supone que sea necesariamente coercible. Es “coercible” una norma que prevé una sanción atada a una determinada conducta (se trata, en general, de normas condicionales del tipo “Si H, entonces C”). Se dice “*jurídicamente* obligatoria” una norma que pertenece a un sistema jurídico, incluya o no una sanción; aun cuando decir que una norma sea “jurídicamente obligatoria” nada dice sobre su aceptabilidad u “obligatoriedad moral” (cosa que, por lo demás, dependerá del sistema moral que un agente tenga de referencia: la moral cristiana, la moral liberal, etc.). Se trata de distinguir, aquí, la validez, la existencia y la eficacia de las normas (Guastini 2016). En uno de sus sentidos, la eficacia de una norma puede estar atada a la existencia de una sanción, aunque no es necesario que lo esté. En efecto, puede existir una norma formalmente válida en un ordenamiento que prevea una sanción, y que, sin embargo, sea generalmente desobedecida (v.gr., la norma que prohíbe el aborto), que sea ineficaz. Pero también existen normas jurídicas no atadas a una sanción que, sin embargo, son eficaces; es decir, generalmente obedecidas. A efectos del control de convencionalidad, así mirado, las Opiniones Consultivas podrían no resultar coercibles, pero ello no supondrá que no serán vinculantes (en la medida en que son interpretaciones autorizadas de la Corte IDH). Esta situación legal implica, nada más, que su puesta en marcha no puede hacerse por medios coercitivos; mas no supone que la Corte Constitucional, en el caso de Marras, no podía acogerse a tal interpretación: se trata de una interpretación vinculante en tanto autorizada, auténtica, competente. Si el Estado quería cumplir a cabalidad con las obligaciones derivadas de la CADH y con el consecuente deber de seguir los parámetros interpretativos de la Corte IDH, no hay razones para que distinga las interpretaciones dadas en contextos contenciosos o en contextos consultivos. Es cierto, además, que una sentencia adoptada en un determinado caso contencioso podría ser coercible frente a uno de los Estados miembros, y ser vinculante frente a todos los demás (aunque no sea

coercible). Sostener algo diferente supondría caer en la añosa equivocación, hoy imposible de compartir, de acuerdo con la cual, las “auténticas normas jurídicas” son solo las “normas atadas a sanciones” (coercibles); por la banal razón de que “por cada norma que estipula sanciones no puede haber siempre otra que estipule sanciones por no aplicar las sanciones de la primera norma, ya que esto implicaría una secuencia infinita de normas” (Nino 2010, 193). Además, la concepción coercitiva extrema del Derecho no resulta persuasiva, porque hay cosas que las normas coercitivas no pueden hacer, a saber: (a) constituir un sistema jurídico y regular la producción de sus normas; (b) instituir los órganos jurisdiccionales del sistema; (c) regular las modalidades de designación de los jueces de tales órganos, la duración de tales cargos, las modalidades de su sustitución, etc. Este contexto muestra que, en los ordenamientos jurídicos, existen normas que no pueden reducirse a normas coercitivas (Chiassoni 2016). ¿Acaso diríamos que estas y otras normas no coercitivas no son jurídicamente vinculantes? Nadie sensato lo sostendría.

En este sentido, las opiniones consultivas deben entenderse como jurídicamente vinculantes, a propósito del control de convencionalidad, aunque no sean necesariamente coercibles. Por lo demás, como ya se dijo, el “derecho convencional” no puede agotarse en el mero texto de la CADH. El *contenido preceptivo* de la CADH está dado por sus interpretaciones, en particular por los significados a ella atribuidos por parte de su intérprete auténtico: la Corte IDH. Si bien la Corte IDH, en la Opinión Consultiva 1/82, ha dicho que las opiniones consultivas no tienen el mismo efecto vinculante que sus sentencias en materia contenciosa, jamás ha expresado que las opiniones consultivas no sean vinculantes en absoluto. La distinción entre obligatoriedad jurídica y coercibilidad permite evitar equívocos. Tal control de convencionalidad, dicho sea de paso, puede y debe aplicarse incluso *ex officio* (vid. *Trabajadores Cesados del Congreso contra Perú*; *Cabrera García y Montiel Flores contra México*). Ha de sumarse a estos argumentos, además, que el Estado no puede alegar normas de Derecho interno para eximirse de sus obligaciones internacionales (la propia Corte IDH ha dicho que este principio alcanza también a las *normas constitucionales*: vid. Opinión consultiva 4/84).

¿ERA NECESARIO REFORMAR LA CONSTITUCIÓN A LOS EFECTOS SEÑALADOS? OTRA INTERPRETACIÓN ES POSIBLE

Un último problema parecería plantearse. Si aceptamos lo dicho en el apartado precedente, ¿no implica su análisis que sería necesario modificar el artículo 67 de la Constitución ecuatoriana? Pues bien, la existencia de una antinomia está atada a las interpretaciones adoptadas. Así, en la medida en que son posibles varias interpretaciones de una misma norma, es necesario admitir que, mientras una interpretación puede conducir a una antinomia, otra diferente puede hacerla desaparecer (Perelman 1964), particularmente en la dimensión diacrónica (Guastini 2016, 247 ss.).

Ante todo, habría que señalar que, *ceteris paribus*, en la reconstrucción ofrecida en el acápite anterior, parecería resultar sacrificada una norma constitucional, la del artículo 67. Pero esta conclusión no es necesaria, al menos por tres razones. En primer lugar, aun si no se admitiera otra interpretación del mencionado artículo, ¿sería una reconstrucción del todo plausible señalar que, simplemente, se ha aplicado una norma de Derecho internacional en detrimento de una norma constitucional (de Derecho interno)? No, debido a que es la propia Constitución la que admite que se apliquen ciertos instrumentos internacionales, incluso por sobre la Constitución, siempre que se trate de tratados de derechos humanos que sean más favorables. Así mirado, puede ser cierto que apliquemos una norma internacional (de derechos humanos), pero lo haríamos sobre la base de la aplicación de una norma constitucional (aquella que instituye el criterio de solución de este tipo de antinomias).

En segundo lugar, se trata de una conclusión interpretativa que se justifica en los principios de igualdad y libertad para los efectos de decidir qué norma cuenta, en este caso, como “más favorable”. Un proceder que tiene, como se ha visto, una base constitucional. En tercer lugar, *mutatis mutandis*, la disposición del artículo 67 admite una interpretación distinta que, una vez adoptada por el intérprete auténtico de la Constitución (la Corte Constitucional), no implica proceso alguno de “revisión constitucional”, entendiendo por “revisión

constitucional” cualquier proceso reglado de modificación de la Constitución.

El segundo inciso del ya mencionado artículo 67 dice, en lo que interesa: “El matrimonio es la unión entre hombre y mujer”. Ahora bien, ¿cuál es el comportamiento o la clase de supuestos de hecho que esta norma cubre? Se trata, podríamos decir, de los matrimonios “heterosexuales” (entre personas de distinto sexo). Sin embargo, se impone la pregunta: ¿cómo debemos entender que esta “regula” su clase complementaria? La clase complementaria a esta norma sería, por supuesto, aquella de los “no heterosexuales”. ¿Debemos entender que la Constitución *permitiendo* el matrimonio “heterosexual”, al no decir nada respecto a la clase complementaria, ha prohibido (implícitamente) el matrimonio “no heterosexual”? ¿O, más bien, debemos entender que, dado que nada dice nuestra norma sobre la clase complementaria, se trata de una laguna, y, entonces, que también puede ser interpretado en el sentido de que, al no decir nada sobre la clase complementaria (“no heterosexuales”), ha dejado la puerta abierta para su reconocimiento? (vid., sobre el método *a contrario*, Guastini 2011, 289 ss.). Pues bien, los intérpretes y aplicadores del Derecho habían preferido la primera de estas interpretaciones. Por su parte, la segunda interpretación es aquella que se buscaba imponer, y que la Corte Constitucional finalmente aceptó en sus dos sentencias. Pero no lo hizo sobre la base de la negación de la norma que disciplina el matrimonio “heterosexual” (que seguirá siempre vigente), sino sobre la decisión acerca de la disciplina de su clase complementaria (los “no heterosexuales”). ¿Al no regular expresamente la clase complementaria, la Corte Constitucional estaba obligada a asumir que el matrimonio “no heterosexual” ha resultado prohibido allí donde la Constitución “calla”? Es obvio que no. Se trata, además, de un caso como tantos en donde la Corte Constitucional debe ejercer sus potestades de intérprete auténtico (art. 436 N° 1), para señalar cuál es el alcance y contenido de la Constitución de la República. Una reforma no era necesaria.

CONSIDERACIONES ULTERIORES: MATRIMONIO IGUALITARIO Y “ESTADO LAICO”

El segundo inciso del artículo 1 de la Constitución señala, entre otras cosas, que el Ecuador es un “Estado laico”. Pues bien, la doctrina del “Estado laico” –que hunde sus raíces en el pensamiento liberal– corresponde a un modo de organización donde, por un lado, la religión y el Estado deben ser esferas separadas e independientes; y, por otro, el Estado no debe adoptar posición alguna frente a la religión. La religión, en consecuencia, debe mantenerse como una cuestión meramente privada (no pública).

En otras palabras, de acuerdo con la doctrina del Estado laico, la libertad religiosa tiene dos facetas: libertad de religión (libertad de los individuos de practicar o no un culto determinado) y libertad frente a la religión (libertad de los individuos de no ver invadida su esfera privada por un culto del que no son prosélitos) (Chiassoni, 2013). En un esquema sobre huellas hohfeldianas, entonces, diríamos que se trata de dos tipos de derechos subjetivos: el primero, una libertad (*stricto sensu*); el segundo, una inmunidad (Hohfeld 1919).

No obstante, existió una fuerte presión en las autoridades para que la inmunidad mentada no sea efectivamente protegida, en la medida en que se pretendía que determinados idearios religiosos –a menudo aquellos correspondientes a la religión dominante– determinen el contenido de la legislación y de la interpretación de la Corte Constitucional. Esta forma esconde, en realidad, una concepción *neo-confesional*. No se

trata, por supuesto, de la vieja idea del “Estado confesional”, en donde existía una “religión de Estado”, sino de una forma atenuada; y, sin embargo, invasiva de la esfera pública.

Muchos de estos grupos, de hecho, usan argumentos directa o indirectamente religiosos, con el objetivo de que la legislación y el orden social reconozcan esta supuesta “verdadera” moral, que impediría, entre otras cosas, el matrimonio igualitario, el aborto (incluso en casos de violación), la eutanasia, ciertos procesos de fecundación asistida, la educación sexual, etc. Se trata de una forma subrepticia de invasión de la religión en el Derecho, en la política y en la familia, de la negación de algunos elementos esenciales del Estado laico: aquel en que los argumentos religiosos no tienen cabida en la discusión pública, justamente porque se trata de cuestiones privadas delegadas a la conciencia de cada individuo. Si la protección de la *libertad de religión* se da en aras del principio de autonomía moral de las personas, ese mismo trato también debe darse a la *libertad frente a la religión*, para que esta no invada los espacios de quienes no profesan sus cultos ni comparten sus principios que pretenden imponer una supuesta “verdadera” moral. Asumir esta última postura, como ya vimos, implica la degeneración de la libertad, pues impone un modelo perfeccionista, paternalista y, como hemos visto, *neo-confesional*. Así, los argumentos religiosos, válidos en una esfera personal (privada), no deben trascender a la esfera colectiva (pública).

CONCLUSIONES

- La propia Constitución del Ecuador (art. 424) reconoce implícitamente la posibilidad de que se presenten antinomias entre su texto y algún tratado internacional y, en tal sentido, establece como mecanismo de solución del conflicto el privilegiar los tratados internacionales de derechos humanos que reconozcan derechos más favorables.
- La Opinión Consultiva 24/17 de la Corte IDH, que reconoce plenamente el matrimonio igualitario, es una interpretación vinculante de la CADH, en tanto la Corte IDH es el intérprete auténtico de la Convención, razón por la cual, los Estados que son parte de dicho instrumento internacional están llamados a respetar dicha interpretación.

- Al ser la Opinión Consultiva 24/17 de la Corte IDH más favorable que la Constitución para la efectiva vigencia de los derechos constitucionales a la libertad e igualdad (entre otros), correspondía, como sucedió, que la Corte Constitucional, intérprete auténtico de la Constitución del Ecuador, decida que es aquel estándar el que debía prevalecer.
- El artículo 67 de la Constitución del Ecuador no debía ser necesariamente modificado, en tanto dicha disposición se refiere exclusivamente al matrimonio heterosexual, sin que esta recomendación impida la aplicación de la Opinión Consultiva 24/17.

BIBLIOGRAFÍA

- Agüero-San Juan, Sebastián. 2015. "Las antinomias y sus condiciones de surgimiento. Una propuesta para los enunciados normativos". *Revista de derecho* (Valdivia) 28(2): 31-46.
- Bazán, Victor. 2012. "El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas". *Justicia constitucional y derechos fundamentales* 3: 17-55.
- Bobbio, Norberto. 2011. *Saggi sulla scienza giuridica*. Torino: Giappichelli.
- _____. 1971. "Quale giustizia, quale legge, quale giudice?". *Quale giustizia* 2 (8), 268-74.
- Celano, Bruno. 2009. *Derecho, justicia, razones*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Chiassoni, Pierluigi. 2016. *Da Bentham a Kelsen*. Torino: Giappichelli.
- _____. 2013. *Laicidad y libertad religiosa*. Coordinado por Pedro Salazar Ugarte y Pauline Capdevielle. Ciudad de México: UNAM.
- Ferrajoli, Luigi. 1995. *Derecho y razón*. Madrid: Trotta.
- Guastini, Riccardo. 2016a. *Las fuentes del derecho*. Lima: Raguel.
- _____. 2016b. *La sintaxis del derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- _____. 2014. "Conoscere il diritto". *Quaderni di ricerca giuridica della consulenza legale* 75: 23-38.
- _____. 2011. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè.
- _____. 1995. *Antinomias y lagunas*. Anuario del Depto. de Derecho de la Universidad Iberoamericana 29: 437-50.
- Hitters, Juan Carlos. 2008. "¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte IDH?". *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, 10: 131-56.
- Kelsen, Hans. 1934. *Esencia y valor de la democracia*. Barcelona: Labor.
- Maldonado Muñoz, Mauricio. 2019. *La democracia a partir de Bobbio*. Quito: Cevallos.
- _____. 2018. *Los derechos fundamentales. Un estudio conceptual*. Lima-Santiago de Chile: ARA-Olejnik.
- _____. 2016. "Democracia, derechos y regla de mayoría: una mirada a partir de la teoría de Norberto Bobbio". *Isonomía* 44: 127-62.
- Maniaci, Giorgio. 2012. *Contro il paternalismo giuridico*. Torino: Giappichelli.
- Nino, Carlos Santiago. 2010. *Introducción al estudio del derecho*. Buenos Aires : Astrea.
- _____. 2005. *Fundamentos de derecho constitucional*. Buenos Aires: Astrea.
- Perelman, Chaïm. 1964. "Les antinomies en droit: Essai de synthèse". *Dialectica* 18 (1/4) : 392-404.

APOYAR NO ES TUTELAR Discapacidad y derecho a la autodeterminación en Ecuador

SUPPORT IS NOT TUTELAGE Disability and the right to self-determination in Ecuador

AJUDAR NÃO É TUTELAR Incapacidade e o direito à autodeterminação no Equador

*Karina Marín**

Recibido: 20/10/2019

Aprobado: 11/12/2019

Resumen

En Ecuador, la discusión en torno al reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad es casi inexistente. Por lo tanto, muchas familias desconocen que, en términos legales, su responsabilidad implica ante todo el respeto a la autodeterminación de sus familiares con discapacidad y, desde ese desconocimiento, perpetúan un rol tradicional de sustitución y protección. Este artículo parte del análisis de la normativa nacional frente a los acuerdos internacionales vinculantes. Desde ahí, se lleva a cabo un acercamiento a la configuración de nuevos imaginarios que entienden la discapacidad desde un enfoque de derechos humanos. El objetivo es apuntar la necesidad de pensar un marco normativo que permita que las familias asuman un rol que no confunda apoyo con tutela.

Palabras clave: Capacidad jurídica; Familia; Personas con discapacidad; Autonomía; Interdicción.

Summary

In Ecuador, the discussion about recognition of the legal capacity for people with disabilities is basically non-existent. Therefore, many families are unaware that, in legal terms, their responsibility implies, above all, respect of self-determination of their family members with disabilities, so they perpetuate a traditional role of substitution and protection. This text analyzes national regulations and binding international instruments. From there, it approaches the configuration of

new imaginaries that understand disability from a human rights perspective. The objective is to highlight the need of a legal framework that allows families to assume a role that does not confuse support with guardianship.

Key words: Legal capacity; Family; People with disabilities; Autonomy; Interdiction.

Resumo

No Equador, a discussão sobre o reconhecimento da capacidade jurídica das pessoas com incapacidade é quase inexistente. Por isso, muitas famílias desconhecem que, nos termos da lei, sua responsabilidade implica diante de tudo o respeito a autodeterminação de seus familiares com incapacidade, e, desde esse desconhecimento perpetuam um rol tradicional de situação e proteção. Este artigo parte da análise da normativa nacional frente aos acordos internacionais vinculantes. Desde aí, se busca uma aproximação a configuração de novos imaginários que entendem a incapacidade desde um enfoque de direitos humanos. O objetivo é demonstrar a necessidade de pensar sobre a criação de um marco normativo que permita que as famílias assumam um rol que não confunda apoio com tutela.

Palavras chave: Capacidade jurídica; Família; Pessoas com incapacidade; Autonomia; Interdição.

* Doctora en literatura por la Universidad de los Andes. Su trabajo de investigación gira en torno de las relaciones entre literatura, política e imagen, y a los estudios críticos del cuerpo y la discapacidad. Es activista por los derechos de las personas con discapacidad. Forma parte del grupo de investigación en estudios comparados en artes de la Universidad de los Andes en Colombia. Correo electrónico: kasomala@gmail.com

INTRODUCCIÓN

Cuando se habla del rol de las familias de personas en situación de discapacidad, suele pensarse inmediatamente en la responsabilidad que supone para las primeras cuidar de las segundas. Se trata de un tipo de compromiso que usualmente, en familias consideradas ‘normales’, termina cuando hijas o hijos llegan a la mayoría de edad; sin embargo, al tratarse de sujetos culturalmente asumidos como incapaces de gobernarse a sí mismos, ese rol familiar se perpetúa de por vida. De ese modo, la persona con discapacidad es concebida como una carga caracterizada por una existencia que se piensa problemática, incapaz y enferma, y asumir esta idea justifica figuras legales como la interdicción. Sin embargo, las discusiones actuales sobre discapacidad o, la concepción que, desde el activismo del Foro de Vida Independiente de España, se conoce como diversidad funcional¹, cuestiona la configuración de ese tipo de relación de dependencia y parte de un cambio de paradigma que empieza por determinar al sujeto con discapacidad como un sujeto con derechos, y no como un sujeto de enfermedad o asistencia. Desde esa perspectiva, el rol de las familias entra en un escenario de problematización que pone en crisis, a su vez, los marcos jurídicos que regulan su función.

En Ecuador, la discusión en torno al reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad es casi inexistente y apenas se presiente, sobre todo a nivel de federaciones y organizaciones que trabajan en torno a la discapacidad. Por lo tanto, muchas familias desconocen que, en términos legales, su responsabilidad implica ante todo el respeto y cumplimiento de derechos fundamentales de sus familiares con discapacidad, en particular de aquellos derechos que se refieren a la autodeterminación y al principio de igualdad ante la ley. Entonces, es posible afirmar que, en Ecuador, las familias de personas con discapacidad

actúan de tal forma que obstaculizan esos derechos, respaldados paradójicamente por un aparato legal que opera desde nociones de patología, especialmente en contra de aquellos individuos señalados como personas con discapacidad intelectual o cognitiva.

En el texto que sigue, se toman como eje algunos debates planteados por los llamados “estudios de la discapacidad” y se plantea hacer una revisión de esta problemática, a partir de un análisis que coloque el marco jurídico nacional, en particular la Ley Orgánica de Discapacidades y el Código Civil, frente a acuerdos internacionales que señalan nuevos caminos, en concreto la Convención de Naciones Unidas por los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Si bien la Constitución de la República procura promover la autonomía de las personas con discapacidad en Ecuador, no existe ningún documento que reconozca la capacidad jurídica de manera explícita. Por lo tanto, la brecha conceptual entre tales normativas y los acuerdos internacionales se explica, en buena medida, por la permanencia de imaginarios que privilegian un enfoque médico para delinear qué entendemos por discapacidad, en lugar de un verdadero enfoque social y de derechos humanos.

Desde ahí, en un segundo momento, se expondrá cómo la manera en la que se conceptualiza la discapacidad en las leyes vigentes perpetúa prácticas que atentan contra el principio de igualdad ante la ley de las personas con discapacidad y cuál es el papel que juegan las familias en la consolidación de tales manejes. Finalmente, se examinará la experiencia de los países vecinos, Perú y Colombia, cuyas discusiones en torno a estas temáticas los llevaron a aprobar, en 2018 y 2019 respectivamente, leyes que garantizan de

1 El debate en torno a las maneras en las que nombramos lo que entendemos por discapacidad ha sido amplio a lo largo de las últimas décadas. El concepto de diversidad funcional se ha asumido desde ciertos activismos españoles para dejar en evidencia el impacto negativo que puede tener el de discapacidad. Como señala Miguel Ferreira, “no es un concepto teóricamente fundado ni sociológicamente consistente [...]”. Es la herramienta ideológica de la que ha decidido proveerse a sí mismo el propio colectivo para afirmarse frente a las imposiciones externas y ajenas y luchar contra su discriminación” (2010, 59). De todos modos, como también lo indica Ferreira, la idea de la diversidad aún sigue apuntando a la noción de un tipo de cuerpo frente a otros cuerpos; es decir, a una idea de diferenciación que puede recaer en exclusión. El debate está muy fresco en América Latina. Se ha argumentado que el término de diversidad funcional opera, al menos en este continente, como una estrategia de invisibilización de ciertas violencias, que se ocultan tras las demandas de lo políticamente correcto. En el presente texto, se ha decidido hablar de personas con discapacidad o en situación de discapacidad, para señalar el sistema de opresión que la propia discapacidad implica.

manera explícita la capacidad jurídica de sus ciudadanos con discapacidad y el rol de sus familiares, lejos de las figuras de tutela y curatela.

El objetivo final de este artículo es mostrar la necesidad urgente de pensar un marco normativo que

permita que las familias sean capaces de asumir un rol de defensa y respeto por los derechos de las personas con discapacidad; que no confundan apoyo con tutela y, ante todo, que pongan en común la diferencia, no como excepcionalidad sino como valor, en pos de construir una sociedad más equitativa.

MARCO JURÍDICO: UNA BRECHA QUE PREOCUPA

En su Preámbulo, la Convención de Naciones Unidas por los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006) destaca, entre otros aspectos, el reconocimiento “de la importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones” (CDPD, Preámbulo, inciso n). De igual manera, afirma el convencimiento de que:

[...] las personas con discapacidad y sus familiares deben recibir la protección y la asistencia necesarias para que las familias puedan contribuir a que las personas con discapacidad gocen de sus derechos plenamente y en igualdad de condiciones (CDPD, Preámbulo, inciso x).

Desde estos y otros principios, como el de igualdad de oportunidades, el de no discriminación o el de accesibilidad e igualdad entre hombres y mujeres con discapacidad, este acuerdo internacional desarrolla un *corpus* encargado de especificar los derechos sobre los que debería asentarse toda normativa local comprometida con el reconocimiento de las personas con discapacidad como sujetos de derechos.

En el tema que nos ocupa, este documento internacional (en adelante, la Convención) señala como uno de sus principios generales y sin ningún tipo de excepción: “el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas” (CDPD, Art. 3, inciso a). Cada uno de estos aspectos, entre muchos otros, apunta a la necesidad de garantizar la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y, de manera directa o indirecta, al rol de apoyo de sus familiares en la garantía de su cumplimiento.

La Convención entró en vigor en el año 2006. Si bien no es un documento libre de cuestionamientos, sí representa una carta de navegación y un cambio de paradigma histórico con respecto a acuerdos internacionales anteriores en torno al tema de la discapacidad, que daban cuenta aún de la adopción de un enfoque médico, respaldado por organismos como la Organización Mundial de la Salud.

La Convención es el resultado de un debate que comenzaron los activismos y los movimientos de vida independiente ya en la década de 1970, como una puesta en crisis del modelo médico que, desde el siglo XVIII, ha actuado como la base de un imaginario de patologización y exclusión de los cuerpos considerados incapaces. Precisamente, la motivación fueron las luchas civiles de las mujeres y los ciudadanos afrodescendientes en Estados Unidos y en Europa, los cuales dieron impulso a una discusión que se ha enriquecido desde varias disciplinas y enfoques con el paso de los años, bajo el lema “nada sobre nosotros sin nosotros” (Broyna 2009; Barton 2006).

La complejidad del debate apenas empieza a tener eco en América Latina, pues hay que tener en cuenta que la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad data de 2004 y aún conserva un entendimiento de la discapacidad desde la idea de “deficiencia”. La Convención de la ONU, en cambio, representa un parteaguas pues, ha promovido el interés por implementar el paradigma de la discapacidad desde un enfoque de derechos. A partir de ella, a lo largo del nuestro continente se ha procurado la implementación de políticas públicas, muchas de las cuales se discuten con recurrencia.

Por su parte, el Estado ecuatoriano firmó el acuerdo en el año 2008, en un contexto nacional en el que se planteaba el asunto de la discapacidad como una de las políticas sociales insignes del gobierno de Rafael Correa y su entonces vicepresidente, el actual mandatario Lenin Moreno. Sin embargo, si bien los últimos once años se ha asumido un discurso oficial sobre los derechos de las personas con discapacidad, incorporando un lenguaje que gira en torno a los conceptos de accesibilidad, inclusión y desarrollo, ciertas políticas, como el bono Joaquín Gallegos Lara y la misión Manuela Espejo, conocida hoy como Misión Las Manueles, han perpetuado e incluso acentuado prácticas más bien identificadas con un enfoque problemático, sostenido por nociones médicas y asistencialista. No es casual, por ej., que la institución encargada durante los últimos años de emitir el carné de discapacidad haya sido el Ministerio de Salud, ni que sea la Comisión de Salud de la Asamblea Nacional la encargada de estudiar y reformar la Ley Orgánica de Discapacidades.

Aunque el análisis debe tomar en cuenta múltiples factores que hacen notar la complejidad intersectorial de la discapacidad como sistema de opresión que interactúa con circunstancias de precarización de la vida, la implementación de estas políticas públicas redundan en un imaginario de patologización que aún no logra dar el paso a considerar, en términos históricos y culturales, a la persona con discapacidad como sujeto de derechos.

Prueba de ello son los llamados de atención que el Comité de Naciones Unidas por los Derechos de las Personas con Discapacidad ha realizado ya en dos ocasiones al Estado ecuatoriano, en lo que respecta al incumplimiento de los compromisos adquiridos. El último llamado de atención se realizó en septiembre de 2019, luego del examen que el Estado ecuatoriano presentó ante ese comité en Ginebra. En el documento de observaciones de los expertos de la ONU constan alrededor sesenta recomendaciones, entre las cuales hay un constante llamado a armonizar toda la legislación ecuatoriana con el modelo de derechos humanos de la Convención, incluida la Ley Orgánica

de Discapacidades; la cual, según señala el documento, “conserva un concepto y una aproximación desde el modelo médico, con énfasis en la restricción de capacidades y soslayando la dimensión social de la discapacidad” (Observaciones, base III, apartado A, numeral 7). De manera particular, el documento recoge la preocupación del Comité de Naciones Unidas con respecto al cumplimiento del Artículo 12 de la Convención, que se refiere al igual reconocimiento como persona ante la ley. El texto apunta: “El Comité observa con gran preocupación que persisten las figuras de tutela y curatela en el Código Civil y el Código Orgánico General de Procesos”. Por lo tanto, los expertos recomiendan al Estado ecuatoriano que:

- a) Armonice a la brevedad el Código Orgánico General de Procesos con la Convención, incluyendo la eliminación de las restricciones a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad;
- b) Reemplace los sistemas de toma de decisiones sustituida, incluidas la tutela y curatela, con sistemas de apoyo para la toma de decisiones, tome todas las medidas apropiadas para el apoyo individualizado, informe adecuadamente a las personas con discapacidad sobre tales alternativas y capacite al personal involucrado, de conformidad con el artículo 12 de la Convención;
- c) Asegure que el proceso de reforma cuente con la participación efectiva e independiente de las personas con discapacidad a través de las organizaciones que las representan” (Observaciones, base III, apartado B, numeral 25).

Estas recomendaciones dan cuenta de la brecha existente entre los acuerdos internacionales con los que el Estado ecuatoriano se comprometió hace doce años y la legislación local vigente. En lo que respecta al Código Civil, por poner un ejemplo, no solo se refleja esta falta de concordancia que continúa legitimando prácticas que van en contra del principio de igualdad ante la ley reconocido en la Constitución ecuatoriana, sino que, además, se conserva un vocabulario peyorativo que se asienta en un enfoque médico capacitista², señala a las personas con discapacidad como

² El capacitismo es un neologismo que apunta a definir la discriminación o prejuicio social en contra de las personas con discapacidad. El término surge como traducción de la palabra en inglés *ableism*, usada por los activismos de vida independiente y por los estudios de la discapacidad en la academia anglosajona.

‘dementes’ o ‘sordomudos’ y, así, pone su capacidad legal al margen de cualquier derecho. Vale preguntar entonces: ¿cómo es posible anunciar políticas públicas basadas en derechos cuando las leyes aún justifican una noción de la discapacidad que se aleja de un enfoque de derechos y la expone a la interdicción?

La Ley Orgánica de Discapacidades encierra más de una contradicción; pues, en sus principios, anuncia una conceptualización de la discapacidad que nada tiene que ver con un enfoque social y de derechos, sino más bien con un modelo médico de sobra cuestionado. Para Patricia Brogna, la visión médico-reparadora de la discapacidad señala una noción de enfermedad o un

problema de salud “que se puede curar o reparar” si hacemos que quienes tienen el poder de curar o reparar ocupen “posiciones dominantes” en la sociedad (2009, 180). Por el contrario, afirma la misma autora, una visión social de la discapacidad se aleja de comprenderla como una tragedia personal, y propone a la persona con discapacidad como sujeto de derechos históricamente oprimido por “el desequilibrio de poder a favor de las instituciones y prácticas ‘normocentristas’” (2009, 183). Además, la LOD no hace explícito el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, como ya sucede en las legislaciones de otros países, y deja por sentado un rol de las familias aún signado por la protección, la sustitución y la subvención.

LA URGENCIA DE UN CAMBIO DE PARADIGMA

Vale la pena aclarar cuál es el concepto del que parte la Convención, que entiende la discapacidad como “[...] la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás” (Preámbulo, inciso e). Si lo contrastamos con el concepto usado en la Ley Orgánica de Discapacidades, podremos comprender las consecuencias que tiene la perpetuación de ciertos imaginarios. La LOD asume que toda persona con discapacidad es aquella que,

“[...] como consecuencia de una o más deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, con independencia de la causa que la hubiere originado, ve restringida permanentemente su capacidad biológica, psicológica y asociativa para ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, en la proporción que establezca el Reglamento” (LOD, título II, cap. 1, Art. 6).

Al analizar ambas conceptualizaciones se pueden distinguir dos maneras distintas de comprender la discapacidad: por un lado, la idea de que se trata de la relación entre individuos con ciertas características bio-psicosociales y una sociedad organizada para que esos individuos no puedan participar en ella en igualdad de condiciones, (en esa idea se asienta el

modelo social, y el enfoque de derechos y la discapacidad se entiende como una forma de opresión social). Por otro, la idea de que la discapacidad tiene que ver con un diagnóstico que recae sobre el cuerpo de una persona, y que determina su vida y sus acciones. En la primera, es la sociedad la que se organiza para segregar a los cuerpos distintos; en la segunda, son los cuerpos distintos los que contienen la discapacidad. Se establece así una tensión legal que no solo actúa desde los reglamentos ya conformados, sino que además consiente prácticas cotidianas de victimización, segregación y violencia. Lo que debe quedar claro es que mientras se mantenga una idea de la discapacidad como algo que le ocurre a un individuo considerado ‘deficiente’, será difícil hacer que la sociedad asuma a ese individuo como un sujeto de derechos.

El cambio de paradigma que se exige desde la Convención y el trabajo de algunos activismos no es fácil: requiere consensos y una actitud crítica generalizada. En ese sentido, la labor de las familias es neurálgica. Muchos de los activismos que impulsan el reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad están integrados por familiares de personas con discapacidad. Tal situación sucede porque la relación con la discapacidad suele voltear por completo la perspectiva con respecto a esta. Sin embargo, no siempre ese giro se da en términos éticos o políticos.

Es muy común que el giro asuma el estigma de una relación de dependencia y sacrificio; puesto que, si la idea de la discapacidad tiene que ver con un cuerpo considerado enfermo, será difícil asumirlo como un cuerpo soberano, politizado, y estará siempre limitado o excluido por una cultura que tiende a la normalización. Como ha explicado Colin Barnes, las sociedades están organizadas para satisfacer las necesidades de un mítico ideal de ser humano (2009, 110). En esa medida, algunos autores como Lennard Davis han dado algunas claves para pensar en la normalidad como una ideología y en la discapacidad como en un efecto de esta (2013).

El lugar que ocupe una persona con discapacidad en el seno de su familia influirá en cómo esa persona asuma su vida y sea también percibida por la sociedad. No hay que olvidar que las familias se construyen también en torno a mandatos sociales y prácticas comunitarias. En su artículo “La familia, constructora de destinos personales y sociales en el ámbito de la discapacidad”, Enrique Garrido Ramírez sostiene que la familia replica modelos socialmente reconocidos, aunque también es capaz de innovarlos (2009). Este autor señala también las distintas circunstancias que influyen en el funcionamiento familiar, e incluyen: creencias religiosas, factores socioeconómicos, lugares de residencia, etc. (2009). Esas circunstancias conforman un relacionamiento de distintos factores, tanto culturales como económicos y políticos, que hacen que lo que entendemos por discapacidad no dependa de un solo relato fijo y estático, sino que responda a una construcción más bien dinámica que cambia en la medida en la que esas circunstancias se modifican. Como bien propone Patricia Brogna, estas relaciones dinámicas permiten hacer visible la complejidad social de la discapacidad

“[...] y coloca en perspectiva las prácticas de invalidación y exclusión con que, desde distintas posiciones de saber y poder, se ha pretendido asociar el problema de la discapacidad ligándolo únicamente (o básicamente) con el atributo de un sujeto” (2009, 167).

En otras palabras, si las prácticas sociales, políticas, económicas y culturales de una comunidad determinan el modo en el que pensamos la discapacidad,

valdría la pena preguntarnos cómo, más allá de los discursos oficiales e institucionales, la discapacidad es construida y entendida en Ecuador. Si se toma en cuenta la propuesta de Brogna, es fácil concluir que no será lo mismo experimentar una situación de discapacidad en un sector rural de la sierra norte del país que, por ej., en la ciudad costera de Guayaquil. En cada uno de estos lugares habrá que considerar cómo se organiza política y económicamente una comunidad a la que un individuo con discapacidad pertenece, así como los aspectos culturales y normativos que regulan esa interacción.

En ese sentido, es posible pensar, por ej., que las creencias religiosas tienen una influencia particular en la manera en la que una comunidad se relaciona con la discapacidad, sobre todo en una sociedad mayoritariamente cristiana; así mismo, se puede intuir que el acceso a ciertos servicios terapéuticos hace que las prácticas de rehabilitación a las que son sometidas las personas con discapacidad en las ciudades no sean iguales a aquellas a las que están expuestas quienes viven en zonas en las que existe carencia de este tipo de servicios.

Por lo tanto, aunque el discurso oficial señale nociones que se asientan en el reconocimiento de ciertos derechos, como el de inclusión o el de accesibilidad, las prácticas sociales caracterizadas por el asistencialismo y la rehabilitación, acompañadas de un aparato normativo aún contradictorio, determinan el modo en el que las familias entran en relación con las personas con discapacidad. En Ecuador, estas relaciones aún se caracterizan por la dependencia, la tutela y la protección. Tal vez un estudio del número de casos de interdicción en todo el territorio nacional podría dar pistas sobre la gravedad de la situación, que agudiza prácticas de exclusión hacia las personas con discapacidad, sobre todo cuando se consideran las características intelectuales o psicosociales de ciertos sujetos a los que se les impide ejercer su derecho a la autodeterminación.

El tema de la capacidad jurídica no es el único en el que se refleja la influencia familiar. Un claro ejemplo del rol de las familias con respecto a las personas con discapacidad tiene que ver con el del derecho a la

educación en igualdad de condiciones. En su Artículo 24, la Convención establece un sistema de educación inclusivo en todos los niveles, para asegurar que las personas con discapacidad no queden excluidas del sistema general de educación. Sin embargo, muchas familias temen que las instituciones educativas regulares no sean capaces de cuidar a sus hijas e hijos con discapacidad de manera adecuada y que su familiar sufra rechazo y segregación incluso dentro del espacio escolar.

Por lo tanto, en contra de lo establecido como un derecho, estas familias respaldan su decisión de optar por la educación especializada, a la que no asumen como una práctica de exclusión sino como un modelo educativo. La situación se agrava cuando, al revisar la Ley Orgánica de Discapacidades y la Ley Intercultural de Educación, en sus artículos 30 y 47 respectivamente, es posible verificar ambigüedades que legitiman aún prácticas educativas en espacios especializados. El argumento suele ser el bienestar de la persona y la noción de que la inclusión, lejos de ser un derecho, es un modelo educativo al que pueden optar las familias y que puede ser aplicado en ciertos casos, opción que redundaría en una concepción, de nuevo clasificatoria de los sujetos con discapacidad desde nociones de patologización.

Si las instituciones educativas clasifican y si el aparato normativo apoya ese tipo de protocolos estigmatizantes, ¿cómo pueden las familias no sentirse acorraladas y dejar de pensar que la educación segregada es un mejor modelo que aquella llamada inclusiva? El pedagogo español Ignacio Calderón Almendros sostiene que, en el camino de la inclusión es imprescindible la participación de las familias. Sin embargo, apunta que es necesario ver el aula y el centro educativo como un espacio de vida y construcción, y no como un contexto de instrucción y reproducción (2014).

“Incluir no es tu opción, es mi derecho”, ha sido uno de los lemas de las agrupaciones que tratan de garantizar el cumplimiento del derecho a una educación igualitaria para todas y todos. Es probable que, en esa medida, se pueda también comprender la importancia de que las instituciones estatales y las distintas leyes modifiquen de manera urgente y radical sus paradigmas con respecto a la discapacidad, para que las familias puedan tener un respaldo que las ayude a convertirse en el apoyo que sus familiares requieren para garantizar sus derechos. Estos cambios de paradigmas son posibles. A continuación, se describirán los casos de Perú y Colombia, que recientemente han modificado su legislación para que la capacidad legal de las personas con discapacidad sea reconocida de manera explícita.

NUEVOS CAMINOS POSIBLES

Puesto que a nivel gubernamental se promociona a Ecuador como un ejemplo a seguir en lo que respecta a políticas públicas para las personas con discapacidad, resulta paradójico que en el país no se debata en términos legales el derecho a la autodeterminación de las personas con discapacidad. La discusión, en cambio, fue asumida con fuerza por actores de la sociedad civil tanto en Perú como en Colombia. La ley en Argentina también ha hecho modificaciones destacadas al respecto de este y otros derechos.

Se debe tomar en cuenta que, en la mayoría de los países latinoamericanos, la figura de la interdicción se ha reconocido sobre todo en los casos de personas con discapacidad intelectual o psicosocial. En Perú,

la interdicción y la curatela fueron validadas en el Código Civil de 1984, y estuvieron vigentes hasta el año 2018. Durante todo ese tiempo, no se reconocía la capacidad jurídica de los que se consideraba “incapaces de discernimiento”, “retardados mentales”, entre otros. Como aclara Rosa Paredes Rodríguez, el proceso de modificación del Código Civil se llevó a cabo a lo largo de varios años, impulsado por las observaciones del Comité de Naciones Unidas. Esta autora señala que, para poder llevar a cabo los cambios pertinentes, se creó la Comisión Especial revisora del Código Civil en lo referido al ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad (Cedis), la misma que estuvo conformada por representantes del Congreso, de la Defensoría del Pueblo, Conadis Perú,

y representantes del poder judicial y de la sociedad civil (Paredes Rodríguez 2019).

Las modificaciones que se llevaron a cabo en Perú se encargaron de dejar en claro que las personas con discapacidad intelectual y psicosocial no son sujetos de interdicción y que su derecho a la autodeterminación en todas las instancias de la vida debe ser llevado a cabo a partir de un sistema de apoyos y salvaguardias, en los casos que sea necesario. Los cambios al Código Civil peruano entraron en vigor a finales de 2018. Paredes Rodríguez apunta, sin embargo, que aún deben debatirse algunos detalles que tienen que ver, sobre todo, con el desconocimiento de la ley tanto por parte de jueces, funcionarios del estado y notarios, como por las personas con discapacidad y sus familiares (2019, 53). Esta autora también llama la atención respecto a ciertas falencias en la manera en la que se comprende el sistema de apoyos al que una persona con discapacidad puede acceder para garantizar la obtención de servicios jurídicos. Los mecanismos de apoyo no deberían recaer necesariamente en los familiares de la persona con discapacidad.

El proceso colombiano parece haber logrado de manera más detallada la modificación de su marco jurídico. La Ley 1996 fue aprobada en 2019 y modifica el Código Civil colombiano para garantizar la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. El proceso para la modificación estuvo también impulsado por el trabajo de la Coalición Colombiana para la Implementación de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, conformada por una amplia red de organizaciones de familias, organismos no gubernamentales, instituciones académicas y, ante todo, personas con discapacidad en ejercicio de su derecho a la participación plena y efectiva. La reforma a la Ley, entonces, tuvo la participación de un sinnúmero de actores sociales que entraron en diálogo con el gobierno colombiano. El trabajo de redes de familiares de personas con discapacidad fue preponderante para lograr las modificaciones y el establecimiento de un Sistema de Apoyos para la toma de decisiones que recalca el rol de las familias y de las comunidades en las que se desenvuelven individuos con discapacidad.

Una de las contribuciones importantes del proceso colombiano para lograr la reforma al Código Civil, en lo que a capacidad jurídica se refiere, es el establecimiento de una clara diferenciación conceptual entre capacidad jurídica y capacidad mental. En el documento *El ejercicio de la capacidad jurídica: guía práctica para su aplicación*, elaborado por Asdown Colombia, el Nodo Comunitario de Salud Mental y el Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social, PAIIS, se explica que, antes de las modificaciones, se asimilaba capacidad mental a capacidad jurídica, para justificar figuras como la interdicción. Parte del trabajo de las agrupaciones que lograron la modificación de la Ley fue aclarar que debe entenderse la capacidad jurídica “[...] como la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones (capacidad legal) y de ejercerlos por sí mismo (capacidad jurídica), y ésta, en su conjunto, es la clave para acceder a una participación verdadera y activa en la sociedad” (Duque Martínez y Bustamante Reyes 2019: 19).

En cambio, la capacidad mental debe referirse “a la aptitud de una persona para adoptar decisiones, que naturalmente varía de una persona a otra [...]”; y se aclara que:

“Ambos términos no deben confundirse. Hacerlo significa condicionar un derecho (el de la capacidad jurídica, que es universal) a un elemento propio de cada persona (que es la capacidad mental)” (2019).

El asunto que interesa señalar es que un sistema de apoyos es elemental para poder implementar una reforma que sea aplicable. Ese sistema de apoyos no puede ni debe depender del Estado, sino formar parte de la red comunitaria en torno a la cual se desenvuelve un individuo con discapacidad. En ese sentido, una familia que reconoce a su familiar con discapacidad como un titular de derechos debe cambiar su rol tradicional como tutor de esa persona para convertirse en un posible apoyo que sea capaz de respetar la voluntad de su familiar. Ninguno de estos avances será posible si el concepto de discapacidad entra en contradicción con los derechos humanos. Incluso la entrega de créditos bancarios, bonos y otros apoyos económicos, o hasta el mismo derecho al sufragio se ponen en entredicho

cuando la persona con discapacidad no tiene el respaldo de un marco jurídico que lo reconozca como titular de derechos. En ese sentido, los casos de Perú y

Colombia deberían ser considerados ejemplares para llevar a cabo un análisis profundo con miras a modificar el Código Civil ecuatoriano.

CONCLUSIONES

El propósito de este trabajo ha sido señalar el rol de las familias en el reconocimiento de la capacidad jurídica de sus familiares con discapacidad, que está determinado por diversos factores culturales, normativos, políticos y económicos. De alguna manera, se ha esperado de las familias un cambio de actitud que vaya de la lástima y la victimización hacia la acción enfocada en la proactividad rehabilitadora y el trabajo social. Sin embargo, ese cambio de actitud tiene más que ver con una noción de cómo debería operar de manera funcional y heroica una familia, a pesar de un marco legal contradictorio que aún reconoce a ciertos individuos como sujetos de interdicción. Las familias no pueden llevar a cabo ninguna acción positiva en lo que a cumplimiento de derechos se refiere si el Estado no establece primero la normativa que garantiza esos derechos.

De todos modos, un proceso de implementación de leyes que se armonicen con acuerdos internacionales no depende solo de la buena voluntad de quienes coordinan ciertas instituciones del Estado. Estos procesos demandan un debate amplio por parte de la sociedad civil, que no debe pensar en las personas con discapacidad como objetos de la discusión, sino que debe ser comandado por ellas y por sus familias, en primera instancia. El rol del Estado, en este sentido, debe ser, en primer lugar, el del facilitador. Los casos de Perú y Colombia pueden servir de base para un análisis de esa función, que legitima ante todo la importancia de la voz de las personas con discapacidad en lo que respecta a su autodeterminación.

Ahora bien: aunque el establecimiento de una normativa clara y con enfoque de derechos es imprescindible, este cambio de paradigma se logra desde

una insoslayable puesta en crisis del concepto 'discapacidad' y de todos los elementos que él presupone. Algunos autores como Carlos Skliar han dado luces para pensar cómo todas estas dificultades en cuanto a cumplimiento de ciertos derechos tienen como base una cuestión en apariencia mucho más sencilla, que sin embargo encierra una complejidad filosófica indiscutible. Se trata de la pregunta sobre qué debe hacer una comunidad para que sus miembros aprendan a estar realmente juntos. Skliar apunta que la imposibilidad de estar juntos tiene que ver con una obsesión por aquel a quien se considera diferente, en lugar de una preocupación real por una puesta en común de las diferencias (2008, 10). Por lo tanto, se puede deducir que la imposibilidad de hacer leyes que garanticen ciertos derechos se relaciona más bien con una marcada obsesión por continuar clasificando vidas humanas, incluso según parámetros porcentuales.

Si la familia es el espacio en el que se originan los primeros intercambios humanos, su potencia política en lo referente a la discapacidad y al cumplimiento de sus derechos es aún insospechada. Pensar en términos de derechos implica también dejar de pensar en términos de caridad y victimización, porque de ellos se desprende un *modus vivendi* dependiente de políticas asistencialistas que anulan subjetividades. Si las familias de personas con discapacidad asumen un rol más bien político, deben comprender que no son ellas las llamadas a liderar la exigibilidad de esos cambios, sino a acompañar estos procesos. Su responsabilidad reside en hallar maneras de hacerlos posibles, así como en tener en cuenta que las características particulares de los cuerpos de sus familiares con discapacidad, a nivel físico, sensorial, cognitivo o psicosocial no pueden condicionar su derecho a determinar sus propias vidas.

BIBLIOGRAFÍA

- Barton, Len. 2006. *Superar las barreras de la discapacidad*. Madrid: Ediciones Morata.
- Barnes, Colin. 2009. "Un chiste 'malo': ¿rehabilitar a las personas con discapacidad en una sociedad que discapacita?" En *Visiones y revisiones de la discapacidad*, compilado por Patricia Brogna, 101-22. México: Fondo de Cultura Económica.
- Brogna, Patricia. 2009. "Las representaciones de la discapacidad: la vigencia del pasado en las estructuras sociales presentes". En: *Visiones y revisiones de la discapacidad*, compilado por Patricia Brogna, 157-87. México: Fondo de Cultura Económica.
- Calderón Almendros, Ignacio. 2014. "La inclusión es fruto de un profundo respeto al ser humano". En: *Revista Digital de la Consejería de Educación. Andalucía: Junta de Andalucía*. (Fecha de acceso: septiembre 2019) <http://www.juntadeandalucia.es/educacion/webportal/web/revista-andalucia-educativa/opinion/-/noticia/detalle/la-inclusion-es-fruto-de-un-profundo-respeto-al-ser-humano> -1
- Davis, Lennard J. 2013. "Introduction: Disability, Normality, and Power". En *The Disability Studies Reader*, editado por Lennard J. Davis, 1-14. Nueva York: Routledge.
- Duque Martínez, Ingrid y Juliana Bustamante Reyes, eds. 2019. *El ejercicio de la capacidad jurídica: guía práctica para su aplicación*. Bogotá: Asdown Colombia, Nodo Comunitario de Salud Mental y PAIIS.
- Paredes Rodríguez, Rosa. 2019. "Reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en el Perú: avances y retos en su implementación". *Revista Latinoamericana en Discapacidad, Sociedad y Derechos Humanos* 3 (2): 36-57. <http://redcdpd.net/revista/index.php/revista/article/view/161>
- Skliar, Carlos y Magaldy Téllez. 2008. *Conmover la educación: ensayos para una pedagogía de la diferencia*. Buenos Aires: Centro de Publicaciones Educativas y Material Didáctico.

Legislación

Código Civil del Ecuador, 2005.

Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad, 2004. Organización de Estados Americanos, OEA.

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2006. Organización de Naciones Unidas, ONU.

Ley Orgánica de Discapacidades, 2012. Ecuador: Asamblea Nacional.

Ley Orgánica de Educación Intercultural, 2011. Ecuador: Asamblea Nacional.

Observaciones finales sobre los informes periódicos segundo y tercero combinados del Ecuador. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. 2019. Organización de Naciones Unidas, ONU.

UNA MIRADA AL DIVORCIO CON HIJOS-AS MENORES DESDE LA MEDIACIÓN Reflexiones a la luz de la reforma al Código Orgánico General de Procesos*

A MEDIATION APPROACH TO DIVORCE SETTLEMENT WITH UNDER-AGE CHILDREN Some thoughts on the reform of the General Code of Procedure

UM OLHAR DESDE A MEDIAÇÃO AO DIVORCIO COM FILHOS-AS MENORES DE IDADE Reflexões a luz da reforma ao Código Orgânico Geral de Processos

*Johanna Ponce Alburquerque***

Recibido: 08/10/2019

Aprobado: 05/12/2019

Resumen

Este trabajo defiende las siguientes tesis: a) El nuevo trámite de divorcio por mutuo consentimiento con hijos e hijas menores de edad no establece un procedimiento especial que garantice el interés superior del niño, niña y adolescente, de la unidad familiar y la cultura de paz. b) La reforma al procedimiento de divorcio busca celeridad procesal y descongestión del sistema judicial en menoscabo de la justicia y la protección a la familia. c) El “acta de mediación” y la mediación familiar son figuras jurídicas distintas. Así, la mediación familiar debe ser entendida como un proceso que ayuda a reestablecer y mejorar las relaciones de los progenitores en función del bienestar y protección de los niños, niñas y adolescentes.

Pregunta de investigación: ¿garantiza el nuevo procedimiento de divorcio por mutuo consentimiento los derechos de los niños, niñas y adolescentes?

Palabras clave: Mediación; Divorcio; Interés superior del niño; Divorcio notarial.

Summary

This paper is based on three major arguments to answer the question of the feasibility of the reform of the General Code of Procedure (Código General de Procesos) as a guarantee for family and children rights after a divorce. The

first one related to cases of divorce by mutual consent in which under-aged children are present. For the author, the reform does not establish a special procedure to guarantee the best interest of the child and teenager, the family unit and a culture of peace. The second argument is that the reform of the divorce procedure seeks to speed up the process and reduce the massive workload in the judicial system, and by doing so affects Justice and the protection of the family. Finally, the third argument supports family mediation should be understood as a process that helps reestablish and improve parental relations in the interest of the well-being and protection of children and teenagers.

Research Question: Does the new divorce procedure guarantee the rights of children and teenagers?

Key words: Mediation; Divorce; Best interest of the child; Notarial divorce.

Resumo

Este trabalho defende as seguintes teses: a) O novo trâmite do divórcio por mútuo consentimento com filhos e filhas menores de idade não estabelece um procedimento especial que garanta o interesse superior da criança e adolescente, da unidade familiar e a cultura de paz b) A reforma ao procedimento de divórcio busca a celeridade

* *Ley Orgánica Reformativa del Código Orgánico General de Procesos*. Suplemento Año III - N° 517, Quito, miércoles 26 de junio de 2019.

** Johanna Ponce Alburquerque es PhD en Derecho Privado y Magister en Ciencias de la Familia por la Universidad Santiago de Compostela, España. Magister en Derecho Administrativo por la Universidad Andina Simón Bolívar, Ecuador. Es socia fundadora, presidenta y directora del Centro de Mediación de la Fundación de Medios Alternativos de Solución de Conflictos, “Mediadores”. Correo electrónico: johanna.ponce@gmail.com

processual e descongestionamento do sistema judicial menosprezando a justiça e a proteção da família. c) A mediação familiar deve ser entendida como um processo que ajuda a restabelecer e melhorar as relações entre os progenitores em função do bem-estar e proteção das crianças e adolescentes.

Pregunta de pesquisa: O novo trâmite do divórcio por mútuo consentimento garante os direitos das crianças e adolescentes?

Palavras chave: Mediação; Divórcio; Interesse Superior da criança; Divórcio via cartório.

INTRODUCCIÓN

La idea del “matrimonio como institución del derecho natural, puro, unitario, indisoluble y sacramental” (Larrea Holguín 1985, 16-21) no es común en nuestros tiempos. El discurso de libertad (irreflexiva) se apodera de los ámbitos públicos y privados. En este contexto, el divorcio, como figura jurídica, busca aligerarse o simplificarse para satisfacer los deseos de una sociedad moderna. En esta misma línea, los operadores jurídicos han considerado, cada vez con más fuerza, aceptar la libertad de las personas para regular sus relaciones familiares. Con todo, existe una pieza que no termina de encajar en este entramado de libertad: el principio de interés superior de los niños, niñas y adolescentes; que implica, en este caso, el derecho a desarrollarse en el seno de una familia que le brinde protección, armonía y bienestar.

Las partes han llegado a un acuerdo: separarse/divorciarse. Sin embargo, mantienen un desacuerdo: la forma en que seguirán cuidando a sus hijos e hijas

después del divorcio. El legislativo ha llegado a un acuerdo: aceptar y facilitar el divorcio por mutuo consentimiento; pero mantiene un desacuerdo: la forma de regular los temas de tenencia, visitas y alimentos. En este trabajo se examinarán los escenarios jurídicos para identificar falencias y posibles soluciones a la problemática planteada.

En dicho contexto nos preguntamos: ¿es posible la unión familiar en un proceso de separación?, ¿es posible entender la libertad como la necesidad de responder por las consecuencias de las decisiones propias?, ¿es posible la unión en medio de la separación?

Las respuestas a estas preguntas dependerán de la participación reflexiva, tanto de las partes directamente involucradas como de los operadores jurídicos, políticos y sociales, en pro de un interés común: el fortalecimiento de la familia como célula fundamental de la sociedad.

EL DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO CON HIJOS E HIJAS MENORES DE EDAD

1. Procedimiento aplicable al trámite de divorcio por mutuo consentimiento antes de la reforma al Código Orgánico General de Procesos (COGEP) de junio de 2019

Hasta antes de la reforma, el procedimiento de divorcio por mutuo consentimiento con hijos o hijas dependientes se realizaba exclusivamente ante juez o

jueza competente y establecía las siguientes garantías a favor de los niños, niñas y adolescentes:

- a) La solicitud de divorcio ante juez debía cumplir con los requisitos de toda demanda y, además, la insinuación y luego la participación del curador *ad-litem* (COGEP, artículo 32; CC, artículos 398 y 515).

- b) Antes de la audiencia se debía cumplir con el derecho del niño, niña o adolescente a ser escuchado (CNA, artículo 60 y Resolución de la Corte Nacional de Justicia 10, sobre la Representación de Incapaces en Litigio (Curador *ad-litem*)).
- c) De conformidad con el derogado artículo 340 del COGEP, el o la jueza revisaba en la audiencia el acuerdo al que los padres habían llegado sobre la situación de sus hijos e hijas; y, en caso de no existir acuerdo, dicho juez o jueza no podía otorgar el divorcio hasta que se hubiera resuelto el tema que debía tramitar en procedimiento sumario.
- d) De conformidad con los artículos 106 y 118 del CNA y 307 CC, para confiar la tenencia o la patria potestad, el o la juez debía respetar los acuerdos de los progenitores, siempre que estos no perjudicaran a los derechos del hijo o la hija. En definitiva, el acuerdo requería de la aprobación de un juez.
- e) En este proceso, los y las juezas de familia podían pedir el apoyo de oficinas técnicas de las Unidades Especializadas de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia.

2. Procedimiento aplicable al trámite de divorcio por mutuo consentimiento con la vigencia de la Ley Orgánica Reformatoria del COGEP

La Ley Orgánica Reformatoria del COGEP a la que hacemos referencia trata una serie de reformas procesales que buscan garantizar de mejor forma los principios de sistema procesal como medio para garantizar la justicia. En este contexto, el nuevo procedimiento de divorcio por mutuo consentimiento, a nuestro entender, busca cumplir con los principios de simplificación, uniformidad, celeridad y economía procesal, al dar a los notarios la facultad exclusiva de tramitar el divorcio, cuando las parejas hayan resuelto el tema de tenencia, visitas y alimentos de sus hijos e hijas (Ley Notarial, artículo 18, N.º 22); y de pedir el divorcio por mutuo consentimiento ante juez o jueza competente, cuando no lo hayan resuelto (COGEP, artículo 334 N.º 3 y 340).

Al parecer, la reforma busca que los procesos de divorcio por mutuo consentimiento sean más simples, rápidos y baratos, procesalmente hablando. El legislador identificó que el impedimento para alcanzar ese

objetivo era que no se habían resuelto antes los temas de tenencia, visitas y alimentos; cuando estos se resolvieron o se podían resolver en un Acta de Mediación. A pesar de que la reforma agiliza los trámites, a mi juicio, debe ser analizada a la luz de valores superiores como: el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, la protección de la familia, el debido proceso y la seguridad jurídica. analizamos a continuación si se cumplen estos elementos.

El artículo 334, N.º 3 del COGEP, manda:

“Art. 334.- Procedencia. Se considerarán procedimientos voluntarios, con competencia exclusiva de las o los juzgadores, los siguientes: [...] 3. Divorcio o terminación de unión de hecho por mutuo consentimiento, cuando haya hijos dependientes y que su situación en cuanto a tenencia, visitas y alimentos no se encuentre resuelta previamente.”

Por otro lado, debe atenderse lo que recoge el artículo 340 del COGEP, que establece que el divorcio o la terminación de la unión de hecho por mutuo consentimiento, siempre que haya hijos dependientes y que su situación en cuanto a tenencia, visitas y alimentos no se encuentre resuelta previamente, se sustanciará ante la o el juez competente (COGEP, artículo 340).

Llegados a este punto nos encontramos con varios aspectos que debemos señalar. Primero, se elimina el procedimiento sumario para el caso de no existir acuerdo sobre la situación de tenencia, visitas y alimentos de los hijos e hijas menores de edad. Segundo, no está claro si la o el juez resuelve el divorcio o si debe resolver previamente el asunto de la falta de acuerdo sobre la situación de los hijos e hijas. Ante esta realidad nos preguntamos: ¿puede la o el juez negarse a conceder el divorcio, si no está resuelta previamente la situación de tenencia, visitas y alimentos? En estricta aplicación de la norma procesal parece que no puede negarse, ya que es competente en razón de un hecho: “Cuando la situación en cuanto a tenencia, visitas y alimentos no se encuentre resuelta previamente”. Así, la ley no manda que se resuelva la situación de tenencia, visitas y alimentos previamente al divorcio. Como sí lo hacía en el artículo sustituido:

“De no haber acuerdo sobre la situación de las o los hijos menores de 18 años, el asunto se sustanciará ante la o el mismo juzgador en procedimiento sumario y, una vez resuelta esta controversia, se declarará disuelto el vínculo matrimonial o la unión de hecho” (COGEP, artículo 340, derogado).

Curiosamente, el artículo 332 del COGEP, que trata del divorcio contencioso, mantiene el impedimento de que la o el juez resuelva el divorcio, si previamente no se ha resuelto la determinación de alimentos o el régimen de tenencia y de visitas para las y los hijos menores de edad o incapaces (COGEP, artículo 332).

Se podría sostener que es “obvia” la obligación del juez o jueza de resolver previamente al divorcio, la situación de tenencia, visitas y alimentos. En este supuesto, lo más probable es que la controversia se tramite en procedimiento sumario al igual que las controversias que surgen en las mismas materias, y, en consecuencia, se obtendría una resolución sobre los temas de tenencia, visitas y alimentos.

Así las cosas, podemos entender que la o el juez ha perdido la competencia exclusiva para resolver el divorcio, ya que, de conformidad con lo previsto en la misma Ley Orgánica Reformatoria del COGEP, Disposición Transitoria 3.^a, que modifica el artículo 18 N.º 22 de la Ley Notarial, se otorga a los notarios, la facultad *exclusiva* de tramitar el divorcio por mutuo consentimiento de las parejas con hijos dependientes, “cuando la situación de sus hijos en relación a tenencia, visitas y alimentos se encuentre resuelta con acta de mediación o resolución judicial” (LORCOGEP, Disposición Transitoria 3.^a).

Al parecer, ambos caminos conducen al notario, quien antes de la reforma ya tenía la facultad exclusiva de tramitar el divorcio en parejas sin hijos menores de edad bajo su dependencia. Podemos concluir, además, que el asunto que aún incomoda a jueces, juezas, notarios y notarias es la resolución de los temas de los hijos e hijas menores de edad y, en esa razón, la legislación ha dispuesto que estos se pueden resolver en “Acta de mediación” y no en procedimiento de mediación específico que contemple el derecho y la protección de niños, niñas y adolescentes, como analizaremos más adelante.

3. Objeción parcial de constitucionalidad a la modificación de los artículos 334 N.º 3 y 340 del COGEP que reforma el trámite de divorcio por mutuo consentimiento

En este punto, sabemos que se busca descongestionar el sistema judicial de los trámites de divorcio por mutuo consentimiento con hijos e hijas menores de edad, al otorgar a las notarías la facultad de realizarlos. También sabemos que el trasfondo de la cuestión tiene que ver con la resolución de tenencia, visitas y alimentos de los hijos e hijas menores de edad y que, a nuestro juicio, se ha desplegado este tema de la centralidad que le corresponde. Examinaremos ahora la cuestión más a fondo, para determinar si el nuevo trámite de divorcio por mutuo consentimiento con hijos e hijas menores de edad establece algún procedimiento especial que garantice el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, la unidad familiar y la cultura de paz.

El presidente de la República de Ecuador, en su rol de colegislador, presentó el 16 de noviembre 2018 a la Corte Constitucional, la objeción parcial, por inconstitucionalidad, al proyecto de Ley Reformatoria del COGEP. En el documento correspondiente objetó el trámite de divorcio por mutuo consentimiento que ahora discutimos. Dice el Presidente de la República a la Corte Constitucional, en el numeral 33, “Objeción del artículo 63 y 65 del Proyecto de Ley (Reforma 334 N.º 3 y 340)”, sobre procedimientos voluntarios:

“Se plantea que tendrá lugar en esta vía el divorcio o la terminación de la unión de hecho por mutuo consentimiento, si la situación de tenencia, visitas y alimentos no se encuentra resuelta previamente. Sobre este particular hay que observar que constituyen dos cosas absolutamente diferentes el divorcio o la terminación de unión de hecho y el régimen de tenencia visitas y alimentos. En efecto, el divorcio termina el vínculo conyugal, y procede única y exclusivamente si se ha resuelto de manera previa el régimen de tenencia, visitas y alimentos, así lo establece el Código Civil (Artículo 115) [...] defiende que no procede el divorcio si no se encuentra resuelta previamente la situación de hijos. En virtud de lo señalado, la propuesta es

evidentemente inconstitucional, se desprotege a los niños, niñas y adolescentes, se violenta la seguridad jurídica, el debido proceso y el derecho a la defensa (artículos 82, 76 y 44 de la Constitución)” (Expediente Corte Constitucional, Dictamen N.º 002-29-OP-CC. f., 65).

Responde la Corte Constitucional a la objeción del Presidente de la República:

“Esta Corte Constitucional estima que la reforma propone que el divorcio o terminación de unión de hecho por mutuo consentimiento sea sustanciada ante los jueces ordinarios competentes, cuando la situación de tenencia, visitas y alimentos, no se haya resuelto previamente; lo que no implica una transgresión de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Ya que el legislador, en cumplimiento de sus atribuciones y enmarcado en la libre configuración legislativa, libera de la facultad exclusiva de las y los jueces para que pueda ser tramitada por las y los notarios, sin que exista afectación alguna a sus derechos; toda vez que los notarios no podrán declarar disuelto el vínculo matrimonial ni de una sociedad de hecho si la situación de los niños, niñas y adolescentes no se encuentra resuelta previamente por la o el juzgador competente” (Ibíd., f. 177).

Resuelve la Corte Constitucional:

“El alcance de la reforma, en consecuencia, no compromete los derechos constitucionales alegados por el presidente, por lo que no procede la objeción por constitucionalidad, formulada por la Presidencia de la República a la reforma de los artículos 334 numeral 3 y 340 del Código Orgánico General de Procesos” (CC., Dictamen N.º 002-29-OP-CC, 43).

Leído con detenimiento todo el proceso, afirmamos que no podemos estar de acuerdo con el dictamen de la Corte Constitucional por las siguientes razones:

a) La Corte Constitucional no se pronuncia sobre la objeción puntual, que a nuestro parecer es clara: no procede el divorcio ante el juez competente, si

no se encuentra resuelta previamente la situación de hijos e hijas.

b) La Corte Constitucional responde con un asunto que no se objetó: “El Legislador, en cumplimiento de sus atribuciones y enmarcado en la libre configuración legislativa, libera de la facultad exclusiva de las y los jueces para que pueda ser tramitada por las y los notarios, sin que exista afectación alguna a sus derechos...” (CC., Dictamen N.º 002-29-OP-CC, 46).

c) La facultad de las y los notarios a la que se refiere la Corte Constitucional corresponde a la Disposición Transitoria 3.^a del proyecto, que no fue materia de objeción.

Por todos estos motivos, consideramos que la Corte Constitucional no debió haberse pronunciado sobre un texto que no se objetó; y que, en cambio, sí tenía que hacer el análisis de constitucionalidad sobre el tema de fondo, que es la necesidad de resolver previamente al divorcio, el tema de tenencia, visitas y alimentos. Como resultado, no existe ahora un procedimiento especial que garantice el principio de interés superior de los niños, niñas y adolescentes en el proceso de divorcio de sus padres y madres.

4. El trámite de divorcio por mutuo consentimiento con hijos e hijas menores de edad en la legislación comparada

Según el legislativo, la reforma que aquí analizamos busca celeridad, así como descongestionar la administración de justicia, al otorgar a los notarios la facultad de disolver el vínculo matrimonial, cuando la situación de los hijos e hijas se encuentre resuelta. Analicemos el tema a la luz del derecho comparado.

Ciertamente existe una tendencia jurídica a que el divorcio sea un procedimiento simple y rápido. Sin embargo, considero que, cuando existen hijos e hijas menores de edad, la rapidez y simplicidad deberían pasar a un segundo plano.

En el caso de España, el divorcio de mutuo acuerdo ante notario procede cuando los cónyuges no tienen hijos o hijas menores (Ley 15/2015, Jurisdicción Voluntaria). Caso contrario, los solicitantes deben

hacer el trámite ante juez o jueza competente, con la posibilidad de acordar la situación de los hijos e hijas mediante convenio regulador (Ley 15/2005, artículo 54, N.º 1). Con todo, la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, regula ampliamente la situación de divorcio, pues toma en cuenta el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, y promueve el acuerdo entre las partes y la mediación familiar.

En Colombia existe la posibilidad de optar por el divorcio por mutuo consentimiento ante notario, sin perjuicio del juez o jueza, con hijos e hijas menores de edad, pero siempre con la intervención del Defensor de Familia, que revisará el acuerdo al que lleguen padres y madres con el objeto de que rinda su concepto en lo tocante a la protección de los hijos e hijas menores de edad (Ley 962 de 2005, artículos 21 y 27).

Chile, en tanto, permite el divorcio por mutuo consentimiento ante juez o jueza. A este divorcio deberá acompañar un acuerdo que regule, de forma completa y suficiente, las relaciones mutuas entre madres y padres, y de estos con respecto a sus hijos e hijas (Ley 19947, artículo 22 y 34). Aquí, la palabra “suficiente” se refiere a si el pre-citado acuerdo resguarda el interés superior de hijos e hijas, procura aminorar el

menoscabo económico que pudo causar la ruptura y establece relaciones equitativas, hacia el futuro, entre los cónyuges cuya separación se solicita.

El punto común de estas legislaciones, a diferencia de la nuestra, es que la preocupación del cuerpo legislativo se centra en la situación a futuro de los hijos e hijas menores de edad, y no en el trámite procesal del divorcio. Otro punto muy importante es que estas leyes promueven el acuerdo de madres y padres, pero este debe ser antes aprobado por la o el juez o, en su defecto, por un defensor de los derechos del niño, niña o adolescente, con la finalidad de proteger y garantizar sus derechos.

Concluimos que, al no contemplar la reforma que analizamos un procedimiento especial – como la mediación familiar y la intervención de una autoridad que represente y vele por los derechos de los niños, niñas y adolescentes –, no se garantiza el interés superior del niño, niña y adolescente a crecer en una familia, en armonía y en un entorno de paz. En consecuencia, las y los legisladores han desperdiciado la oportunidad de dar un verdadero impulso a la mediación familiar como una institución que promueva la justicia, el respeto a los derechos humanos y que fortalezca los vínculos familiares, en especial entre padres-madres e hijos-as.

PROBLEMAS QUE PLANTEA LA REFORMA

El nuevo trámite de divorcio por mutuo consentimiento conduce a los usuarios y usuarias al menos a dos escenarios: el primero implica obtener un acta de mediación que resuelva los temas de tenencia, visitas y alimentos para, luego, acudir a la notaría y obtener el divorcio. El segundo; demanda tener que acudir al juez o jueza, en el caso de no tener acuerdo. Como hemos apuntado, el problema es que ambos escenarios evitan el verdadero problema del divorcio: “las consecuencias económicas, sociales y psicoemocionales en los progenitores y el impacto en la salud física y psicoemocionales de los hijos e hijas” (Fariña F., Arce, R. y Seijo D. 2015, 40-7). En suma, supone la afectación a la familia como núcleo de la sociedad.

Para resolver un problema es importante saber plantearlo, saber qué se busca resolver: ¿Divorcio: un papel? ¿Alimentos: una cifra? ¿Tenencia: madre o padre? ¿Visitas: una fecha y un horario? A mi parecer, el problema radica en replantear un proyecto de vida y de familia para asegurar a los hijos e hijas un equilibrio emocional y cognitivo, es decir, la manera de crear un presente y un mañana con valores sólidos en beneficio de la familia y de la sociedad.

En tal sentido, ambos procedimientos, los seguidos en el juzgado o en la notaría, mantienen una visión adultocéntrica y parcializada del problema, pues descuidan el principio del interés superior de los niños,

niñas y adolescentes, al no establecer una atención integral de sus necesidades en particular y, en general, de las necesidades de la familia.

De modo que, si el cuerpo legislativo ha razonado que mediante este proceder conseguirá procesos más económicos, bien podría aplicarse el refrán popular que reza que “lo barato sale caro”: un mal acuerdo, un acuerdo escueto o injusto, acarreará más incidentes de alimentos, visitas, patria potestad, violencia, etc., y consecuentemente, quienes pagarán el precio más alto, serán los niños y niñas en primer lugar, y, finalmente, todos los demás como sociedad.

1. Buscar el resultado sin valorar el proceso

El problema frente al que nos encontramos se resume en el hecho de que son las y los legisladores quienes han entendido como igual el “acta de mediación” y la “resolución judicial”, pero en esa intelección se descuidó el proceso mediante el cual se llega a dicho resultado. Pues, si bien en nuestro país el acta de mediación y la sentencia judicial tienen el mismo efecto, no podemos olvidar que estamos ante procesos muy distintos, especialmente cuando se trata de acordar derechos de un tercero y de prevalencia superior de los niños, niñas y adolescentes.

Por otro lado, hay que entender que mediadores, jueces y notarios tienen potestades distintas. La o el mediador es un tercero neutral que facilita el diálogo, que carece de potestad de juzgar o decidir. En tanto que el juez o jueza ejerce jurisdicción, es decir: juzga bajo los principios de competencia, imparcialidad e independencia (Oyarte Martínez 2016, 229).

Por su parte, la o el notario da fe de los actos, “pero este ejercicio se limita a actos en los que no exista controversia” (Espinoza Cabrera 2019, 101). Por tanto, es evidente que, en el momento de resolver los asuntos de tenencia, visitas y alimentos, las potestades de mediadores, jueces y notarios son muy distintas. Creemos que las y los legisladores debieron haber observado estas características (mediador-a, juez-a, notario-a) y determinar la forma en la que los derechos de los niños, niñas y adolescentes sean garantizados.

2. Los hijos e hijas como titulares de derecho y el derecho a ser consultados

Los niños, niñas y adolescentes son titulares de derechos que tienen prevalencia por sobre los de las demás personas (CE, 2008 artículo 44). Así lo ha reconocido el Ecuador mediante la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño y en el bloque de constitucionalidad.

Sin embargo, al carecer los niños, niñas y adolescentes de la capacidad de ejercicio directo, estos requieren de representación legal y de una especial protección. Un ejemplo probatorio de esta afirmación es el que aporta la Resolución de la Corte Nacional de Justicia 10, R.O. 950, de 22 de febrero de 2017, que establece procedimientos especiales para las garantías de los niños, niñas y adolescentes que requieren representación legal.

Sin embargo, entendemos que la representación legal no es suficiente para asegurar estos derechos, de conformidad con el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño. En efecto, el artículo 45 de la CE y 60 del CNA establece que los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a expresar su opinión y a ser consultados en los asuntos que les afectan. La Convención establece así mismo que este derecho se puede ejercer directamente, o por medio de un representante o de un órgano apropiado (CDN, artículo 12 N.º 2), Así, Paula Cano explica que:

“La Observación General N.º 12 sobre el derecho del niño a ser escuchado se refiere a que los Estados no pueden partir de la premisa de que las personas menores de edad son incapaces de expresar sus opiniones, deben dar por supuesto que tienen capacidad de formarse sus propias opiniones y derecho a expresarlas” (Reyes Cano 2018, 247).

En el caso que estudiamos queremos puntualizar que la reforma no garantiza el derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser escuchados y a poder expresarse libremente en los procesos de divorcio o separación de sus padres y madres. Tampoco se ha tomado en cuenta el derecho de los niños, niñas y adolescentes a crecer

“en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”, cuestión fundamental para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, tal como se establece en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño (UNICEF 1989).

3. Ausencia de un procedimiento específico de mediación familiar

Si bien Ecuador tiene una ley de mediación desde hace más de dos décadas, esta no es de mediación familiar especial y específica. En virtud de que la finalidad de la mediación familiar no es solo la solución de conflictos, sino también la prevención, la orientación y la búsqueda de medidas que mejoren las relaciones familiares y que protejan el interés superior de los hijos e hijas menores de edad.

Sobre los fines de la mediación familiar, ya habíamos destacado, en la obra *Familia, conflictos familiares y mediación* (Ponce 2017), lo referente a la Ley 4/2001 Comunidad Autónoma de Galicia, cuya finalidad es: “El asesoramiento, orientación y búsqueda de un acuerdo mutuo o la aproximación de las posiciones de las partes” (Ley 4/2001, artículo 1).

Otro ejemplo interesante es el que ofrece la Ley 3/2011 Comunidad Autónoma de Navarra, cuyo fin es “adoptar las medidas necesarias para que la decisión que se adopte sobre la custodia de los hijos e hijas menores

atienda al interés superior de los mismos” (Ley Foral 3/2011, artículo 1). Estas leyes son un ejemplo que prueba que la mediación familiar puede ayudar a conseguir estos fines.

Además, la posible consecuencia de no tener un procedimiento de mediación familiar es que no se trata el problema raíz de los conflictos familiares que son los valores y, en consecuencia, que no se obtienen acuerdos justos.

Así mismo, un procedimiento de mediación familiar puede ayudar a mejorar las relaciones de la familia, y a garantizar, a los niños, niñas y adolescentes, el derecho a ser escuchados.

Concluimos que el procedimiento de divorcio por mutuo consentimiento aprobado en la reforma, busca celeridad procesal y descongestionamiento del sistema judicial, al delegar la facultad exclusiva de este trámite a las y los notarios sin más requisitos que un “acta de mediación” que resuelva los temas de tenencia, visitas y alimentos de los hijos e hijas menores de edad o dependientes. Al hacerlo, se omite la protección de los derechos de un grupo de atención prioritaria, los niños, niñas y adolescentes; la protección a la familia como núcleo base de la sociedad; y la promoción de la cultura de paz, que, insistimos, no se obtiene en un “acta de mediación”, sino mediante un proceso que persiga dichos fines.

LA MEDIACIÓN EN ECUADOR COMO OPORTUNIDAD PARA AYUDAR A LAS FAMILIAS A CONSTRUIR ACUERDOS

Ecuador reconoce constitucionalmente (CP, 1997, artículo 118, inc. 3º) desde 1997, el sistema arbitral, la negociación y otros procedimientos alternativos para la solución de controversias. Además, en ese mismo año, se publicó por primera vez la Ley de Arbitraje y Mediación (LAM, 1997), que regulaba específicamente la mediación con las características que hoy subsisten. Por otro lado, la Constitución Política de 1998 reconocía expresamente a la mediación como procedimiento de resolución de conflictos con sujeción a la ley (CP, 1998, artículo 191, inc. 3º). La Constitución vigente

(CE, 2008, artículo 190) establece, además, que estos procedimientos se aplicarán “en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir”. En conclusión, Ecuador, desde su marco constitucional, ha visto en la mediación y en los medios alternativos de solución de conflictos, una valiosa alternativa para la realización de la justicia.

La mediación es, entonces, un procedimiento, una forma, modo o método de proceder que tiene una finalidad clara: la “solución de un conflicto”. En realidad, es

un modo de actuar que busca disolver una situación en la que dos o más personas se disputan un derecho y que también quieren reestablecer lo que le pertenece a cada quien, lo justo para cada persona (Ponce 2014, 327).

Entendemos que el conflicto es un fenómeno (hecho empírico) que genera una oposición de derechos (fenómeno jurídico) y, por tanto, requiere solucionarse en justicia (Otero & Puy 2012 a, 18).

La justicia es conocida de forma muy general como la jurisdicción, función judicial o administración de justicia, a la que recurren las personas que tienen conflictos; para que un tercero, imparcial e independiente, resuelva el derecho conforme al ordenamiento jurídico vigente y mediante un sistema procesal.

En este orden de cosas, consideramos que la justicia debe ir más allá de ciertos jueces-zas que resuelvan con base en el ordenamiento jurídico vigente. Hoy necesitamos de un sistema integrado de varias justicias, tal como lo ha explicado el doctor Francisco Puy: “La Justicia en el siglo XXI debe considerarse desde cinco visiones diferentes que son: a) como Institución, b) como Derecho, c) como Norma, d) como Valor y e) como Virtud” (Otero y Puy 2012 b, 18).

Nosotros creemos que estas cinco principales manifestaciones de justicia se hacen presentes y se pueden realizar de forma más eficaz en la justicia voluntaria, es decir, en la mediación. Así pues, según nuestro parecer, en este caso, las soluciones a los conflictos nacen del diálogo y del debate de las partes que quieren llegar a un acuerdo que reestablezca sus derechos de forma justa, es decir: de manera que determine y procure mejor qué le pertenece a cada una de las partes.

En el tema de los conflictos de padres y madres que han optado por el divorcio y que tienen hijos e hijas menores de edad a su cargo, se debe ir un poco más allá de establecer lo que pertenece a cada quien: se trata de establecer especialmente lo que les pertenece a sus hijos e hijas, lo justo o lo injusto de un ser humano que no tiene la energía, ni la capacidad de exigirlo.

1. Principios de la mediación en el Ecuador aplicados a la mediación familiar

La mediación es un procedimiento flexible basado en 14 principios que lo sustentan y que consideramos fundamentales: 1) autonomía, 2) buena fe, 3) confidencialidad, 4) equidad, 5) flexibilidad, 6) honestidad, 7) imparcialidad, 8) justicia, 9) libertad, 10) legalidad, 11) neutralidad, 12) pacificación, 13) publicidad y 14) voluntariedad (Ponce 2014, 298).

Con la finalidad de proponer las bases sobre una posible ley de mediación familiar, describiremos a continuación algunos principios especiales a considerar en este proceso.

a) El *principio de legalidad* (sujeción a la ley). La mediación otorga la potestad a los particulares de solucionar los conflictos por sí mismos. Sin embargo, esta facultad tiene límites constitucionales y legales. Desde la Constitución Política de 1998 y en la actual Constitución, se determinó que estos procedimientos deben realizarse con sujeción a la ley. A nuestro entender el mandato no solo se refiere a la Ley de Arbitraje y Mediación (LAM 1997), sino también a la ley entendida como la manifestación de la voluntad soberana que manda, prohíbe o permite.

No debemos olvidar que el principio de legalidad manda que el acuerdo tiene que enmarcarse dentro de un ordenamiento jurídico vigente. Por otro lado, tal principio determina quién está legitimado para celebrar algún acto y la forma en que este debe cumplir. Islas Montes lo dice así: “el principio de legalidad es la regla de competencia y regla de control que dice quién debe hacerlo y cómo tiene que ver con la competencia y el ejercicio de facultades”. Además, continúa, “la legitimidad tiene que ver con la justificación de que se ejerce el poder” (Islas Montes 2009, 101-2).

Creemos que el principio de sujeción a la ley, legalidad y legitimidad no debe ser una camisa de fuerza en la búsqueda de la justicia, pero tampoco hay que permitir arreglos antojadizos, perjudiciales y que quebranten el orden jurídico.

- b) La *transigibilidad*. El Constituyente de 2008 estableció, además, que estos procedimientos deben aplicarse en materias en las que, por su naturaleza, se pueda transigir. Con estas palabras aparece una de las figuras jurídicas más tradicionales del Derecho. Me refiero a la transacción, entendida como un modo de extinguir obligaciones. La transigibilidad tiene que versar sobre algo que se pueda disponer libremente o inclusive renunciar o ceder. De conformidad con nuestro código civil se puede renunciar a derechos conferidos por las leyes que:
- a) solo miren el interés individual del renunciante, y b) cuya renuncia no esté prohibida (CC, artículo 318, N.º 11). En el caso de la mediación familiar, por ejemplo, un derecho sobre el cual está prohibida la renuncia es el derecho de alimentos de los niños, niñas y adolescentes. Aclaro que la transacción no es una renuncia, sino más bien un acuerdo (o contrato) que da fin a una controversia y, por supuesto, mediante la cual también se pueden crear nuevas obligaciones.
- c) La *voluntariedad*. La mediación es un proceso voluntario. Este principio es transversal a la mediación y está unido al principio de libertad garantizado en el literal d) del N.º 29 del artículo 66 de la Constitución, a cuyo tenor se establece que “ninguna persona puede ser obligada a hacer algo prohibido o a dejar de hacer algo no prohibido por la ley”. No obstante, considero que, en el tema de mediación familiar, las partes deberían acudir al menos a una sesión informativa de mediación previa a la manifestación expresa de su voluntad, de no optar en ese caso por la mediación. Si se produce ese hecho, el juez sería competente para conocer y resolver el divorcio por mutuo consentimiento, antes de zanjar la situación de los hijos e hijas menores de edad o dependientes.
- d) La *neutralidad*. La mediación es un procedimiento asistido por un tercero neutral llamado mediador (LAM, artículo 43). La neutralidad es un principio fundamental y tiene que ver con la imposibilidad del mediador o mediadora de juzgar a las personas mediadas, de dar consejo, opinar sobre las cuestiones planteadas o imponer soluciones. De este modo, éste se convierte en una persona facilitadora del diálogo para que las propias partes encuentren una salida a la controversia. Este principio,

de carácter general en la mediación, debería tener una aplicación específica en la mediación familiar; pues, si bien la o el mediador no decidirá por las partes, debería en cambio cumplir un rol más activo en la mediación, encaminado a brindar orientación y, especialmente, a preocuparse por asegurar la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

2. Mediación familiar: ¿de dónde partimos?

El principal centro de mediación del Ecuador pertenece a la Función Judicial. Se trata de un centro que ha tenido un notable crecimiento gracias al “Programa Nacional de Mediación y Cultura de Paz de 2013”, implementado por el Consejo de la Judicatura. El centro, que a mediados del año 2013 tenía cinco oficinas de mediación, pasó a tener 51 oficinas en octubre de ese año (Jalk 2013) y 138 oficinas en 2019 (Función Judicial 2020). Adicionalmente, existen en el país, entre instituciones públicas y privadas sin fines de lucro, un total de 98 centros de mediación con 38 oficinas. Es decir: 274 oficinas de mediación.

Las causas de mediación también crecieron en proporción similar: de 6.683 causas atendidas en 2013, pasaron a 35.557 en 2014; y, a diciembre de 2019, el número ascendió a 54.554. Sobre estas cifras nos llaman la atención los datos relativos a acuerdos en casos de familia: en 2013 eran el 62% del total de acuerdos logrados, en 2014 el 36,57% y, en 2019, el 47,54% del total de solicitudes recibidas (Función Judicial 2020).

En el 2018 se registraron 25.670 divorcios. Su principal implementación fue por mutuo consentimiento por vía judicial, seguido del abandono injustificado de cualquiera de los cónyuges por más de seis meses interrumpidos y mutuo consentimiento en vía notarial con: 11.126, 7.724 y 5.536 registros, respectivamente (INEC 2020).

Estos datos nos ayudan a concluir que, a pesar de que la principal demanda de mediación son los casos de familia, todavía no se ha desarrollado un programa específico de mediación familiar. Contamos con 274 oficinas de mediación a nivel nacional (Función Judicial 2020), que bien podrían ayudar con 11.126 causas que

corresponden a divorcios con hijos e hijas menores de edad, en un promedio de 40 casos de mediación familiar al año por oficina de mediación. En definitiva, consideramos que existen las condiciones idóneas para implementar esta institución y empezar a generar un cambio en las familias ecuatorianas.

Un ejemplo representativo de que se pueden lograr grandes cambios sociales a nivel de la familia es el impulso a la mediación familiar que dio el Consejo Europeo mediante la Recomendación N R (98)1 del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre la mediación familiar. ¿Cuál fue la motivación del Comité de Ministros para recomendar la mediación familiar a sus Estados miembros?

En resumen, el Comité de Ministros consideró que las relaciones familiares perduran en el tiempo y que los conflictos que se dan entre sus miembros son perjudiciales para estas relaciones, especialmente para los niños, niñas y adolescentes, a quienes se les debe garantizar su interés superior en materia de derechos, guarda y visitas. Frente a estos males, se consideró a la mediación familiar como un remedio que puede:

“a) mejorar la comunicación entre los miembros de la familia; b) reducir los conflictos entre las partes en litigio; c) dar lugar a acuerdos amistosos; d) asegurar la continuidad de las relaciones personales entre padres e hijos; e) reducir los costes económicos y sociales de la separación y del divorcio para los implicados y los Estados; y f) reducir el tiempo necesario para la solución de los conflictos” (Recomendación N R (98) 1).

Esta recomendación dio lugar a una serie de legislaciones autonómicas en materia de mediación familiar. También fomentó la investigación y la formación especializada y generó programas de mediación familiar desde varios enfoques.

3. ¿Qué es la mediación familiar y cómo puede ayudar?

La mediación familiar nace como una respuesta al incremento de conflictos familiares, especialmente aquellos que se derivan del divorcio. Su finalidad es

garantizar la protección de la familia como base de la sociedad y garantizar los derechos de los hijos e hijas.

Aleix Ripol-Millet comenta que la mediación familiar “se inició en Estados Unidos y Canadá para ayudar a las parejas que se divorciaban, pronto se descubrió su utilidad y eficacia en el tratamiento de muchos otros conflictos familiares y comunitarios” (Ripol-Millet 2011, 37).

Por su parte, Pascual Ortuño Muñoz entiende la mediación familiar como “un proceso de construcción y de reconstrucción del vínculo familiar sobre los ejes de la autonomía y de la responsabilidad de las partes afectadas en un conflicto” (Ortuño Muñoz 2015, 17-8).

Ignacio Bolaños Cartujo añade la visión que establece “la mediación como un proceso en el que una parte de la familia, en colaboración con alguien externo a ella, busca acuerdos que afecten a toda la familia” (Bolaños Cartujo 2018, 93).

Aleix Ripol-Millet considera que:

“la mediación familiar sigue ayudando a las parejas que se separan a llegar a acuerdos que eviten sufrimientos innecesarios a ellos y a sus hijos, pero amplía su intervención al tratamiento de conflictos matrimoniales y familiares de otros tipos: ayudar a parejas y a padres e hijos a comunicarse y entenderse mejor, a mejorar la relación de la institución familiar con otras instituciones sociales (escuela, empresa, entorno social, etc.)” (Ripol-Millet 2011, 37).

En la misma línea, Gema Vallejo Pérez apunta que la mediación familiar “no solo [es] aplicable a los conflictos causados por las rupturas de pareja en casos de separación o divorcio, sino también a cualquier otro conflicto que se ocasione dentro de las relaciones familiares” (Vallejo Pérez 2019, 239).

A nuestro entender, la mediación familiar es una alternativa amigable y beneficiosa que promueve acuerdos justos y duraderos para las familias. Además, en las relaciones parento-filiales, la mediación puede

ayudar a los padres y madres a tomar decisiones y ejercer sus derechos y obligaciones en relación a sus hijos e hijas, de forma que contribuyan a su bienestar y sano desarrollo. Por todos estos motivos, entendemos que un “acuerdo para el divorcio” es sólo una mínima parte de los muchos acuerdos que le esperan a la familia y que, por lo tanto, la mediación familiar

es una forma de saber construir, unir y acordar todos los días. Un mal acuerdo, un acuerdo forzado o por conveniencia, es un conflicto latente, que escala poco a poco hasta desbordar en violencia, agresiones y malos tratos que causan daños irreparables a los niños y niñas que viven la angustia de un conflicto que no les pertenece.

CONCLUSIONES

Resulta imperante atender la necesidad de la sociedad ecuatoriana de un procedimiento especial de mediación familiar que ayude a mejorar las relaciones entre progenitores y que garantice, al mismo tiempo, el interés superior de los hijos e hijas de padres y madres que han tomado la decisión de separarse.

El nuevo proceso de divorcio por mutuo consentimiento no garantiza el interés superior de los hijos e hijas menores de edad de padres divorciados, en tanto no establece un procedimiento especial para tratar un tema tan sensible y de trascendental importancia como es el de garantizar el bienestar de los hijos e hijas en el seno de una familia. En este contexto es fundamental considerar el impulso a la mediación familiar como una institución que puede ayudar a mejorar las relaciones de familia y construir acuerdos justos y estables. Como consecuencia, formulamos las siguientes propuestas:

1. Como medida urgente proponemos que, conforme a la estipulación que se hace en el artículo 180 del Código Orgánico de la Función Judicial, y por cuanto existe duda y oscuridad en el trámite de divorcio por mutuo consentimiento con hijos e hijas menores de edad o dependientes, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia expida una resolución de carácter general y obligatorio que garantice el interés superior del niño, niña o adolescente y que contemple lo siguiente:
 - a) Se considerarán procedimientos voluntarios, con competencia exclusiva de las o los juzgadores, el divorcio o terminación de unión de hecho por mutuo consentimiento, cuando

haya hijos e hijas dependientes y que su situación relativa a tenencia, visitas y alimentos no haya sido convenida mediante acuerdo por mediación aprobado por juez o jueza competente (COGEP, artículo 334, N.º 3).

- b) Entendemos que el juez o jueza no podrá dar por terminado el vínculo matrimonial si es que previamente no se ha resuelto la situación de los hijos o hijas menores de edad o dependientes (COGEP, artículo 340) y;
 - c) Recomendamos tramitar el divorcio por mutuo consentimiento y terminación de la unión de hecho con hijos e hijas menores de edad o dependientes, cuando su situación, en relación a tenencia, visitas y alimentos, se encuentre convenida con acta de mediación aprobada por juez o jueza competente o resolución judicial dictada por juez o jueza competente (Ley Notarial, artículo 18, N.º 22).
2. En cuanto al procedimiento de mediación familiar proponemos así mismo, que el Pleno del Consejo de la Judicatura, como órgano de gobierno, administración, vigilancia y disciplina de la función judicial, con base en el artículo 178 de la Constitución, emita un Reglamento para los acuerdos de mediación familiar a los que se refiere el artículo 340 del COGEP, y el artículo 18, N.º 22 de la Ley Notarial. Dicho procedimiento de mediación familiar debe tener la finalidad de garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes y a la familia como núcleo fundamental de la sociedad. Los centros de mediación aprobados por el

Consejo de la Judicatura deberán remitir, en el plazo de 60 días, los planes de mediación familiar.

3. Finalmente, hacemos énfasis en que la ley de mediación familiar es una necesidad real de nuestra

sociedad y, en tal sentido, los actores políticos, jurídicos y sociales debemos unir esfuerzos para su realización e implementación.

BIBLIOGRAFÍA

- Bolaños Cartujo, Ignacio. 2018. *Hijos Alineados, padres alineados*. Madrid: Ed. Reus.
- Consejo de la Judicatura de Ecuador. 2015. Datos estadísticos: <http://www.funcionjudicial.gob.ec/mediacion/index.php/2015-04-13-21-21-55/datos-estadisticos> (Consultado el 26 de septiembre de 2019)
- _____. 2013. Programa de Mediación, Justicia y Cultura de Paz: <http://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/mediacion/LibroMediacion.pdf> (Consultado el 22 de septiembre de 2019)
- _____. Datos estadísticos: <http://www.funcionjudicial.gob.ec/index.php/es/component/content/article/63-mediacion-y-cultura-de-paz/409-informacion-centros-de-mediacion.html> (Consultado el 26 de agosto de 2019)
- Fariña F., Arce, R. y Seijo D. 2015. El conflicto familiar. Especial referencia a las consecuencias de la separación y el divorcio. En Pillado Esther y Francisca Fariña (coordinadoras), *Mediación Familiar*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Espinoza Cabrera, Jaime. 2019. *El notariado en el Ecuador*. Quito: Cevallos.
- Islas Montes, Roberto. 2009. Sobre el principio de legalidad. En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Año XV, Montevideo: 97-108.
- Jalk, Gustavo. 2013. Discurso del Dr. Gustavo Jalkh en presentación del programa nacional de mediación y cultura de paz, el 23-X-2013: <http://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/discursos/DISCURSO%20DR%20GUSTAVO%20JALKH%20EN%20PRESENTACION%20DEL%20PROGRAMA%20NACIONAL%20DE%20MEDIACION%20CULTURA%20DE%20PAZ.pdf> (Consultado el 22 de septiembre de 2019)
- Instituto Nacional de Estadística y Censos (INEC). 2019. Registro Estadístico de Matrimonios y Divorcios 2018. www.ecuadorencifras.gob.ec/matrimonios-divorcios/ (Consultado el 26 de agosto de 2019)
- Larrea Holguín, Juan. 1985. *Derecho Civil del Ecuador*. Tomo II, Derecho Matrimonial. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Ortuño Muñoz, Pascual. 2015. “La mediación como medio de solución de conflictos”. En Pillado Esther y Francisca Fariña (coordinadoras), *Mediación Familiar*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Otero Parga, Milagros y Francisco Puy Muñoz. 2013. *Una concepción prudencial del Derecho*. Madrid: Tecnos.
- _____. 2012. *Jurisprudencia dialéctica*. Madrid: Tecnos.
- Oyarte Martínez, Rafael. 2016. *Debido Proceso*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Ponce, Johanna. 2017. *Familia, Conflictos familiares y Mediación*. Madrid: Reus.
- _____. 2014. *Conflictos Escolares, Justicia y Mediación*. Madrid: Reus.
- Puy Muñoz, Francisco. 2012. *Teoría dialéctica de la justicia natural*. Edición cuidada por Milagros Otero Parga. Puebla de los Ángeles: Universidad Popular Autónoma del Estado de Puebla.
- Reyes Cano, Paula. 2018. *Menores y violencia de género: Nuevos paradigmas*. Granada: Universidad de Granada.
- Ripol-Millet, Alex. 2011. *Estrategias de mediación en asuntos familiares*. Madrid: Reus.

Vallejo Pérez, Gema. 2019. *La mediación familiar en el sistema jurídico español: de su implantación legislativa a sus retos futuros*. Madrid: Reus.

Legislación consultada (Ecuador).

Constitución Política de la República del Ecuador, R.O. 2, de 13-II-1997.

Ley de Arbitraje y Mediación, R.O. 145 de 4-IX-1997.

Ley Orgánica Reformativa del Código Orgánico General de Procesos. Suplemento Año III, N.º 517. Quito, 26-VI-2019.

Constitución Política de la República del Ecuador, R.O. 1, de 11-VIII-1998.

Código de la Niñez y Adolescencia. Registro Oficial 737 del 3-I-2003.

Código Civil ecuatoriano, codificación, 10. R.O. 46, 24-VI-2005.

Ley de Arbitraje y Mediación R.O. 417 de 14-XII-2006.

Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449, de 11-X-2008.

Código Orgánico de la Función Judicial, R.O., 544 de 9-III-2009.

Código Orgánico General de Procesos COGEP, Registro Oficial Suplemento 506, de 22-V-2015.

Resolución de la Corte Nacional de Justicia 10, sobre la Representación de Incapaces en Litigio (*Curador Ad Litem*), R.O. 950 de 22-II-2017.

Ley Orgánica Reformativa del Código Orgánico General de Procesos, Suplemento Año III N.º 517. Quito, 26-VI-2019.

Legislación consultada (España).

Ley 4/2001, de 31 de mayo, reguladora de la mediación familiar. Publicado en DOG N.º 117, de 18-VI-2001 y BOE N.º 157, de 2-VII-2001.

Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, publicado en BOE N.º 163, de 9-VI-2005.

Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres, publicado en BON N.º 60, de 28-III-2011 y BOE N.º 87, de 12-IV-2011.

Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, Jefatura del Estado BOE N.º 158, de 3-VII-2015.

Legislación consultada (Chile).

Ley 19947 Establece Nueva Ley de Matrimonio Civil, publicada 17-V-2004.

Legislación consultada (Colombia).

Ley 962 DE 2005, (julio 8), Diario Oficial N.º 46.023, de 6-IX-2005.

Legislación consultada (Unión Europea).

Recomendación número R (98) 1, sobre Mediación Familiar, aprobada por el Consejo de Ministros del Consejo de Europa el 21-I-1998, en la 616ª Reunión de los Delegados de los Ministros.

Convenios internacionales.

Convención sobre los Derechos del Niño, R.O. 153, de 25-XI-2005.

Dictamen N.º 002-29-OP-CC.

SHARENTING Y DERECHOS DE LA NIÑEZ EN ECUADOR

SHARENTING AND THE RIGHTS OF THE CHILD IN ECUADOR

SHARENTING E DIREITOS DA CRIANÇA NO EQUADOR

Rosana Granja*

Recibido: 03/09/2019

Aprobado: 03/11/2019

Resumen

En los dos primeros capítulos, este trabajo busca demostrar que los progenitores no deberían publicar fotografías de sus hijos-as en Facebook o Instagram por dos razones: a) constituye un ejercicio omnímodo de la patria potestad, propio de épocas en que los niños y niñas eran objeto de protección jurídica; y b) lesiona el interés superior, planteado en la Convención de Derechos del Niño como un límite a las decisiones sobre niñez que afecta a la patria potestad. Sin perjuicio de lo anterior, el capítulo final reconoce que, si bien esta conducta de los progenitores es lesiva, sería imposible de prohibir; y plantea formas, aplicables en el Ecuador, en que la sobreexposición y vulneración de los derechos de la niñez resulte atenuada.

Palabras clave: Redes sociales; Interés superior; Facebook; Instagram; Intimidad; Datos personales; Patria potestad; *Sharenting*.

Summary

This article explores, in its first two chapters, the idea that parents shouldn't upload photographs of their children on Facebook or Instagram. This is done based on two premises. The first one addresses it from the point of view of an absolute right of parents vis a vis their children, an idea based on the old conception of children as objects. The second one is based on the violation of the best interest of the child, a cornerstone of the Convention on the Rights of the Child and a limit to the exercise of parental custody. It is

recognized that this parental behavior, even if it is harmful, could not be prohibited. To face this conundrum, the final chapter proposes some mechanisms to mitigate the effects of overexposure and violation of the rights of children in the Ecuadorian context.

Key words: Social Media; Intimacy; Personal data; Best interest of the child; Custody; *Sharenting*.

Resumo

Nos primeiros capítulos, este trabalho busca demonstrar que os progenitores não deveriam publicar fotografias de seus filhos no Facebook ou Instagram por duas razões básicas: a) constitui um exercício ilimitado da pátria potestade, próprio de épocas em que as crianças eram objetos de proteção jurídica; e b) lesiona o interesse superior das crianças, planteado na Convenção de direitos da criança como um limite às decisões sobre as crianças que por óbvias razões afetam a pátria potestade. Sem prejuízo do anterior, o capítulo final, por sua parte reconhece que, mesmo sendo lesiva esta conduta dos progenitores, é impossível proibi-la, razão pelo qual, se planteia formas em que a sobre exposição e vulneração dos direitos da criança seja atenuada e que sejam aplicadas no Equador.

Palavras chave: Redes sociais; Interesse superior; Facebook; Instagram; Intimidade; Dados pessoais; Pátria potestade; *Sharenting*.

* Profesora titular de la Cátedra Familias de la Facultad de Derecho de la Universidad de las Américas. Abogada graduada en la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Master en Derecho Ambiental Internacional por la Universidad Central del Ecuador y Magister en Derecho de Familia y Sistemas Hereditarios por la Universidad Nacional de Educación a Distancia de España. Correo electrónico: rosana.granja@udla.edu.ec

INTRODUCCIÓN

Podríamos iniciar con la afirmación de que, la mayor parte de la población mayor a 30 años tiene un álbum fotográfico “físico” que fue elaborado por sus padres o abuelos y documenta momentos que les causaron gracia u orgullo personal.

Cuando dichas fotos se mostraban a extraños en reuniones sociales, los retratados seguramente experimentaron por lo menos una vez sentimientos de vergüenza; de forma que decidieron presentar queja formal al padre, madre o abuela para que retire la fotografía objeto de bochorno, o quizás simplemente impidieron que el álbum fotográfico llegara a mostrarse en próximas oportunidades.

El internet y las redes sociales han cambiado la forma de construir y mostrar los álbumes familiares. Quizás aún exista algún conservador que por gusto mantenga álbumes físicos y los muestre a grupos selectos; pero, ahora, las personas guardan sus recuerdos fotográficos en un dispositivo móvil, en la nube o en los álbumes de las redes sociales como Facebook e Instagram, los mismos que son imposibles de eliminar pese a los filtros de privacidad e incluso pese a las técnicas de eliminación. Como consecuencia, se sacrifican derechos humanos tan básicos como la intimidad, el honor, la imagen y datos personales de los niños y niñas. Este es el tema sobre el que se reflexiona en el presente trabajo.

Los progenitores utilizan las redes sociales para compartir imágenes de su prole como otrora lo hicieron sus padres y madres -desde su perspectiva-, con la diferencia de que este álbum digital será imposible de ocultar, porque el internet es un espacio que nunca olvida.

Cuando crezcan, estos adolescentes o adultos quedarán condenados a vivir con estas imágenes, por muy vergonzosas o íntimas que les parezcan y, como consecuencia, con la vulneración constante de su derecho a la intimidad, a la imagen, al honor y a los datos personales. Conscientes de esta realidad, varios

adolescentes ya han ejercido acciones contra sus progenitores por afectaciones a su derecho a la intimidad y honra.

En el año 2016, la joven austriaca C. presentó una demanda contra sus padres, porque compartieron fotografías personales en redes sociales sin consultarle, así también el canadiense D. R, de 13 años, quien se quejó contra sus progenitores por colgar imágenes que, a su criterio, dañaban su reputación.

Desde el contenido de los derechos humanos, la jurisprudencia colombiana y la española encontraron que las publicaciones producían afectaciones negativas a la honra, intimidad, imagen y datos personales de los niños y niñas, pero no calificó si el comportamiento de los progenitores era un ejercicio abusivo de la patria potestad, que es precisamente el aporte del presente trabajo.

Como antecedente, en el primer acápite se cuestiona si la transición de objeto a sujeto de los niños y niñas en los distintos sistemas de protección supuso un cambio en el comportamiento de la patria potestad. Comprender el papel de los progenitores en el sistema de protección contemporáneo determinará la posición que deben tomar respecto a sus publicaciones de fotografías en redes sociales.

Por otra parte, la Convención de los Derechos del Niño estableció que el límite de la patria potestad es el interés superior, pero no llegó a definirlo; y, así, produjo una serie de interpretaciones discrecionales. En ese marco, en el segundo acápite se usa estándares de la jurisprudencia comparada para analizar si el comportamiento digital de los progenitores sería compatible con el interés superior de los niños.

Finalmente, en el tercer acápite, se reconoce que, en la sociedad de la información, una prohibición de comunicar es imposible. Por esta razón, se analizan las formas de protección ideadas por la jurisprudencia española, con miras a aplicarlas en el Ecuador.

LA PATRIA POTESTAD Y EL INTERMINABLE CAMINO DE LOS NIÑOS Y NIÑAS DE OBJETOS A SUJETOS

En el derecho romano arcaico, los niños-as estaban sometidos a la voluntad del *pater*, quien podía controlar sus cuerpos y voluntad, someterlos al abandono, la venta e inclusive la decisión sobre la vida y la muerte denominada *ius vitae et necis* (Vázquez-Pastor 2013, 1812).

El paso del tiempo, junto con el ensanchamiento del aparato estatal y la incursión de la Iglesia, atenuaron las facultades del *pater* en una visión denominada “paternalista” por Vázquez-Pastor Jiménez (2013), y como “proteccionismo tradicional” por Campoy (2013), que fundamentalmente consideraba a los niños y niñas como objetos de protección jurídica a merced de la decisión de los progenitores.

En este modelo, los infantes eran seres inocentes, indefensos e incapaces de gobernarse hasta la mayoría de edad, de forma que fuera el padre –inicialmente, y no la madre- quien tomara las decisiones, si bien ya no sobre su muerte, sí sobre asuntos trascendentales como la restricción de libertad al ingresarles en centros correccionales con la sola justificación de mal comportamiento¹. Por su naturaleza, el proteccionismo tradicional trajo consigo la creencia *iuris tantum* de que los progenitores actúan motivados por el bienestar de los hijos-as, de ahí que era propio prescindir de las opiniones, deseos y manifestaciones de la prole.

Los movimientos sociales y políticos de los años 70 protestaron en favor de la niñez y, como resultado, lograron la aprobación de la Convención de los Derechos del Niño de 1989, donde se impuso un nuevo modelo de protección denominado por Campoy (2013) como “proteccionismo renovado”. Dos cuestiones caracterizaron a este sistema: a) los niños y niñas se considerarían sujetos de derecho desde su nacimiento; b) los progenitores serían vigilantes de la ejecución de los derechos y, por lo tanto, representantes de la niñez,

pero solo hasta que la edad o madurez² de sus hijos les exoneren de esta responsabilidad y siempre con el limitante del interés superior.

El problema en la práctica fue que el comportamiento de los progenitores se mantuvo igual que en el proteccionismo tradicional: toda decisión tomada fue pensada para el beneficio paternal o familiar por encima de aquel de la prole. Véase, por ejemplo, que la selección de escuelas y colegios responde a la libertad religiosa de los progenitores y no al propio pensamiento del estudiante, quien resulta más bien sometido. Este fenómeno ocurría antes en todas las esferas, y sucede hoy en el manejo de redes sociales.

Para Caro (2012), las redes sociales exaltan el narcisismo del titular, porque le permiten construir un “yo” a partir de sus conveniencias y, sobre todo, desde las reacciones que provoquen en el otro. Los usuarios publican fotografías en espera de una retroalimentación de sus seguidores. De ahí podría concluirse que un progenitor cuelga una foto de su hijo-a en la red social no para promover el derecho de su prole a mantener nexos familiares o cercanos en la red, sino para alimentar su propio narcisismo y construir un “yo”.

El mundo del deporte infantil constituye un gran marco de observación de estos casos, pues los progenitores cuelgan fotografías de las competencias en que sus hijos-as obtuvieron primeros lugares, no así del resto donde no hubo resultados positivos, y así exaltan el carácter narcisista de la publicación. Por lo tanto, difícilmente se puede sostener que la publicación de fotos en Facebook reporte algún beneficio para los niños.

Por otra parte, las tecnologías de la comunicación e información (Tics) dieron lugar a un nuevo tipo de identidad que se conoce como digital. Cada vez que una persona navega en internet o hace uso de las redes

1 Efectivamente, según el art. 234 del Código Civil ecuatoriano de 1860, la patria potestad la ejercía nada más el padre, quien conforme el art. 227 del mismo texto legal, podía imponer no solo castigos físicos sino también el encerramiento.

2 El Comité de Derechos del Niño define la madurez como “la capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de un asunto determinado”. Observación General N.º 12. CRC/C/GC/12 de 20-VII-2009.

sociales deja un rastro digital de información que, disperso, no expresa nada; pero, unificado -por los motores de búsqueda y empresas encargadas de bases de datos-, deriva en una identidad digital tan específica que puede develar información sensible que quizás el propio usuario quisiera alejar del conocimiento público, como las preferencias sexuales. De nada sirve colocar privacidad e inclusive cerrar una red social, porque la información permanece guardada para un posible uso futuro.

Cuando los progenitores comparten información contribuyen en la creación tanto de su propia identidad digital como la de sus hijos e hijas, sin saber si ellos estuvieran conformes con esta sobreexposición de

información o con la forma en que es presentada, sobre todo porque no se molestan en consultarles; o, por su corta edad, no es posible hacerlo.

En su sentencia, la Corte Constitucional Colombiana señaló que el futuro de los niños pelagra con las publicaciones en la red social; pues, cuando ellos tengan plena capacidad de decisión y busquen el ingreso en la web 2.0, se encontrarán con información íntima suya compartida con amigos que no escogieron, y de forma distinta a cómo habrían querido presentarla³. En tal virtud, lejos de ser benéfico al derecho de los niños, dichas publicaciones les reportan un daño en el interés superior, y particularmente en sus derechos de honor, intimidad y datos personales.

EL INTERÉS SUPERIOR EN EL RÉGIMEN DE LAS TICS

El *sharenting* (la exposición de datos personales de los niños, niñas y adolescentes en las redes sociales de sus progenitores) inicialmente parecía inofensivo, pero el paso del tiempo reveló varios problemas derivados de él, como la pornografía infantil, el *grooming*⁴, y el abusivo ejercicio de la patria potestad por parte de los progenitores. Los padres publican imágenes de sus hijos e hijas motivados por fines propios como el narcisismo y la construcción de una identidad digital personal y, de esta manera, contradicen el rol de representantes y garantes de los derechos de la niñez establecidos por el proteccionismo renovado y quizás en flagrante alteración del “interés superior”.

La Declaración de los Derechos del Niño de 1959⁵, y posteriormente la Convención Internacional para la

Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer⁶, colocaron al interés superior del niño en sus textos, no como un concepto complejo, sino como una forma de expresar que Estados y particulares deberían actuar con miras a obtener “el bien” o lo que mejor convenga a la niñez.

Solo a partir de la Convención de los Derechos del Niño (1990) y las Observaciones Generales, el interés superior resulta aplicable tanto para el Estado y demás autoridades como para los progenitores, y adquiere una triple dimensión: a) derecho sustantivo⁷; b) norma de procedimiento⁸ y c) principio jurídico interpretativo fundamental para resolver conflictos entre personas bienes e intereses⁹. El problema con el interés superior es la subjetividad y discrecionalidad de quien

3 Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-260/12.

4 Según Patricia Santisteban, el grooming es un “proceso en el cual un adulto se gana la confianza de un menor con el objetivo de obtener algún tipo de contacto sexual”. Patricia Santisteban y Manuel Gamez-Guadiz (2017). “Estrategias de persuasión”, en *Grooming online de Menores: Un análisis cualitativo con agresores en prisión*. Ebook. Madrid. http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1132-05592017000300139&lng=es&nrm=iso. Accedido el 22-VIII-2019.

5 Véase el principio dos.

6 Véanse los artículos 5. B y 16.1b.

7 Significa que es un derecho de los niños y puede reclamarse en cada caso concreto. Ver párr. 1 y 6 de la Observación General N.º 14. *Observaciones generales del Comité de los derechos del niño*. n.d. México: Unicef.

8 Se refiere a que cada Estado tendrá que contar con profesionales calificados y especializados que motiven detalladamente sus decisiones con una explicación de cómo han utilizado el interés superior y porqué es aplicable al caso. Ver observación General N.º 14. *Observaciones generales del comité de los derechos del niño*. n. d. México: Unicef.

9 En este sentido, cuando surge duda respecto a qué derecho debe ser aplicable, tras analizar el caso, debería preferirse el derecho del niño por encima de cualquier otro. Véase párr. 6 de la Observación General N.º 14. *Observaciones generales del comité de los derechos del niño*. n.d. México: Unicef.

lo aplica, porque lo hace conforme a su propia experiencia. En el caso *Atala Rifo y Niñas vs. Chile*, por ejemplo, el juzgado de primera instancia consideró que el interés superior de las niñas resultaba vulnerado al convivir en una familia homosexual; aunque esta determinación no fue tomada en cuenta por la mayor parte de sentencias que sobrevinieron y reinterpretaron el interés superior¹⁰.

Para disminuir la discrecionalidad del legislador y del juzgador, la Observación General N.º 14 propone una lista flexible¹¹ de elementos que las autoridades de los países miembros podrían tener en consideración al momento de hacer uso del interés superior, pero que no resultan aplicables para los progenitores; porque, después de todo, ellos toman decisiones apegados a sus creencias, sin aceptar cuestionamiento alguno sobre la paternidad.

Precisamente por tal motivo, la jurisprudencia española y la colombiana han expresado que los padres respetan el interés superior de sus hijos-as cuando: a) analizan las consecuencias de las decisiones sobre el futuro de sus niños (STS de 31-VII-2009), b) actúan con respeto a la integridad física, psicológica y sexual (STS de 24-IV-2000), c) respetan la personalidad del hijo, que implica tener en cuenta su “peculiar individualidad” (STS de 9-VII-2002)¹², y, d) escuchan e incorporan las ideas de sus hijos e hijas en la toma de decisiones (Corte Constitucional Colombiana T-260-12).

Si tomamos cada uno de los postulados dados en las líneas antedichas y lo confrontamos con el *sharenting*, quizás concluyamos que el interés superior resulta sacrificado por quienes están llamados a protegerlo de forma prioritaria.

Si se tiene en cuenta el respeto al futuro de la niñez, es claro que el desconocimiento de los progenitores sobre los riesgos de las redes sociales y el internet les torna incapaces de analizar las consecuencias a futuro.

Cuando comparten imágenes de sus hijos, los progenitores cuelgan información que, desde su perspectiva, resulta inofensiva; por ejemplo, la primera ecografía¹³ e inclusive el entrenamiento sanitario. Sin embargo, nadie puede predecir las preferencias de intimidad de información que los niños tengan cuando lleguen a la edad adulta, especialmente si se tiene en cuenta que las fotos constituyen parte de la vida privada de las personas y difundirlas públicamente es su derecho.

Aunque los progenitores apliquen filtros de privacidad, o borren alguna fotografía de sus hijos e hijas de la web, cada imagen o dato permanece disponible en la memoria y el caché, al alcance del público en general; de ahí que el futuro adulto-a podría sufrir una vida sometida a la vulneración constante de sus derechos de intimidad, honor y datos personales.

De otro lado, como ya lo señaló la Corte Constitucional Colombiana, la identidad digital de los niños sería construida desde la percepción de un tercero, y se pondría en riesgo la forma de presentación deseada por el titular¹⁴.

La integridad física, psicológica y sexual se halla en riesgo si tenemos en cuenta que las publicaciones permiten ubicar a los niños, niñas y adolescentes en tiempo real e identificar sus actividades cotidianas, porque se realizan sin ningún tipo de filtro de seguridad. El *grooming* y la pornografía infantil son algunas de las consecuencias nocivas de este comportamiento.

10 Caso *Atala Rifo y Niñas vs. Chile*, Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), 24-II-2012, disponible en la dirección web: <https://www.refworld.org/es/docid/57f76e8314.html> [Consult. el 17-VIII-2019]

11 Estos elementos incluyen la: a) Evaluación del interés superior del niño en cada caso concreto, que comprende al análisis de todos los elementos del caso, y, b) Determinación del interés superior en el marco de un procedimiento que vele por las garantías jurídicas y la aplicación adecuada del derecho. En este caso se propone que los niños tengan acceso a un debido proceso que les permita participar, contar con asistencia especializada e imparcial, reducidos en el tiempo, porque, entre mayor sea el tiempo de reclamo, más se ahondará la vulneración del derecho. Farith, Simon (2014). *Interés superior del niño: técnicas de reducción de la discrecionalidad abusiva*. Quito: Ed. Iuris Dictio.

12 La exposición de motivos de la ley 11/1981 referente al tema, decía: “la reforma ha erigido en principio básico el respeto a la personalidad del hijo no solo objeto de cuidados, sino sujeto cuya peculiar individualidad constituye ahora la regla y medida del trato y la educación que haya de recibir”.

13 Según el informe *Digital Birth: Welcome to the Online World*, elaborado por AVG TECHNOLOGIES, la cuarta parte de niños del mundo tiene presencia en internet antes de nacer. Garriga, Ana. 2016. *Nuevos retos para la protección de datos en la Era del Big Data y de la computación ubicua*. Madrid: Dykinson.

14 Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-260/12.

Por otra parte, este comportamiento transmite a los niños y niñas la idea de que la intimidad es irrelevante; que, a futuro, puede promover la relativización de la intimidad y, como consecuencia, la sobreexposición de los adolescentes.

El diario *La Vanguardia* publicó la historia de una madre que había descubierto varias fotos suyas en la red social de su hija a la vista de 353 de sus amigos. Y resultó desconcertante que la hija no comprendía la razón de la molestia de su madre; porque, para aquella, como para la mayor parte de los adolescentes, el concepto de intimidad ha sido trastocado por la tecnología.

En el reportaje, Roger Martínez, sociólogo y profesor de la Universitat Oberta de Catalunya (UOC), explicaba que los adolescentes quieren dejar un registro de todo lo que están viviendo, porque están convencidos

de que no tiene importancia mostrarlo¹⁵, de forma que se genera una afectación de índole psicológica.

Si consideramos que el álbum digital de los niños y niñas se inicia con una ecografía y se alimenta paulatinamente de imágenes de la primera infancia que estarán de forma permanente en la web, concluiríamos que no existe respecto a la toma de decisiones, porque los pequeños-as aún no están en capacidad de opinar o entender el alcance de las redes sociales.

Cuando la Convención incorporó el principio de autonomía progresiva para el ejercicio de los derechos por el niño, confió en los progenitores como representantes y garantes encargados de promover su bienestar y encaminarse al interés superior. Sin embargo, es claro que, en las redes sociales, el interés superior de los niños y niñas se sacrifica en aras de las necesidades de los progenitores.

LA PATRIA POTESTAD COMO POSIBLE CONTROL DEL SHARENTING

Es claro que el *sharenting* vulnera el interés superior, pero, tal como está la sociedad de la información, es preferible idear mecanismos de control, que ingresar en el terreno inmanejable de la prohibición.

La jurisprudencia española creyó que la patria potestad conjunta sería el camino más idóneo para controlar el *sharenting*. Por ello, en cuatro procesos de guarda y custodia de hijos no matrimoniales¹⁶, se estableció que, aunque no convivan, ambos padres, deberían acordar la divulgación de las imágenes de sus hijos en redes sociales.

Si bien las sentencias no establecieron límite alguno para el ejercicio de esta facultad, se entendería que los progenitores pueden tomar estas decisiones hasta que los adolescentes cumplan los 14 años señalados por la Ley 3/2018 de 5 de diciembre, de Protección

de Datos Personales y Garantía De Los Derechos Digitales, como el momento en que adquieren capacidad y autonomía sobre sus derechos de intimidad y datos personales¹⁷.

Esta propuesta puede ser ingenua, pero resulta funcional por dos aspectos: a) aunque no lo dice expresamente, concede el control a la familia, porque con ello se reconoce que la jurisprudencia y la legislación son herramientas inútiles para frenar el *sharenting* en una sociedad como la nuestra; y, b) considera que la diversidad de percepciones puede mejorar la sobreexposición de los niños.

Podríamos acoger un criterio similar en el Ecuador, porque nuestra legislación establece que los progenitores ejercen patria potestad de forma conjunta e independiente de la convivencia con el hijo. Sin embargo,

¹⁵ *La Vanguardia*, sábado 9-VII-2011. 24 y 25.

¹⁶ Son las 4 sentencias: a) 356/2018 de 6 de julio de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife b) SAP B 4328/2018 de la Audiencia Provincial de Barcelona; c) AP de Pontevedra de 4-VI-2015; y d) 265/2015 de 22-IV-2015, emitida por Audiencia Provincial de Barcelona.

¹⁷ La legislación española redujo la edad de 16 años establecida en el Reglamento (UE) 20167679 Europeo de Protección de datos.

para evitar equívocos, vale diferenciar la patria potestad de la tenencia, y colocar las diversas obligaciones que asume cada institución.

El artículo 105 del Código de la Niñez y Adolescencia señala que la patria potestad es el conjunto de “derechos y obligaciones de los padres relativos a sus hijos e hijas no emancipados”. Después de entender el proteccionismo renovado, difícilmente sostendremos que algún progenitor tenga derecho sobre su hijo-a, de modo que nos decantamos por la posición de la doctrina española al decir que se trata de un derecho-función que respeta la integridad e individualidad de los hijos e hijas y garantiza el interés superior.

Derecho: si bien no constituye uno subjetivo atribuido a los progenitores para decidir sin explicaciones sobre su prole, comprende las concesiones que la ley reconoce que los padres pueden ejercer para la crianza y educación de los hijos-as. En este sentido, el Tribunal Supremo Español¹⁸, en varias oportunidades, ha declarado los derechos de sostenimiento, educación y custodia de los hijos.

Función: los progenitores no podrían eludir, renunciar o transferir (salvo casos específicos) los derechos correspondientes, sino que obligatoriamente deben ejercerlos en beneficio de sus hijos.

La tenencia, denominada guarda o custodia por la legislación española, es un derecho de convivencia concedido a favor de uno de los progenitores, ante la ausencia, separación o impedimento del otro, y no afecta el ejercicio conjunto de la patria potestad¹⁹.

En el régimen que antecedió al Código de la Niñez y Adolescencia, la convivencia concedía el ejercicio de la patria potestad y consecuentemente un mejor nivel de derecho del progenitor custodio respecto del que estaba separado, impedido o ausente.

Sucedía que tanto el Código Civil como el de Menores²⁰ entendían a la patria potestad como una institución patrimonial destinada a la administración de los bienes de los hijos e hijas; en este contexto no tenía sentido que aquel que vivía lejos del beneficiado pudiera tomar alguna decisión.

Con justa razón, para Larrea Holguín la patria potestad era el “conjunto de derechos y deberes de los padres sobre los hijos no emancipados, de índole principalmente económico e intransferible” (2008, 277-339).

Las cuestiones extrapatrimoniales, como el cuidado, crianza, decisiones morales e incluso castigos corporales, las ejercían ambos progenitores -aun cuando no convivieran con su prole-, a través de la denominada “autoridad paterna”. Estas disposiciones se mantienen vigentes en el Código Civil, pese a que son aplicables solo supletoriamente por el Código de la Niñez y Adolescencia.

El actual modelo renovado de protección dejó de lado esta forma, entendiendo que la patria potestad era conjunta para ambos progenitores, independiente del régimen de tenencia²¹ y aplicable tanto para el ámbito patrimonial como para el extrapatrimonial.

Ciertamente, el Código de la Niñez y Adolescencia entendió que la patria potestad era conjunta e independiente del régimen de tenencia, no sólo porque así lo indica expresamente el artículo 118, sino porque las disposiciones de salida del país de los niños y niñas dieron cuenta de que ninguno de los dos progenitores estaba en la capacidad de tomar decisiones individuales²². Posteriormente, la Constitución hizo lo mismo, cuando mencionó que la maternidad y paternidad son responsables, igualitarias y, aún más, obligatorias en caso de separación de los hijos²³.

18 STS de 22-V-1993.

19 Véase Art. 106 del Código de la Niñez.

20 Véase Art. 47 del Código de Menores y 28 del Código Civil.

21 Véase Art. 118 del Código de la Niñez.

22 Véase el Art. 109 del Código de la Niñez.

23 Véase el Art. 69 núm. 1 y 5.

Es claro, entonces, que la patria potestad se ejerce conjuntamente por ambos progenitores. De ahí que, tal como en España, los dos deberían decidir sobre el uso de imagen de sus hijos en redes sociales, salvo limitación, suspensión o privación.

Si bien no contamos con un reglamento de datos personales similar al europeo, entendemos que los progenitores pueden ejercer este derecho hasta que los adolescentes alcancen los 15 años de edad, que

es cuando adquieren capacidad de uso de su imagen según el artículo 52 del Código de la Niñez y Adolescencia.

De todo lo expuesto se concluye que la legislación ecuatoriana es amigable y puede incorporar el sistema de control *sharenting* establecido por la jurisprudencia española. Sólo quedaría decidir si estas discusiones se tendrían en los procesos donde se resuelve la tenencia o en un proceso independiente.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1. Cada sistema legal de protección concibió a los niños y niñas con un estatus jurídico diferente y, consecuentemente, concedió a los progenitores distintos tipos de poder. En el derecho romano, los niños-as eran objetos de protección jurídica; por esta razón, los padres ejercían un tipo de poder omnímoto, al punto que podían decidir sobre la vida de la prole.

El sistema proteccionista tradicional que sobrevino reconoció que los niños y niñas gozaban de derechos, pero eran “menores” que aquellos reconocidos a los adultos. El poco entendimiento de la vida e inmadurez característica de los grados tempranos de infancia colocó a los progenitores en una posición privilegiada en la que podrían tomar decisiones “por el bien de sus hijos”, que derivaban en beneficio propio, sin ningún cuestionamiento o límite.

Si bien la muerte no era posible, en este sistema sí se permitían los castigos corporales e, inclusive, la privación de libertad.

Por su parte, el sistema de proteccionismo renovado o doctrina de la protección integral -hoy vigente- entendió a los niños y niñas como sujetos y, por consiguiente, como titulares de los mismos derechos que los adultos. Si bien la consideración de los estados de inmadurez e irracionalidad se mantuvo, los progenitores se convirtieron en protectores de los derechos de sus hijos-as.

Las decisiones que se tomaran debían probarse como las mejores para el alcance de los derechos de la niñez.

Las publicaciones de los padres en redes demostraron que la mentalidad impuesta desde el proteccionismo tradicional no ha cambiado; los progenitores aún se piensan superiores respecto de los derechos de sus hijos, y deciden en su nombre sin valorar adecuadamente los derechos involucrados o los riesgos en que colocan a la prole, con la intención de beneficiarse de forma personal.

2. La Convención de los derechos del niño incorporó al interés superior como un principio a seguir en la toma de decisiones sobre los derechos de niñez que incluía necesariamente a los padres, pero no alcanzó a definirlo. El Comité de Derechos del Niño y la jurisprudencia debieron establecer estándares para comprender y valorar el interés superior en casos concretos.

Según los presupuestos de la jurisprudencia española y colombiana, los progenitores respetan el interés superior fundamentalmente cuando involucran al niño o niña en la toma de decisiones y respetan su integridad física, psicológica y sexual.

Las publicaciones en las redes sociales permiten la identificación precisa del niño-a, sus gustos, preferencias e incluso su ubicación. Este hecho constituye una afectación a su integridad, porque

lo vuelve vulnerable a los delitos, no solo informáticos, como puede ser la pornografía infantil, sino a otros como el secuestro.

Alguien podría discutir que, en todo caso, los progenitores podrían utilizar filtros de privacidad; pero, aún con ellos, no hay garantías frente a los terceros receptores. Un pariente puede capturar la foto, publicarla o difundirla sin autorización; y personas que tienen restringido el acceso a esas fotos (por filtros de privacidad) pueden obtener información a través de las cuentas de contactos en común.

3. Si atendemos a los fundamentos del interés superior y la forma de vulnerarlo expuesta en el segundo acápite del presente trabajo, los progenitores no podrían publicar fotografías de sus hijos e hijas menores de quince años en internet. No obstante, instaurar sanciones o restricciones a la patria potestad en una sociedad de la información como la nuestra quedaría como letra muerta, porque no

existe el personal, tiempo o dinero para intervenir en todas las comunicaciones que se hacen a través de las redes sociales.

Lo único que queda es idear mecanismos de control que puedan ser eficaces y menos costosos. Sin duda, el *sharenting* disminuiría si depende del acuerdo de ambos progenitores, razón por la cual, la propuesta española resulta innovadora y podría acogerse en el Ecuador.

4. En el Ecuador, el régimen de patria potestad es conjunto para ambos progenitores e independiente de la convivencia, por lo tanto, los dos deben tomar todas las decisiones en lo que concierne a los hijos e hijas.

Si bien, para los efectos del presente trabajo, esta disposición es positiva, tendría que analizarse si conviene en todos los casos, tanto respecto a las cuestiones diarias como a las decisiones emergentes.

BIBLIOGRAFÍA

- Caro Castaño, Lucía. 2012. "Identidad mosaico. La encarnación del yo en las redes sociales digitales". *Telos*, N.º 91 (abril-junio): 59-68.
- Castiella, José. 2015. *Instituciones De Derecho Privado Tomo 1*. Madrid: Civitas Ediciones S.L.
- Carreras, Francesc. 2006. *Derecho Español de la Información*. Barcelona: Ed. UOC.
- Campoy, Ignacio. 2017. "La construcción de un modelo de derechos humanos para los niños, con o sin discapacidad". *Derechos y Libertades*. N.º 137.
- Cillero, Miguel. 2001. "El interés superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre derechos del niño". En *Derecho de la Niñez y Adolescencia Compilación*. Coord. Mauricio González Oviedo. San José de Costa Rica: UNICEF, Comisión Nacional para el Mejoramiento de la Administración de Justicia, Pde judicial, Escuela judicial y Voluntarios de Naciones Unidas.
- Calzadilla, María. 2017. "Lo que la patria potestad no ampara". *Revista de Derecho de Familia*, N.º 74.
- Colas, Ana. 2017. "La defensa del interés del menor en el conflicto entre el derecho a la intimidad de los menores de edad y los derechos y obligaciones derivados de la patria potestad de sus progenitores". *Aranzadi Civil-Mercantil. Revista Doctrinal*: 29-72.
- De la Iglesia, María. 2013. "Nueva visión del libre desarrollo de la personalidad del menor. Su capacidad de decisión sobre su futuro profesional". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. N.º 89: 51-70.
- Díaz Martínez, Ana. 2013. "La Tutela del interés superior del menor en la ordenación de las relaciones personales con sus progenitores y las decisiones sobre su futuro profesional". *Revista Aranzadi Civil-Mercantil. Revista Doctrinal*, N.º 1: 51-70.
- Diez Picazo, Luis. 2008. *Sistema de Derechos Fundamentales*. 3.ª ed.. Navarra: Civitas Ediciones S.L.
- Femenía López, Pedro. 2012. "Daños por violación de la intimidad en las relaciones paterno-filiales". En *La responsabilidad Civil en Las relaciones paterno-filiales*. Madrid: Dykinson.
- Garriga, Ana. 2016. *Nuevos retos para la protección de datos en la Era del Big Data y de la computación ubicua*. Madrid: Dykinson.
- Jiménez Martínez, María. 2005. "Ejercicio de la Patria Potestad en los casos de vida separada de los progenitores". *Revista de Derecho Privado*: 3-30.
- Lasarte, Carlos. 2014. *Compendio de Derecho de Familia*. Madrid: Dykinson.
- Lacalle Noriega, María. 2016. *La Persona como Sujeto del Derecho*. Madrid: Dykinson.
- Moreno Bobadilla, Angela. 2017. *Intimidad y Menores*. Madrid: Centro de Estudios Políticos Constitucionales.
- Ravetllat Ballesté, Isaac. 2007. "Protección a la Infancia en la Legislación Española. Especial incidencia en los Malos Tratos (Parte General)". *Revista de Derecho UNED*, N.º 2.
- Moretón Sáenz, María. 2006. "La adaptación de nuestro Derecho a la Convención". En *El desarrollo de la Convención sobre los Derechos del Niño en España*, coordinado por Alcaide Villagrasa y Ballesté Ravetllat. Barcelona: Ed. Bosch.
- Sánchez Martínez, M. 2017. "Las certezas del Interés Superior del Menor en el contexto de los Derecho de la Infancia". En: *Anuario X de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*: 43-73.

Santisteban, Patricia y Manuel Gamez-Guadiz. 2017. *Estrategias de Persuasión en Grooming Online de Menores: Un Análisis Cualitativo con Agresores en Prisión*. Ebook. Madrid. http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1132-05592017000300139&lng=es&nrm=iso>. accedido en 22-VIII-2019.

Simon Campaña, Farid. 2014. *Interés Superior del Niño: Técnicas de Reducción de la Discrecionalidad Abusiva*. Ecuador: Ediciones Iuris Dictio.

Tello, Lucía. 2013. “Intimidad y Extimidad en las redes sociales. Las demarcaciones éticas del Facebook”. *Comunicar. Revista Científica Educomunicación*. N.º 41. XXI.

Sánchez, Amelia. 2016. “El Marco tradicional para la protección de los derechos de la personalidad del menor ¿alguna asignatura pendiente en el SIGLO XXI?”. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, N.º 11.

Solé Resina, Judith. 2015. “La protección de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen de los menores y discapacitados”. En Fayós Gardó y Pilar Conde (Coord.) *Los derechos a la Intimidad y Privacidad en el siglo XXI*. Madrid: Dykinson.

Vázquez-Pastor Jiménez, Lucía. 2013. “La Potestad Paterna a lo Largo de la Historia”. En Gimena Díez-Picazo. *Derecho de Familia*. Pamplona: Thomson Reuters.

Sentencias

Sentencia de la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife SAP 356/2018, de 6-VII-2018.

Sentencia de la Sección Doce de la Audiencia Provincial de Barcelona SAP B 4328/2018 de la Audiencia Provincial de Barcelona.

Sentencia de la Sección Primera AP de Pontevedra de 4-VI-2015.

Sentencia de la Sección Dieciocho de la Audiencia Provincial de Barcelona, 265/2015, de 22-IV-2015.

Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-260/12.

ENSAYOS

Wald

ALCANCE DE LA PROTECCIÓN DEL NOMBRE COMERCIAL

THE SCOPE OF TRADE NAMES

O ALCANCE DA PROTEÇÃO DO NOME COMERCIAL

*Andrea Muñoz**

Recibido: 20/10/2019

Aprobado: 20/11/2019

Resumen

La protección territorial que caracteriza al nombre comercial no puede ser desconocida; caso contrario, su naturaleza se desvirtúa al adquirir nuevos atributos que contravienen su origen. El reciente pronunciamiento del Tribunal Andino de la Comunidad Andina, con respecto a los límites de la protección territorial del nombre comercial, ha restringido la protección de dicho signo distintivo hacia un nivel local, para dejar de lado la protección nacional. Es preciso analizar este cambio de enfoque y los efectos que puede provocar en la naturaleza y desenvolvimiento del nombre comercial, a fin de determinar si tal cambio corre el riesgo de ser desnaturalizado. Así mismo, analizar su alcance de protección frente a signos distintivos que pretendan registrarse y que entren en conflicto con un nombre comercial registrado, pero no necesariamente que esté cumpliendo su función de usar efectivamente el signo como nombre comercial.

Palabras clave: Nombre comercial; Principio de territorialidad nacional; Principio de territorialidad local; Derecho declarativo; Derecho constitutivo.

Summary

The territorial protection that characterizes trade names can't be disregarded; doing so would detract its own nature. Recently, the Tribunal of Justice of the Andean Community, has delivered a decision regarding trade names in which it has restricted the protection, referring it to a local level, leaving aside national protection. It is necessary to analyze this new approach and the effects/risks it can have on the nature and

application of trade names. This paper also studies the scope of the protection regarding distinctive signs in process of registration that can clash with a commercial name already registered.

Key words: Trade name; Territoriality principle; Declarative right; Constitutive right.

Resumo

A proteção territorial que caracteriza o nome comercial não pode ser desconhecida; caso contrário, sua natureza se desvirtua ao adquirir novos atributos que convertem sua origem. Diante de recente posicionamento, do Tribunal Andino, Comunidade Andina, sobre os limites da proteção territorial do nome comercial, onde se restringiu a proteção do símbolo de marca de comércio distintivo a um nível local, para deixar de lado a proteção nacional. É preciso analisar esta mudança de enfoque e os efeitos que pode provocar na natureza e desenvolvimento do nome comercial, a fim de determinar, se tal mudança, corre o risco de ser desnaturalizada. Assim, analisar o alcance de proteção diante dos símbolos de marca comercial distintivos que pretende registrar-se e que, entrem em conflito com um nome comercial registrado, mas, não necessariamente, que esteja cumprindo sua função de usar, efetivamente, o símbolo de marca de comércio como nome comercial.

Palavras chave: Nome comercial; Princípio de territorialidade nacional; Princípio de territorialidade local; Direito declarativo; Direito constitutivo.

* Abogada de los tribunales y los juzgados de la república del Ecuador, abogada en libre ejercicio profesional en el estudio jurídico Solines y Asociados. Correo electrónico: andreamunoz90@gmail.com

INTRODUCCIÓN

La naturaleza del nombre comercial consiste en proteger las actividades económicas propias de un establecimiento comercial en un territorio determinado. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en adelante “El Tribunal”) hasta el año 2017, mantuvo un criterio respecto del ámbito de protección territorial del nombre comercial, que era de carácter nacional; es decir, la protección era dada en cada país, como todo signo distintivo. No obstante, surgió una nueva reflexión del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina que dejó sin efecto el anterior juicio del Tribunal. Este nuevo criterio plantea la posibilidad de una protección local del nombre comercial dentro de un mismo país.

A través del pronunciamiento del Tribunal, el tratamiento sobre la protección territorial del nombre comercial no ha sido puesto en duda, toda vez que se ha utilizado igual protección que para el resto de signos distintivos que son susceptibles de gozar de dicha protección; sin embargo, ¿qué sucede cuando los límites territoriales del ámbito de protección son modificados?, ¿cómo determinar eficazmente el territorio que ampara el nombre comercial?, ¿qué conflictos territoriales puede conllevar la modificación de su alcance?

A continuación, se dilucidará el alcance de la protección territorial del nombre comercial; así como las ventajas o inconvenientes que el nuevo criterio del

Tribunal representa para su protección territorial. También se analizarán varios supuestos del alcance de protección del nombre comercial: ¿qué sucede cuando hay un conflicto de similitud entre un nombre comercial registrado y un signo distintivo en proceso de registro?, ¿qué derecho prima?

En función de que no puede desvirtuarse su naturaleza, hay que cuestionar el actual criterio de protección del nombre comercial en una localidad dentro de un país; ya que, sin duda alguna, pone en manifiesto el surgimiento de un nuevo tratamiento con el fin de protegerlo.

El principio de territorialidad de los signos distintivos, dentro del cual está incluido el nombre comercial, no puede ser desechado ni aplicado parcialmente; dado que, precisamente en función de este principio se llevan a cabo los procesos de registro de signos distintivos en todos los países, para tener certeza jurídica de su protección.

El nombre comercial tiene vital importancia en el comercio formal e informal y requiere de la certeza de una protección territorial amplia que dará oportunidades de expandir el negocio a pequeños y medianos comerciantes. No se trata del rótulo en un negocio, sino de aquel signo distintivo que abarcará un sinnúmero de actividades comerciales.

NOMBRE COMERCIAL

1. Naturaleza jurídica

La doctrina ha definido al nombre comercial como:

“Aquel bajo el cual un comerciante – empleado la palabra en su sentido más amplio – ejerce los actos de su profesión; es aquel que utiliza para vincularse con su clientela; para distinguirse a sí mismo en sus negocios o para distinguir su establecimiento comercial” (Bertone y Cabanellas 2003, 564).

Por su parte, la Decisión 486 de la Comunidad Andina relativa al Régimen Común sobre Propiedad Industrial (2001), en su Art. 190, precisa que el nombre comercial: “...es cualquier signo que identifique a una actividad económica, a una empresa, o a un establecimiento mercantil”.

El Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos del Ecuador (2016), en su Art. 415, establece: “...se entenderá como nombre comercial

cualquier signo que sea apto para identificar a una persona o establecimiento mercantil en el ejercicio de su actividad económica y distinguirla de las demás que desarrollan actividades idénticas o similares”.

En tal sentido, el nombre comercial conlleva las siguientes características:

- a) Permite identificar una persona, establecimiento mercantil o empresa (actividad económica);
- b) Permite diferenciar a la persona, establecimiento mercantil o empresa que le protege de las demás que desarrollan actividades idénticas y similares;
- c) Es un vínculo con la clientela.

2. Ámbito territorial de protección

Al respecto, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) se ha pronunciado indicando lo siguiente: “...Los derechos de propiedad intelectual se rigen por el “principio de territorialidad”. Los efectos de un derecho obtenido en un país en particular están limitados al territorio de ese país...”¹

Con respecto al ámbito territorial de protección y los nombres comerciales, el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial (1999) indica lo siguiente en su Art. 8: “El nombre comercial será protegido en todos los países de la Unión sin obligación de depósito o de registro, forme o no parte de una marca de fábrica o de comercio”.

Es importante precisar que el principio de territorialidad que rige a los derechos de propiedad industrial, permite al titular impedir que un tercero utilice el mismo signo en el mismo territorio: “La protección de los derechos de propiedad industrial abarca todo el territorio de un Estado en donde son reconocidos” (Abarza y Katz 2002, 20). En consecuencia, este derecho solo se protege en el Estado en el cual ha sido reconocido, sin una aplicación parcial de la territorialidad.

3. El derecho exclusivo sobre el nombre comercial

El derecho exclusivo del nombre comercial constituye un derecho declarativo² que se adquiere desde su primer uso en el comercio; es decir, no existe la obligatoriedad de registrar el nombre comercial ante la autoridad de derechos intelectuales. Por lo tanto, el nombre comercial por naturaleza nace por el hecho de uso, mas no por el registro.

Se reconoce este derecho declarativo en el Art. 191 de la Decisión 486 de la Comunidad Andina relativa al Régimen Común sobre Propiedad Industrial (2001), que establece: “El derecho exclusivo sobre un nombre comercial se adquiere por su primer uso en el comercio y termina cuando cesa el uso del nombre o cesan las actividades de la empresa o del establecimiento que lo usa”. Este artículo no precisa expresamente el ámbito de protección territorial, sin embargo, en atención a los principios de propiedad industrial, se debe aplicar el principio de territorialidad.

El Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos del Ecuador (2016), en su Art. 416 establece:

“El derecho exclusivo sobre un nombre comercial se adquirirá por su primer uso en el comercio, público, continuo, de buena fe y siempre que no vulnere derechos prioritarios debidamente constituidos en el país y terminará cuando cese el uso del nombre comercial o cesen las actividades de la persona o establecimiento comercial que lo usa. El titular del nombre comercial podrá registrar ante la autoridad nacional competente en materia de derechos intelectuales, el registro tendrá carácter declarativo. El derecho al uso exclusivo de un nombre comercial solamente se adquirirá en los términos previstos en el inciso anterior.

En cualquier caso en que se alegue o se pretenda reconocer el derecho exclusivo sobre un

1 “Las indicaciones geográficas”, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/geographical/952/wipo_pub_952.pdf p.35

2 La protección del nombre comercial se da desde su primer uso; consecuentemente, no se requiere que el registro del nombre comercial para que nazca el derecho sobre el nombre comercial. Así, cuando se decide registrar un nombre comercial, no tiene un efecto de reconocimiento sino de declaración del derecho que ya se constituyó con el primer uso del nombre comercial.

nombre comercial, se deberá probar su uso público, continuo y de buena fe, al menos dentro de los seis meses anteriores a dicha alegación o pretensión. La prueba del uso corresponderá al titular del nombre comercial. A los efectos previstos en este inciso, si el titular no fuere parte en el respectivo procedimiento, se le notificará de oficio.”

Como puede observarse en los artículos anteriormente citados, si bien la Decisión 486 de la Comunidad Andina relativa al Régimen Común sobre Propiedad Industrial no indica que la protección se restringirá a una localidad de un país miembro; el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos hace una precisión respecto del ámbito territorial de protección al hacer alusión sobre los derechos debidamente constituidos en el país, al precisar que la protección del nombre comercial deberá responder a un criterio territorial, dentro de la jurisdicción ecuatoriana.

Tomando en cuenta lo indicado anteriormente, el nombre comercial puede o no ser registrado, en caso de que se decida registrarlo tendrá el carácter de declarativo, pero si se decide no registrarlo el derecho constitutivo se dará desde que se usó por primera vez tal como se señaló anteriormente, allí radica un elemento fundamental del nombre comercial, que puede tener un efecto declarativo o constitutivo per se dependiendo del caso en concreto.

4. Criterios jurisprudenciales del Tribunal Andino de la Comunidad Andina

4.1 Interpretación Prejudicial N.º 99-IP-2014

En el año 2014, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, a través de la interpretación prejudicial N.º 99-IP-2014 manifestó su criterio respecto del ámbito territorial de protección del nombre comercial en caso de conflicto entre un nombre comercial no registrado y una solicitud de registro de marca presentada ante la autoridad competente. En tal sentido, se procedieron a interpretar las disposiciones de los artículos 136

letra b), 190, 191 y 192 de la Decisión 486 de la Comunidad Andina relativa al Régimen Común sobre Propiedad Industrial en 3 momentos:

a) Momento a partir del cual se genera la protección del nombre comercial

El derecho se genera con el primer uso, mas no con el registro ante la autoridad en materia de derechos intelectuales:

“... la obligación de acreditar un uso efectivo del nombre comercial, se sustenta en la necesidad de fundamentar la existencia y el derecho de protección del nombre en algún hecho concreto, sin el cual no existiría ninguna seguridad jurídica para los competidores (...) de manera que la protección otorgada al nombre comercial se encuentra supeditada a su uso real y efectivo⁴ con relación al establecimiento o a la actividad económica que distinga, ya que es el uso lo que permite que se consolide como tal y mantenga su derecho de exclusiva. Cabe precisar adicionalmente que el hecho de que un nombre comercial se encuentre registrado no lo libera de la exigencia de uso para mantener su vigencia (...) las pruebas dirigidas a demostrar el uso del nombre comercial deben servir para acreditar la identificación efectiva de dicho nombre con las actividades económicas para las cuales se pretende el registro”³.

De conformidad con lo expuesto por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, la protección del nombre comercial se da con el primer uso, siempre que, de hecho, se acredite un uso real y efectivo. De esta manera se constituye un derecho exclusivo, constitutivo sobre el nombre comercial y, así mismo, igual obligación de uso real y efectivo debe cumplir el titular que decidió registrar su nombre comercial.

³ Proceso No. 99-IP-2014. Interpretación Prejudicial de 17 de septiembre de 2014.

b) Ámbito de protección del nombre comercial al interior de los países miembros

Con respecto al alcance de la protección del nombre comercial desde la esfera nacional o local, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha manifestado:

“... se pregunta sobre si el nombre comercial debe protegerse en relación con su ámbito geográfico de difusión o influencia, el Tribunal advierte que las figuras de protección de la propiedad industrial se soportan en dos principios básicos como se dijo líneas arriba: a) protección de la actividad empresarial y b) protección al consumidor. Por lo tanto, al ser la actividad empresarial tan cambiante y mutante en relación con el movimiento del mercado, un signo como el nombre comercial conectado con dicha realidad, no puede protegerse de manera fraccionada argumentando que tiene difusión nacional; hoy en día es muy común que en periodos cortos los empresarios penetren mercados y accedan a consumidores de diferentes partes. El manejo de los canales tecnológicos, el desarrollo turístico, e inclusive la imbricación de actores en el mercado, hace que los productos y servicios tengan una gran movilidad empresarial. En este sentido, limitar el nombre comercial a su ámbito de difusión es atentar contra el principio de la protección de la actividad empresarial, ya que dicho escenario no se presenta de manera estática; por lo general, lo que pretenden los empresarios es expandir su actividad comercial, no piensan en quedarse estáticos en una localidad de territorio. Es evidente, entonces, que el nombre comercial debe tener una protección en todo el territorio del país miembro respectivo y no sólo en una parte del mismo”.

El análisis que aquí se realiza en la interpretación jurisprudencial es muy acertado; porque

evidencia que no se puede fragmentar un territorio, en este caso un país, para efectos de mantener un sector específico de protección para un nombre comercial, ya que el empresario o comerciante no se mantendrá estático y, por su naturaleza, el mercado es cambiante y mutante. De este modo se mantiene el principio de territorialidad del nombre comercial.

c) Protección en relación con signos idénticos y similares

Es importante advertir que es de competencia del examinador observar y establecer de acuerdo a criterios doctrinarios y jurisprudenciales, si entre los signos que se confrontan existe identidad o semejanza, para así determinar si las identidades o semejanzas encontradas por sus características son capaces de generar confusión entre los consumidores. De la conclusión a que se arribe dependerá, entre otros requisitos, la calificación de distintivo o de no distintivo que merezca el signo examinado y, por consiguiente, su aptitud o ineptitud para el registro⁴.

La responsabilidad del funcionario a cargo del examen de registrabilidad es de vital importancia en el momento de determinar signos idénticos o similares y si estos causarán confusión y riesgo de asociación, ya que, en caso de no estar enmarcados dentro de las causales de irregistrabilidad, el signo distintivo será perfectamente registrable.

En conclusión, el Tribunal Andino de Justicia de la Comunidad Andina ha manifestado que el ámbito de protección de un nombre comercial debe ser todo el territorio del país miembro, debido a la expansión del mercado empresarial, el cual no puede estar limitado a una localidad o barrio, sino que puede ser conocido en el norte o sur del país gracias al desarrollo de la tecnología que permite que, en efecto, el nombre comercial llegue a más consumidores.

⁴ Proceso No. 99-IP-2014. Interpretación Prejudicial de 17 de septiembre de 2014.

4.2 Interpretación prejudicial N.º 42-IP-2017

La interpretación prejudicial realiza un análisis del nombre comercial e indica que:

El nombre comercial es el signo que identifica a un empresario (persona natural o jurídica) en el mercado. No es el nombre, razón o denominación social del empresario, es el signo mediante el cual los consumidores identifican al empresario. Es más, es el signo mediante el cual los consumidores identifican la actividad económica del empresario o el establecimiento comercial del empresario. Y es que el nombre comercial ofrece una imagen global del empresario y permite distinguirlo de los otros agentes económicos que participan en el mercado 9, de modo que comprende tanto la identificación del empresario como su actividad económica y su establecimiento⁵.

Justamente lo indicado en la interpretación prejudicial acerca de lo que significa el nombre comercial, aquel que da una imagen global del empresario y permite distinguirlo de otros agentes económicos que participan en el mercado, muestra lo cambiantes y expansivas que son las relaciones comerciales en la actualidad. Da cabida a una protección territorial en un país determinado, y no supedita la protección a un ámbito local, menor, que significaría especular respecto de las actividades comerciales de los agentes económicos.

Respecto del ámbito de protección, el Tribunal Andino de la Comunidad Andina ha establecido los siguientes criterios ante un eventual conflicto de un nombre comercial, registrado y no registrado; un nombre comercial, registrado y una marca registrada; y la coexistencia de signos. He aquí los criterios:

"a) Que los titulares de los signos distintivos en conflicto hayan actuado de buena fe y sin generar actos de competencia desleal al momento de obtener el registro o el primer uso.

- b) Que los signos en conflicto identifiquen productos o servicios del mismo rubro o actividad económica, sin importar si dicha actividad se realiza a través del comercio tradicional o mediante canales virtuales.
- c) Que no se haya presentado anteriormente ninguna acción o reclamación administrativa o judicial que cuestione el derecho de uno de los titulares de los signos en conflicto.
- d) Que los titulares de los signos en conflicto se encuentren operando en ámbitos geográficos distintos y no exista riesgo de confusión o asociación en el público consumidor, teniendo en cuenta el grado de conocimiento de los signos en conflicto y la percepción del público consumidor".

Se entiende por ámbito geográfico distinto, el hecho de que los locales comerciales o industriales estén ubicados en diferentes provincias, departamentos o regiones dentro de un mismo país. Es importante precisar que la sola lejanía no es garantía de ausencia de riesgo de confusión, razón por la cual se deberá tener en consideración el nivel de afluencia de los consumidores locales y turistas, los canales físicos o virtuales para comercializar los productos o servicios, y el nivel de publicidad en medios masivos de comunicación de los productos o servicios⁶.

No puede fragmentarse el territorio de un país; pues, entonces, se desvirtuaría el principio de territorialidad que abarca un Estado. Tampoco se lo puede subdividir en "mini territorios de protección"; porque, en este caso, se iría en contra de la naturaleza del principio mencionado, que es parte de los principios de la propiedad industrial y, consecuentemente, otorga al nombre comercial un tratamiento, en el espacio territorial, que no es aplicable.

Dentro de un mismo ámbito geográfico (barrio, localidad, parroquia, distrito, cantón, municipalidad) no pueden coexistir dos o más nombres

⁵ Proceso No. 42-IP-2017. Interpretación Prejudicial de 7 de julio de 2017.

⁶ Proceso No. 42-IP-2017. Interpretación Prejudicial de 7 de julio de 2017.

comerciales idénticos o similares que induzcan a riesgo de confusión en los consumidores⁷.

Aun cuando el nombre comercial se protege desde el primer uso en el comercio, y en caso de registrarlo tiene un efecto declarativo, dicho efecto se subsume al principio de territorialidad; es decir, si no ha sido registrado, su protección se la hará a nivel de país, no de localidad y, en caso de que haya sido declarado ante la autoridad competente, de igual manera mantendrá la aplicación del principio de territorialidad:

“... No se puede interpretar un impedimento para que los titulares de dichos signos puedan ampliar o expandir sus actividades económicas, siempre que actúen de buena fe y se mantengan todas las demás condiciones que dieron lugar a la coexistencia; y, en el evento de que los titulares de dichos signos o uno de ellos inicie su expansión territorial llegando o pudiendo llegar a tener presencia en el ámbito de influencia territorial del otro, estos pueden suscribir un acuerdo de coexistencia, en el que deberán incluir cláusulas que permitan diferenciar claramente los signos en conflicto, acuerdo que deberá ser puesto en conocimiento de la autoridad competente a fin de que esta lo apruebe o rechace, observando los parámetros que sobre el particular ha establecido el Tribunal”⁸.

Este criterio atentaría nuevamente en contra del principio de territorialidad, ya que ¿Cómo podrían confluír en un mismo país dos nombres comerciales idénticos, que protejan actividades idénticas? Lo antedicho provocaría un conflicto que deberá ser resuelto por la autoridad competente y con las pruebas de uso real y efectivo de los titulares de los nombres comerciales en conflicto.

Ahora bien, si se trata de dos nombres comerciales que son similares pero protegen distintas actividades, la coexistencia será una posibilidad, que, en

materia de propiedad industrial, se da justamente para que aquellas marcas que se encuentran en conflicto limiten sus productos, servicios o actividades a efectos de no afectar al consumidor; es decir, las marcas pueden ser similares pero proteger productos, servicios o actividades de distinta naturaleza, un tratamiento que permitirá una coexistencia pacífica entre ellas.

5. Irregistrabilidad de signos que se asemejen a un nombre comercial protegido

Es importante analizar las prohibiciones de registro frente a un nombre comercial o ante el conflicto que puede ocasionarse cuando se pretenda registrar un signo distintivo y exista un nombre comercial registrado dentro de un país, a efectos de dilucidar el alcance de la protección del nombre comercial, y no sólo en el ámbito territorial ¿qué soluciones podría dar la autoridad para estos casos?

La Decisión 486 de la Comunidad Andina relativa al Régimen Común sobre Propiedad Industrial (2001) en su Art. 136, taxativamente prohíbe el registro de marcas o signos que sean idénticos o se asemejen a un nombre comercial protegido:

“No podrán registrarse como marcas aquellos signos cuyo uso en el comercio afectara, indebidamente un derecho de tercero, en particular cuando:

[...] b) Sean idénticos o se asemejen a un nombre comercial protegido, o, de ser el caso, a un rótulo o enseña, siempre que, dadas las circunstancias, su uso pudiera originar un riesgo de confusión o de asociación”⁹.

El Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos del Ecuador (2016) establece la misma prohibición en su Art. 361:

“Tampoco podrán registrarse como marca los signos que afectaren derechos de terceros, tales como aquellos signos que:

7 Proceso No. 42-IP-2017. Interpretación Prejudicial de 7 de julio de 2017.

8 Proceso No. 42-IP-2017. Interpretación Prejudicial de 7 de julio de 2017.

9 Decisión del Acuerdo de Cartagena 486, Régimen Común sobre de Propiedad Industrial (2001), artículo 136, letra b).

[...] 2. Sean idénticos o se asemejen a un nombre comercial protegido, o, de ser el caso, a un rótulo o enseña, siempre que dadas las circunstancias, su uso pudiera originar un riesgo de confusión o de asociación”¹⁰.

La prohibición de registro de un signo que sea idéntico o se asemeje a un nombre comercial protegido permite dimensionar el alcance de la protección de un nombre comercial. Es decir, si el derecho exclusivo del nombre comercial se adquiere por su primer uso, el territorio en el que se utilice dicho nombre comercial indicará el alcance de su protección.

Por ej., en España también existen estas prohibiciones, sin embargo, tienen un tratamiento distinto al ecuatoriano; así, allí se considera nombre comercial:

- “A aquel registrado que tenga una fecha de presentación o de prioridad anterior a la solicitud de marca objeto del examen de registrabilidad.
- A aquel solicitado a la fecha de presentación o de prioridad anterior, siempre que este llegue a concederse.
- No se toma en cuenta el nombre comercial usado protegido, ya que este se protegerá por la Ley de Competencia Desleal, pero no como una prohibición relativa al registro.
- No se considera el nombre comercial notoriamente reconocido (Erdogan y Lobato 2013, 495)”.

Ahora bien, es importante analizar un caso práctico respecto de estas prohibiciones en nuestro país. La empresa Y registró hace 5 años el nombre comercial BBB. En la actualidad, la empresa X quiere registrar un signo distintivo como marca denominado BBB (igual que el nombre comercial registrado por Y) y, luego de que el extracto se publicó en la gaceta de propiedad intelectual, no existió oposición ninguna por parte de terceros a dicho registro de nombre comercial; consecuentemente, la autoridad, de oficio realizará un examen de registrabilidad.

Se podría concluir que la autoridad, al realizar el examen de registrabilidad, negará el signo distintivo como marca BBB porque existe un nombre comercial previamente registrado. En la mayoría de casos sucede así. No obstante existen casos que deben ser analizados con mayor detenimiento; por ej., ¿Qué sucede si el nombre comercial BBB ya no es utilizado en las actividades comerciales para las que fue registrado en un inicio?, o ¿Qué sucede si el negocio fracasó, cerró y se halla en un cese de actividades?

Tales son supuestos que pueden ocurrir; sin embargo, no son tomados en cuenta como variables para la autoridad. Por ende, sería recomendable que la autoridad de oficio, al encontrar un conflicto entre un signo solicitado para registro y un nombre comercial registrado ante la autoridad, solicite al titular del nombre comercial la documentación pertinente, a efectos de que justifique el uso real y efectivo de su nombre comercial en el ámbito territorial; y, en caso de que el titular no comparezca o no justifique el uso del nombre comercial, este no será sustento para que la autoridad niegue el registro del signo distintivo que se solicitó inicialmente.

Es importante considerar esta particularidad; ya que, si bien puede existir un nombre comercial registrado y tener un alcance de protección territorial, este no siempre se encontrará en uso o no existirá riesgo de confusión o asociación con el signo distintivo que se pretende registrar; y, por lo tanto, no puede ser criterio suficiente para negar el registro de un signo distintivo.

Adicionalmente, la doctrina de los actos propios puede ser aplicada en estos casos, debido a que, si el titular de una marca anterior ha tolerado el registro de una o más marcas que se asemejen a la suya, sin que exista un riesgo de confusión ni asociación, no podría evitar que se registren ulteriores marcas que no se presten para confusión ni asociación, dicho de otra manera, se puede decir que “si caben dos, caben tres” (Erdogan y Lobato 2013, 494).

¹⁰ Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos (Ecuador: 2016), artículo 361, número 2).

CONCLUSIONES

El principio de territorialidad no puede ser aplicado parcialmente en la protección del nombre comercial dentro de un país, dado que se desvirtúa la naturaleza del nombre comercial. Si bien la Decisión 486 de la Comunidad Andina relativa al Régimen Común sobre Propiedad Industrial no contempla expresamente al ámbito de protección territorial del nombre comercial, no es menos cierto que se deben aplicar los principios de la propiedad industrial.

Acertadamente, la Interpretación Prejudicial N.º 99-IP-2014 del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina emitió su criterio de que el ámbito territorial del nombre comercial abarca todo el territorio de un país, mas no únicamente localidades.

No puede fragmentarse un territorio en provincias, parroquias, barrios, sectores para que el derecho constitutivo del nombre comercial sea aplicado únicamente en dichas localidades, cuando la naturaleza de las relaciones comerciales actuales plantea una realidad de crecimiento constante sin limitarse a una localidad.

El Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos hace bien en establecer una precisión respecto del ámbito de protección del nombre comercial mencionando que el derecho constitutivo sea dado en el país.

El cambio de criterio del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en su Interpretación prejudicial N.º 42-IP-2017 cambia completamente el alcance de protección territorial del nombre comercial y lo sitúa en la protección por localidades dentro del país. En donde existe una línea muy fina, en el escenario de que empiecen a crecer las actividades económicas y si son idénticas el conflicto que se dará deberá ser resuelto por la autoridad competente con sustento en las pruebas de descargo que sean presentadas por las partes.

Así mismo, respecto de las prohibiciones de registro de signos que se asemejen a un nombre comercial registrado, los exámenes de registrabilidad deberán ser minuciosos y los funcionarios diligentes a efectos de sustentar con argumentos fácticos que demuestren que un nombre comercial registrado está siendo usado o no para la aceptación o denegación del registro de un signo distintivo.

Finalmente, es preciso analizar cada caso que se presente en el posible conflicto de un nombre comercial registrado o no, con un signo en proceso de registro y dicha situación deberá solucionarse con la aplicación de todos los principios de la propiedad industrial, en especial el de territorialidad para no desvirtuar la naturaleza del nombre comercial y, así darle el adecuado tratamiento.

BIBLIOGRAFÍA

Abarza Jacqueline y Katz Jorge. 2000. *Los derechos de propiedad intelectual en el mundo de la OMC*. Santiago de Chile: Naciones Unidas.

Bertone, Luis y Cabanellas Guillermo. 2003. *Derecho de marcas*, Tomo II. Buenos Aires: Heliasta.

Erdogan José y Lobato Manuel, coord. 2013. *Memento, Propiedad Intelectual e Industrial*. España: Ec. Francis Lefebvre.

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. "Las indicaciones geográficas". En: https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/geographical/952/wipo_pub_952.pdf (consultado 22-09-2019)

Legislación

Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos. 2016. Ecuador: Reg. Ofic. Suplemento 899, publicado el 9-XII-2016.

Convenio de París para la protección de la Propiedad Industrial, Reg. Ofic. 244, publicado el 29-VII-1999.

Decisión del Acuerdo de Cartagena 486, Régimen Común sobre Propiedad Industrial. Reg. Ofic. 258, publicado el 2-II-2001.

Jurisprudencia

Interpretación Prejudicial del Tribunal Andino de Justicia, Interpretación Prejudicial N.º 99-IP-2014, Cortefiel S.A.C. vs. Cortefiel S.A.

Interpretación Prejudicial del Tribunal Andino de Justicia, Interpretación Prejudicial N.º 42-IP-2017, Protecfilms S.A.C. vs. Profilms S.A.C.

DEFENSA DEL CONSUMIDOR Y DERECHO PENAL EN EL ECUADOR: INCOMPATIBILIDAD DE PRINCIPIOS

CONSUMER'S DEFENSE AND CRIMINAL LAW IN ECUADOR: CONFLICT OF PRINCIPLES

DEFESA DO CONSUMIDOR E DIREITO PENAL NO ECUADOR: INCOMPATIBILIDADE DE PRINCÍPIOS

*Paola Campaña**

Recibido: 25/10/2019

Aprobado: 30/11/2019

Resumen

Las reformas introducidas a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, a través de la Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico Integral Penal, han generado cambios muy importantes para el tratamiento de las infracciones que dicho cuerpo normativo contempla, ya que han sido incorporadas al ámbito material de la ley penal y se ha dispuesto su tramitación a través del procedimiento expedito contemplado para el juzgamiento de las contravenciones penales. Esta situación genera un problema de adaptación de los principios propios de la defensa de los derechos de los consumidores a los del derecho penal que puede provocar serias afectaciones a la vocación protectora de la materia.

Palabras clave: Derechos del Consumidor; Principios; Protección; Procedimiento Penal.

Summary

Amendments of the Consumer Protection Act (Ley Orgánica de Defensa del Consumidor) were approved through a reform of the Ecuadorian Criminal Code. They introduced important changes for the treatment offenses established in the Consumer Protection Act, having been incorporated into the material scope of criminal law. It is

even established the use of fast-track procedures foreseen for the prosecution of criminal offenses. This creates a problem regarding adaptation of the principles for defending consumer's rights to the principles of Criminal Law and may have serious consequences for the protective function of the matter at hand.

Key words: Consumer's Rights; Principles; Protection; Criminal Procedure.

Resumo

As reformas introduzidas a Lei Orgânica de Defesa do Consumidor, através da Lei Orgânica Reformadora ao Código Orgânico Integral Penal, vêm gerando mudanças muito importantes no tratamento das infrações que este corpo normativo contempla, já que, foram incorporadas no âmbito material da lei penal e se dispõe seu tramite através do procedimento sumaríssimo, contemplado para o julgamento das contravenções penais. Isto gera um problema de adaptação dos princípios próprios da defesa dos direitos dos consumidores a os de direito penal, que pode afetar gravemente a vocação protetiva da matéria.

Palavras chave: Direitos do consumidor; Princípios; Proteção; Procedimento penal.

* Jueza de Garantías Penales de la Unidad Judicial Penal con sede en la parroquia Iñaquito. Abogada por la Universidad Católica del Ecuador, Máster en Ciencia Política de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales FLACSO Ecuador, Máster en Estado de Derecho por la Universidad Rey Juan Carlos España. Correo electrónico: paola.campana.pc@gmail.com

INTRODUCCIÓN

Los derechos de los consumidores en Ecuador han recibido protección desde los años 90. En el anterior cuerpo constitucional de 1998 fueron integrados a los derechos civiles. Con la adopción de la Constitución de la República del Ecuador, en el año 2008, este reconocimiento constitucional se afianzó. En ella se establece una sección completa (Sección 9ª) para su tratamiento, dentro del Capítulo III, referente a los Derechos de las Personas y Grupos de Atención Prioritaria, en la que se recogen los derechos a disfrutar de bienes y servicios de óptima calidad, a contar con sistemas de atención y reparación, la responsabilidad civil y penal por la deficiencia en la calidad de productos y servicios, y la promoción de estos derechos.

Pese a este reconocimiento constitucional, la normativa secundaria, principalmente la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor (LODC) no sufrió cambios significativos. Actualmente, en menos de un año, la

norma ha sido reformada por la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo (LODP) y la Ley Orgánica Reformativa al Código Orgánico Integral Penal (LORCOIP), cuerpos normativos que han introducido modificaciones de orden procedimental y conceptual.

La reforma introducida por la LORCOIP incorpora las infracciones establecidas en la LODC como infracciones penales¹ y establece que estas deberán ser tramitadas a través del procedimiento expedito contemplado para el juzgamiento de contravenciones penales². Esta determinación enfrenta a los principios que rigen la materia penal con aquellos que son específicos de la defensa del consumidor. Ambos grupos de principios no son compartidos por las materias de análisis e inclusive se presentan como contradictorios, ya que responden a ámbitos de protección diferentes, de modo que se torna difícil su armonización.

LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA DEFENSA DEL CONSUMIDOR

La LODC regula las relaciones que se presentan entre proveedores y consumidores o usuarios. En el Ecuador ha tenido un tratamiento especial, que no existe en otras legislaciones, tanto en la región como fuera de ella. Se ha optado por dos esquemas de protección: uno a través de organismos de la administración pública que ejercen su control y supervisión, que desemboca en el campo del derecho administrativo; y el otro en sede judicial, en el espacio del derecho civil. Aunque la mayoría de legislaciones prevén tipos delictuales en el ámbito de la defensa del consumidor³,

el esquema básico de los conflictos que se generan en la materia no ha tenido este tratamiento.

En Ecuador, la norma ha sido construida con una vocación infractora, de manera que su naturaleza jurídica ha sido muy discutida e indefinida en un primer momento. Previamente a las reformas, no se logró consensuar si era civil o penal, ya que tanto los actos de interposición como la competencia de los jueces correspondían al ámbito penal⁴, conforme lo establecía el ahora derogado Art. 84 de la LODC. Sin

-
- 1 Art. 17.- Ámbito material de la ley penal.- Se considerarán exclusivamente como infracciones penales las tipificadas en este Código. Las acciones u omisiones punibles, las penas o procedimientos penales previstos en otras normas jurídicas no tendrán validez jurídica alguna, salvo en materia de niñez y adolescencia, y en materia de usuarios y consumidores.
 - 2 Art. 641.- Procedimiento expedito.- Las contravenciones penales, de tránsito y contra los derechos de las personas usuarias y consumidoras y otros agentes del mercado serán susceptibles de procedimiento expedito [...].
 - 3 Se han recogido tipos penales delictuales, relacionados con defensa de los consumidores en Argentina, Chile, Ecuador, Colombia, Brasil, Bolivia, Paraguay y Uruguay.
 - 4 Art. 84.- Juzgamiento de Infracciones.- Son competentes para conocer y resolver sobre las infracciones a las normas contenidas en la presente Ley, en primera instancia, el Juez de Contravenciones de la respectiva jurisdicción, y, en caso de apelación, el Juez de lo Penal de la respectiva jurisdicción. El juzgamiento de las infracciones previstas en esta Ley se iniciará mediante denuncia, acusación particular o excitativa fiscal [...].

embargo, la supletoriedad normativa corresponde al ámbito civil, según lo dispone el Art. 95, que aún se mantiene en vigencia.

La doctrina producida al respecto le ha dado distintos enfoques. En un inicio, se la estudió como un apéndice del derecho civil, dentro del ámbito del derecho privado (Rusconi 2016, 30). Posteriormente se le tomó como parte del derecho de la competencia y, por tanto, relacionada con el Derecho Comercial (Farina 2009, 3).

Actualmente, la masificación del consumo y complejidad de los mecanismos comerciales han producido transformaciones profundas que han llevado a comprender el derecho del consumidor como una rama autónoma e independiente de cualquier otra rama del derecho.

El derecho del consumidor ha nacido en una época privilegiada, en la cual, el debate en torno a la naturaleza, los conceptos, la clasificación, la ubicación, los principios y las teorías de las principales instituciones jurídicas, que tanto esfuerzo demandó a nuestros maestros, se encuentra prácticamente agotado [...] El derecho del consumidor presenta todos los presupuestos de autonomía: la amplitud de la materia, a punto de merecer un estudio particularizado; la especialidad de principios, teorías e instrumentos [...] y un método propio, esto es el empleo de procesos especiales de interpretación de su formulación y problemática [...] (Rusconi 2016, 31).

Con las reformas, la defensa del consumidor pasó de tener un procedimiento propio en el cual cabía preguntarse cuál era su naturaleza y sus características, a no tener procedimiento, momento en que, a través de las reglas de interpretación normativa, y en base a la supletoriedad civil, se concluyó que debía ser

tramitado a través del procedimiento ordinario civil⁵. Actualmente, la LORCOIP incorpora las infracciones a la LODC, dentro del ámbito material de la ley penal, y dispone que se tramite con el procedimiento expedito, norma que deberá iniciar su aplicación en el mes de julio del 2020; pero que, por recomendación de la Corte Nacional, ante la absolución de dudas presentadas por los administradores de justicia que conocen la materia, ya debería aplicarse⁶.

En este estado de la cuestión, parecería absurdo seguir discutiendo en torno a la naturaleza de la materia, cuando es claro que el espíritu del legislador ha sido, en este momento, convertir las infracciones a la LODC en delitos penales y darle un trámite de esa naturaleza.

Sin embargo, pese a esta acción legislativa, la defensa del consumidor se ha desarrollado y se hallan incorporados, en nuestra normativa de la materia, principios propios que no guardan armonía con los que mantiene el derecho penal.

[...] Los principios del derecho del consumidor, han adquirido la suficiente madurez para conservarse como tales, es decir, como valores perennes en derredor de los cuales se encuentran soluciones a una realidad que por naturaleza es mutable y compleja [...] (Rusconi 2016, 30).

Tal realidad nos enfrenta al hecho de que el tratamiento y tramitación de las infracciones de defensa del consumidor a través del procedimiento penal expedito va a producir retos interpretativos y de adaptación de principios que las materias no comparten y que se evidencian en conflicto, ya que responden a sus diferentes ámbitos de protección. Esta nueva situación legal pondrá a prueba la supervivencia de la protección de los derechos de los consumidores y usuarios.

5 Al no existir un procedimiento especial, se debe acudir a la norma supletoria: el Art. 95 de la LODC, que establece que “en lo no contemplado en la norma se estará a lo previsto en el COGEP. Por lo tanto, son las normas procesales civiles las que deben aplicarse [...]”. El Art. 289 del COGEP establece que “se tramitarán por procedimiento ordinario todas aquellas reclamaciones que no tengan previsto un trámite especial, de manera que la sustanciación debería realizarse a través de un procedimiento ordinario civil [...]” (Campaña 2019, 25).

6 Se sugiere que, para todos los casos de infracciones a las normas de la Ley Orgánica de Defensa al Consumidor que se encuentren en conocimiento de jueces y jueces contravencionales, antes de la promulgación de la Ley Orgánica Reformatoria al COIP, se aplique el procedimiento expedito determinado en el Art. 641 y que contiene las reglas generales de este tipo de procedimiento, y se tenga en cuenta, además, en lo que corresponda, el contenido del Art. 5

63 del COIP (...) Oficio N.º 1002-P-CNJ-2019 de 20-XII-2019, Remitido por la Corte Nacional de Justicia a la Corte Provincial de Justicia de Pichincha.

PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL VS. PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL CONSUMIDOR

Para comprender los principios que rigen las materias que son objeto de análisis es necesario establecer cuáles son sus ámbitos de protección específicos y las diferencias relacionales y de equiparación de fuerzas que presentan, ya que es de allí donde nacen los principios que las rigen. En el caso del derecho penal, se protege al procesado, en función de considerarlo la parte vulnerable de la ecuación jurídica; y, en el caso de la defensa del consumidor, a éste, en función de la subordinación que presentan las relaciones de consumo.

¿Qué es el derecho penal y cuál es su ámbito de protección? Esta es una pregunta a la que ya se ha dado respuesta, y que no es objeto del presente estudio, porque no revestiría ningún tipo de novedad. Este ámbito del derecho ha sido dividido por la doctrina en derecho penal objetivo y subjetivo. Tal precisión ayuda a ubicar al lector en el espectro protector del cual nacen los principios. Si tomamos una definición filosófica moderna se podría definir al derecho penal objetivo como “aquella parte del ordenamiento jurídico que determina las características de la acción delictiva y le impone penas o medidas de seguridad” (Welzel 1976, 11).

A su vez, el derecho penal subjetivo o *ius puniendi* es definido como “la potestad del Estado por virtud del cual se puede declarar punibles determinados hechos a los que se impone una pena o medida de seguridad” (Bustos 2003, 200). Aunque las definiciones planteadas pueden ser controversiales o parecer muy similares, en esencia no lo son. En este estudio, el foco del interés está en comprender el carácter del derecho penal objetivo, el cual se concentra en sistematizar las normas jurídico-penales y del derecho penal subjetivo, cuya preocupación gira en torno a la potestad punitiva del Estado.

Con estos elementos, se comprende que las relaciones que plantea el derecho penal están marcadas por la

desigualdad entre el Estado como titular del *ius puniendi*, en el que puede emplear todo su aparato, y el procesado, contra quien se volcará ese poder punitivo. Por esta razón se han generado principios que impongan límites al *ius puniendi*, para que este se pueda ver legitimado.

Al decidir la cuestión de la función que corresponde al Derecho penal en un Estado Social y democrático de Derecho como el que acoge nuestra Constitución, se señaló que este modelo de estado impone una función de prevención limitada. Fuera de determinados límites, la prevención penal perderá su legitimación en aquel contexto político. En el presente estudio importa examinar en detalle los límites mencionados. Al hacerlo será útil contemplar el Derecho penal en su sentido subjetivo de facultad punitiva que corresponde al Estado, es decir, como *ius puniendi*.

[...] El principio de Estado de Derecho impone el postulado de un sometimiento de la potestad punitiva al Derecho [...] Ello implica ya varios límites que giran en torno a la exigencia de la necesidad social de la intervención penal [...] y obliga en lo posible a poner el derecho penal al servicio del ciudadano [...] (Mir Puig 2014, 104).

Estas concepciones de limitar el poder del Estado han generado principios generales como el de mínima intervención penal⁷ y dignidad humana⁸ recogidos en el Código Orgánico Integral Penal (COIP), y los principios procesales en el Art. 5 del mismo cuerpo normativo, a los que nos referiremos más adelante al confrontarlos con los principios de la defensa del consumidor, los cuales se aplican en procesos de acción pública, privada y contravencionales.

Ahora bien, ¿qué es el derecho del consumidor y cuál es su ámbito de protección? El derecho de los consumidores y usuarios está constituido por el conjunto de

⁷ Art. 3 del COIP.

⁸ Art. 4 del COIP.

normas destinadas a la protección del consumidor o usuario en el mercado de bienes y servicios (Falcón 2014, 16).

Las posiciones clásicas parten de la base de entender que las relaciones jurídicas se dan en pie de igualdad entre los sujetos que la componen. Frente a ellas se opone el contexto de la “sociedad de consumo” y las “fallas” del mercado, en el que se observa un desequilibrio de fuerzas o falta de “igualdad de armas” entre consumidores y proveedores. Dicha desigualdad o desequilibrio obedece a la vulnerabilidad estructural en que se encuentran los consumidores en los contextos referidos, que provoca que las relaciones de consumo sean esencialmente asimétricas, en “subordinación”, “debilidad o vulnerabilidad estructural”, “debilidad negocial” o “inferioridad manifiesta”, y sean, por consiguiente, merecedoras de tutela legal [...] (Barocelli 2018, 11).

Es decir que la construcción de esta materia, al igual que la del derecho penal, parte de una concepción de desigualdad que hay que equiparar. En función de esta equiparación, se han concebido principios específicos como el de protección al consumidor, in dubio pro consumidor, realidad, carga dinámica de la prueba, irrenunciabilidad de derechos, equidad, sustentabilidad, responsabilidad del consumidor, libertad y autodeterminación⁹. Estos no pueden mantenerse en consonancia con los del derecho penal, ya que el ámbito de equiparación no se dirige al procesado –que lo constituyen los proveedores de servicios– sino al consumidor, que es la parte débil dentro de la relación, debido al contexto de la relación de consumo y los desequilibrios que presenta el mercado, que constituye un espacio imperfecto.

La LODC, en el Art. 1¹⁰ establece su ámbito y objeto de aplicación, que se encuentran enfocados a regular

las relaciones entre consumidores y proveedores, en la medida en que dan a la norma el carácter de orgánica, de orden público e interés social, imponen la obligación de realizar una interpretación a favor del consumidor y, así, procuran la equidad, seguridad y protección de sus derechos. Desde esta comprensión, las materias objeto de análisis tienen un enfoque diferente, que produce la contraposición en los principios que las rigen.

Al analizar los principios contenidos en el Art. 5 del COIP y confrontarlos con los elementos propios de la defensa del consumidor, podemos identificar que hay principios que constituyen derechos reconocidos por la Constitución de la República del Ecuador, como normas relativas al debido proceso, garantías procesales o derechos de libertad; y que, por tal motivo, son compartidos por las dos materias. Entre ellos destacamos los principios de igualdad, impugnación procesal, prohibición de doble juzgamiento, publicidad, motivación, contradicción e imparcialidad¹¹, y los derechos a la intimidad¹² y no auto incriminación¹³.

También se presentan como compartidos los principios relativos a la oralidad de los procesos, ya que la LODC, en el procedimiento especial que contemplaba, también optó por esta forma de tramitación en una audiencia oral única, y, como consecuencia, la inmediación y concentración, que obligan a la presencia del juez en la evaluación de la prueba y en los actos procesales, así como la concentración de la mayoría de actos en audiencia. Esta tesitura legal implica, a la vez, que el juzgador sea quien dirija el proceso. Tales principios no se contrapondrían con ninguno de los mantenidos por la defensa del consumidor. Y también comparten el principio de respeto a la dignidad, que debe extenderse a la protección de la dignidad de la persona humana y a todos los participantes de la contienda judicial; en este caso, el procesado y los consumidores.

9 Consagrados en los Arts. 1 y 4 de la LODC, excepto por el principio de carga dinámica de la prueba que es de desarrollo doctrinario y jurisprudencial en otras legislaciones.

10 Art. 1.- Ámbito y Objeto. Las disposiciones de la presente Ley son de orden público y de interés social, sus normas por tratarse de una Ley de carácter orgánico, prevalecerán sobre las disposiciones contenidas en leyes ordinarias. En caso de duda en la interpretación de esta Ley, se la aplicará en el sentido más favorable al consumidor.

El objeto de esta Ley es normar las relaciones entre proveedores y consumidores promoviendo el conocimiento y protegiendo los derechos de los consumidores y procurando la equidad y la seguridad jurídica en las relaciones entre las partes.

11 Todos ellos previstos como garantías del debido proceso en el Art. 76 de la CRE.

12 CRE Art. 66.- [...] 20. El derecho a la intimidad personal y familiar.

13 CRE Art. 77.- [...] 7.- [...] c) Nadie podrá ser forzado a declarar en contra de sí mismo, sobre asuntos que puedan ocasionar su responsabilidad penal.

1. Principios del derecho penal y defensa del consumidor que no presentan contraposiciones

Luego de realizar el análisis precedente, vamos a identificar aquellos principios que integran el derecho penal y la defensa del consumidor; los cuales, pese a no ser compartidos, no se encuentran en contraposición, de modo que son susceptibles de adaptación en el juzgamiento de este tipo de infracciones.

Hemos incorporado este análisis y el precedente; porque, para este estudio, es importante que el lector tenga una comprensión clara de cuáles son los principios que regulan las materias, aunque estos no se contrapongan. Dentro de los principios indicados se encuentran:

a) Principio de legalidad

Este principio está contemplado en nuestra legislación en el Art. 76 numeral 3¹⁴ de la Constitución de la República del Ecuador (CRE) y el Art. 5 numeral 1¹⁵ del COIP. El principio en general aplica la máxima “*nulla poena et nullum crimen sine lege*”. Es decir que nadie puede ser juzgado por una conducta que al momento de cometerse no se encuentre establecida por la ley penal como infracción y para la cual se haya previsto una pena.

El primero de estos elementos es el convencionalismo penal, tal y como resulta del *principio de estricta legalidad* en la determinación abstracta de lo que es punible. Este principio exige dos condiciones: el carácter formal o legal del criterio de definición de la desviación y el carácter empírico o fáctico de las hipótesis de desviación legalmente definidas. La desviación punible [...] Es más bien la formalmente indicada por la ley como presupuesto necesario de la aplicación de una pena, según la clásica fórmula *nulla poena et nullum crimen sine lege*. Por otra parte, la segunda condición, la definición legal de la desviación se debe producir

no con referencia a figuras subjetivas de status o de autor, sino solo a figuras de comportamiento empíricas y objetivas, según la otra máxima clásica *nulla poena sine crimen et sine culpa* (Ferrajoli 2014, 34).

El principio analizado, genera una reserva de ley y sometimiento a esta por parte del juez, quien debe ceñirse al contenido de la infracción punible. En este ejercicio, se considera que, al ser la LODC una norma de naturaleza infractora que ha determinado sanciones para conductas específicas, debe respetarse el principio de legalidad, de manera que solo puede imponerse una sanción para aquellas conductas ya definidas en la norma, razón por la cual no habría contradicción con los principios del derecho de defensa del consumidor, aunque el principio de legalidad no sea uno de ellos.

b) Principio de privacidad y confidencialidad

Este principio de derecho penal está dirigido estrictamente a la protección de víctimas de delitos contra la integridad sexual y a los niños, niñas o adolescentes que participen en procesos penales, e impone la prohibición de divulgar su identidad. Otras materias también protegen los datos de niños, niñas y adolescentes, de forma que no habría conflicto con los principios de la defensa del consumidor.

Las personas anteriormente enunciadas pertenecen a grupos de atención prioritaria, reconocidos de esta manera por el Estado, de manera que el deber de protección de sus derechos es transversal a todas las materias. Si bien, para efectos prácticos, su posibilidad de aplicación en procesos de defensa del consumidor sería limitada, no es menos cierto que no se identifica que riña con sus principios propios. Adicionalmente, la LODC también toma en cuenta la condición de vulnerabilidad en razón de la edad.

14 3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.

15 1. Legalidad: no hay infracción penal, pena, ni proceso penal sin ley anterior al hecho. Este principio rige incluso cuando la ley penal se remita a otras normas o disposiciones legales para integrarla.

c) Principio de sustentabilidad

Este es un principio de la defensa del consumidor que exige el reconocimiento de acceso al consumo (CRE, art.52) y la obligación de propender a un consumo sustentable (CRE, art.86), se orienta a proteger a los consumidores de las falencias del mercado y les impone la obligación de que sus actividades de consumo propendan a la conservación de los recursos naturales, el ambiente y las relaciones de la sociedad (LODC, art.3 y 5).

El derecho del consumidor es un vehículo social de la protección de los Derechos Humanos (entendidos por tales los derechos que son inherentes a la persona por el hecho de ser humanos, con el objeto de que vivan en condiciones dignas). Ello derivado de la noción humanista que recae sobre el consumidor, teniendo como objeto principal el proteger sus derechos consagrados por el pleo normativo, relacionado principalmente con el derecho a la alimentación, a la salud, a la vida, al acceso a la justicia, a la dignidad de la persona, a la libertad de elección entre los principales [...] Para que se hagan efectivos sus derechos, es necesario que las autoridades estatales mantengan una infraestructura adecuada que permita proteger a los consumidores de forma tal que satisfagan sus necesidades humanas básicas (Schlotthauer 2018, 122).

Efectivamente, en Ecuador, el acceso al consumo ha sido contemplado dentro del catálogo de derechos reconocidos en la CRE, que constituye un mecanismo para garantizar otros derechos, conforme la cita que hemos introducido, ya que se encuentran sujetos a relaciones de consumo. Ahora bien, este consumo debe ser responsable. En esta era post industrial, se han desarrollado nuevos procesos productivos que incorporan principios como el de obsolescencia programada¹⁶ y el de tiempo

de vida útil¹⁷ o desechabilidad¹⁸, que impiden un consumo restringido, con consecuencias nocivas para el planeta. Dicho consumo restringido está dirigido a reducir estas prácticas comerciales y a imponer una obligación, también al consumidor, de realizar un consumo responsable.

El consumo sustentable se vincula con el ciclo de vida de los productos, el aumento en la generación de residuos y su necesario reúso y reciclado, la obsolescencia programada, los patrones de producción existentes entre otras cuestiones [...] el consumo sustentable significa que las necesidades de bienes y servicios de las generaciones presentes y futuras se satisfacen de una manera económica, social y ambientalmente sostenible [...] se trata de adoptar el consumo de productos que no dañen la naturaleza, que promuevan la reducción del uso de químicos peligrosos, la sustentabilidad y la distribución equitativa de los recursos naturales (Castagnola 2018, 302).

Como se observa, es un principio específico de la defensa del consumidor; pero que no presenta oposición con los principios del derecho penal, tiene reconocimiento constitucional y, por lo tanto, debería ser recogido.

d) Principio de buena fe

En el ámbito de los derechos del consumidor¹⁹, el principio de buena fe, se refiere a mantener la buena fe en las relaciones contractuales y comerciales, con exclusión de prácticas abusivas o discriminatorias. Es un principio general de las obligaciones y relaciones contractuales, pero que no es incompatible con los principios del derecho penal.

El concepto de buena fe, etimológicamente proviene del latín *bona fides*, siendo un principio general del derecho, también llamado principio de

16 Consiste en que un bien está predestinado a tornarse obsoleto luego de cierto tiempo. Por ej., en artículos tecnológicos, los nuevos modelos salen al mercado de manera semestral y superan de forma definitiva en sus características al anterior, de modo que lo dejan obsoleto en un periodo muy reducido de tiempo.

17 Las cosas se encuentran diseñadas para funcionar por un periodo específico de tiempo.

18 Bienes que no están diseñados necesariamente para ser desechados en el primer uso; pero que, por sus deficiencias de calidad, no tienen una durabilidad prolongada.

19 Recogido por nuestra legislación en el Art. 4 de la LODC.

probidad, el cual exige una conducta recta u honesta en relación con las partes interesadas en una determinada relación jurídica [...] la aplicación de la buena fe significa que cada uno debe guardar fidelidad a la palabra empeñada y no defraudar la confianza o abusar de ella [...] En materia de consumo, la buena fe, objetivamente se vincula a la lealtad y corrección debidos y esperados entre proveedor y consumidor, durante todo el *iter* de la relación de consumo, desde su etapa formativa, en su ejecución y hasta que ella se agote en la extinción de los plazos máximos de garantía (Carranza y Rossi 2009, 131-2).

e) Principio de libertad y autodeterminación del consumidor

“[...] el principio de libre ejercicio de facultades del usuario implica que el consumidor cuenta con la autoridad de elegir, decidir y ejercer el derecho que dentro del régimen de protección al consumidor satisfaga sus necesidades sociales, económicas y jurídicas. Pero, correlativamente, las demás personas, públicas y/o privadas, tienen la obligación de permitir la efectividad de esa potestad en cabeza del usuario” (Pico-Zuñiga 2017, 304-5).

Este principio, también propio de las relaciones de defensa del consumidor, está determinado por la libertad de elección de los bienes a consumirse y va íntimamente ligado al derecho de recibir información, para realizar una elección consciente e informada. Es un principio que no tiene contraposición con aquellos promulgados en el derecho penal, pero es propio de la materia (LODC, Arts. 4 y 89).

El ejercicio libre de sus derechos también forma parte del principio y, dentro de estos, la tutela judicial efectiva, de suerte que sí es necesaria la comprensión real de los parámetros que regulan y rigen la materia de la defensa de los consumidores, a fin de que las reclamaciones no se queden en el plano del acceso formal a la administración de justicia, sino que accedan a la justicia material.

f) Principio de responsabilidad del consumidor

Atendiendo a que los principios en defensa y protección del consumidor tienen la misión de ordenar y orientar, de modo general, las conductas de los consumidores y de los proveedores, previniendo conflictos e iluminando la exigibilidad de los derechos del consumidor y de los deberes que corresponden a todo proveedor que le ofrece bienes y servicios, se establece la exigencia de diligencia en los consumidores como un principio [...] De conformidad con este principio, debe entenderse, por ejemplo, que un consumidor promedio que alegara haber sufrido una intoxicación derivada de ingerir un producto que contenía determinado ingrediente respecto del cual es alérgico -pese a que no leyó la información del envase que expresamente indicaba la existencia y proporción del ingrediente en el producto correspondiente mal podría reclamar que el proveedor no puso a su disposición toda la información necesaria para que llevara a cabo una decisión adecuadamente informada en salvaguarda de su salud (Thorne 2010, 61).

Como vemos, y así se encuentra recogido en nuestro ordenamiento jurídico (LODC, art.5), el consumidor también tiene responsabilidades que se concentran en ejercer un consumo racional y responsable, no afectar el ambiente, evitar riesgos para su salud y vida, así como la de los demás, e informarse responsablemente de las condiciones de uso de los bienes y servicios a consumirse.

Nuevamente, este es un principio que corresponde al ámbito propio del derecho del consumidor y que tiene incidencia en el análisis de las reclamaciones, pero que no presenta contradicciones con los principios del derecho penal.

2. Principios de derecho penal y defensa del consumidor que se identifican como contrapuestos

A continuación, desarrollaremos un análisis de los principios que son contrapuestos en las materias. El presente documento no pretende agotar la discusión,

sino iniciar un debate; ya que, sobre defensa del consumidor en el país, poco o nada se discute. Actualmente, con las reformas legislativas, la materia se ve obligada a relacionarse con el derecho penal a través de su mecanismo de sustanciación, que es el procedimiento expedito.

Si bien este procedimiento es especial dentro de la tramitación penal y hay algunos principios del derecho penal que, dada su especial naturaleza, podrían considerarse de exclusiva aplicación en acciones penales de ejercicio público, es necesario discutirlos, para identificar las diferencias conceptuales que presentan las materias y dejarlas evidenciadas.

Por la naturaleza particular del procedimiento expedito y las acciones de defensa del consumidor, no se puede contar con jurisprudencia, ni siquiera de orden indicativo, que pueda guiar el quehacer judicial. Recordemos que este tipo de procesos no es susceptible de recurso extraordinario de casación en el caso de las contravenciones (y su procedimiento expedito) por haberlo determinado así la Corte Nacional de Justicia en la Resolución 03-2015.

Para los procesos de defensa del consumidor, la opción tampoco estuvo presente, pues el trámite contenido en los Arts. 84 (actualmente derogado) y 86 de la LODC, estableció la competencia para conocer las apelaciones de estos procesos a un juez de primer nivel. Por tal motivo, en el país no se ha podido generar jurisprudencia.

Si bien en materia penal existen decisiones de altas cortes que desarrollan los principios analizados, estos pronunciamientos se han creado en torno a procesos penales de acción pública, que no responden a la naturaleza de los procedimientos expeditos contravencionales y, en defensa del consumidor, prácticamente no existen pronunciamientos de altas cortes²⁰.

a) Principio de favorabilidad vs. principio de protección al consumidor

El principio de favorabilidad en materia penal se encuentra consagrado en la CRE en el Art. 76 numeral 5²¹ y en el numeral 2 del Art. 5 del COIP, que establece que, en caso de conflicto entre dos normas de la misma materia, debe aplicarse la menos rigurosa a favor del procesado. Esta es una norma que va enfocada a la aplicación de la ley penal posterior, en el sentido más favorable para el procesado, aunque ya exista una sentencia ejecutoriada.

“[...] hay una excepción a la irretroactividad de la ley penal: Cuando esta es más favorable al reo [...] En cuanto al fundamento de esta disposición, cabe tomar en cuenta lo que ya hemos venido señalando reiteradamente en relación con el principio de legalidad y su exigencia de *lex praevia*, en el sentido de que se trata de impedir la arbitrariedad del Estado, su intervención abusiva sobre los derechos y libertades del sujeto. Por definición como se comprenderá, la Ley más favorable es todo lo contrario a un abuso, pues tiende a convertir en más benigna la intervención [...]” (Bustos 2003, 544).

Como se puede identificar, este un rasgo propio del derecho penal que ha elevado a la categoría de principio una excepcionalidad, ya que el lineamiento general es que la ley no es retroactiva y debe regir para el futuro. Se evidencia en contraposición con el derecho del consumidor, ya que el afán protector del principio está encaminado hacia el proveedor, que mantendría la calidad de procesado.

La LODC, en el artículo 1 obliga a adoptar una interpretación pro-consumidor, en las relaciones

20 Excepto por los fallos emitidos en Corte Constitucional, como por ej. la sentencia N.º 152-15-SEP-CC dentro del caso N.º 0709-14-SEP, que establece que las instituciones del estado no pueden ser consideradas consumidores, la sentencia 055-14-SEP-CC dentro del caso N.º 1794-11-EP, que determina que no corresponden al ámbito de protección de la defensa del consumidor los contratos de inmuebles celebrados con las solemnidades establecidas en la ley. También la sentencia N.º 052-14-SEP-CC dentro del caso N.º 1155-11-EP, el cual establece que no hay vulneración de derechos si el juez de oficio declara la prescripción de una acción de defensa del consumidor en el plazo de un año. Dichos fallos no desarrollan temas que sean objeto de análisis en el presente estudio.

21 5. En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora.

de consumo. En este principio general descansa el carácter protector de la materia, que se encuentra en completa contraposición con el principio de favorabilidad que protege al imputado. Y, aunque la LODC no contemple referencias en cuanto a la aplicación de irretroactividad normativa, sí se mantiene una pugna en cuanto al sujeto procesal, a favor de quien debe interpretarse la norma.

b) Duda a favor del reo vs. *in dubio pro consumidor*

El principio de duda a favor ha sido configurado en las dos materias de análisis. En materia penal como duda a favor del reo, consagrada en la COIP en el Art. 5 numeral 3²² y el principio de *in dubio pro consumidor*, establecido en el Art. 1 de la LODC. Estos principios son de concepción diferente, ya que los dos exigen que, en caso de duda, la norma sea interpretada a favor de la contraparte:

“El principio jurisprudencial *in dubio pro reo* pretende al momento de la valoración de la prueba. Es decir, si no hay prueba de cargo razonable, suficientemente desarrollada y practicada de manera correcta no puede haber condena, porque no se ha destruido la presunción de inocencia [...] existiendo una duda razonable, procede la absolución en virtud del principio en *in dubio pro reo* [...]” (Vaca 2014, 47).

En el proceso contravencional de defensa del consumidor nos encontraremos en la circunstancia de que el procesado –el reo– es el proveedor, y quien denuncia es el consumidor. En materia penal, los principios van enfocados a la protección del procesado bajo la concepción de que este se halla en subordinación respecto del Estado, como titular del *ius puniendi*. En cambio, en el caso específico de las relaciones de consumo, la parte débil de la

relación es el consumidor. Por tal causa, la norma ha previsto una interpretación a su favor en caso de duda sobre el alcance de las normas.

“El punto de vista axiológico del derecho del consumidor [...] es el reconocimiento de la debilidad estructural del consumidor en el mercado de consumo. La existencia de una norma que brinde protección específica a los sujetos que actúan en su rol de consumidores, lógicamente implica el reconocimiento de la existencia de un sector social necesitado de tutela diferenciada [...]. Correlato de esta situación de desigualdad estructural es el nacimiento del principio interpretativo que indica que, ante las diferentes situaciones en las que surjan conflictos de intereses, deberá optarse por la solución más favorable o menos gravosa, según sea el caso, a los derechos e intereses del sujeto necesitado de protección (el consumidor)” (Rusconi 2016, 137-8).

Estos principios, aunque tienen una génesis y concepción diferente, nos enfrentan a la máxima que ha sido adoptada como principio universal *favor debilis*, o protección al sujeto débil, que, con la interpretación de la ley, tiende a favorecer a la parte que está en desventaja. Como podemos notar, los principios son completamente contrapuestos: no tienen posibilidad de adecuarse el uno al otro y los administradores de justicia deberán decidir cuál aplicar.

c) Prohibición de empeorar la situación del procesado vs. principio de protección al consumidor

El principio de *reformatio in peius* también es propio del derecho penal, y establece la imposibilidad de reformar la decisión judicial –en caso de interposición de recursos– en perjuicio del procesado. En el país ha sido recogido²³ y determina esta

22 Duda a favor del reo: el juzgador, para dictar sentencia condenatoria, debe tener el convencimiento de la culpabilidad penal de la persona procesada, más allá de toda duda razonable.
 23 COIP Art 5.- [...] 7. Prohibición de empeorar la situación del procesado: al resolver la impugnación de una sanción, no se podrá empeorar la situación de la persona procesada cuando esta es la única recurrente.

obligación solo en el caso de que el procesado sea el único recurrente.

La *reformatio in peius* vive en el ámbito de los recursos contra las decisiones jurisdiccionales, y básicamente significa prohibir al tribunal que revisa la decisión, por la interposición de un recurso, la modificación de la resolución en perjuicio del imputado, cuando ella solo fue recurrida por él o por otra persona, autorizada por la ley, en su favor (Maier 2004).

Si analizamos este principio a la luz del derecho del consumidor, podemos identificar que la norma iría en perjuicio de este, ya que el procesado lo constituyen los proveedores en este tipo de reclamaciones. Esta garantía solo juega en favor del imputado y, por tal motivo, perjudica al consumidor, si este no recurre el fallo; y, así, hace imposible que se proteja al consumidor como parte débil de la relación jurídica.

d) Impulso procesal vs. principio de realidad

Este principio, contenido en el Art. 5 numeral 15 del COIP, establece que el impulso procesal corresponde a las partes, conforme el sistema dispositivo. Como consecuencia, en un proceso penal, el juzgador carece de iniciativa procesal y más aún de iniciativa probatoria, a diferencia de las ramas no penales, en donde los jueces pueden ordenar la práctica de pruebas para resolver mejor.

En cambio, dentro de la defensa del consumidor, el principio de realidad obliga al juez a buscar la verdad y a apartarse del principio dispositivo para llegar a ella, a través del reconocimiento de los datos fácticos por sobre los documentales, de modo que entran en conflicto los principios enunciados.

“El principio de realidad, que tiene su origen en el Derecho del Trabajo, hace prevalecer, en caso discordancia, lo fáctico, es decir, lo que

realmente ocurre, sobre lo establecido en documentos o que ha sido asentado de alguna manera [...]. De esta manera hace aflorar la relación de consumo o relación fundamental que le subyace y fundamenta, sin perjuicio del dispositivo jurídico enmarcado por los proveedores” (Barocelli 2015, 7).

e) Principios de inocencia y objetividad vs. carga dinámica de la prueba

El principio de inocencia²⁴, contemplado en nuestra carta fundamental como una de las garantías del debido proceso, también es general y transversal a todas las materias, y pilar fundamental del derecho penal. El reo ingresa al procesamiento con la fuerza de la presunción de inocencia a su favor; y, de este principio, se desprenden las actuaciones procesal-funcionales en torno a la actividad probatoria.

La ley fundamental impide que se trate como si fuera culpable a la persona a quien se le atribuye un hecho punible, cualquiera que sea el grado de verosimilitud de la imputación, mientras el Estado, por intermedio de los órganos judiciales establecidos para exteriorizar su voluntad en esta materia, no pronuncie la sentencia penal firme que declare su culpabilidad y la someta a una pena (Maier 2004).

Esta aseveración tiene completa incidencia en el *onus probandi*, es decir, la carga de la prueba. Si el imputado ingresa al proceso como inocente no puede corresponderle probar que no lo es, ni que es culpable.

Por tal motivo, la carga de la prueba le corresponde a quien realiza la imputación. Este principio se aplica en el ejercicio de acciones tanto públicas como privadas, o para las contravenciones, que también se rigen por los principios generales de la materia.

²⁴ Art. 76.- [...] 2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada.

“[...] el imputado no tiene necesidad de construir su inocencia, ya construida de antemano por la presunción que lo ampara, sino que, antes bien, quien lo condena debe destruir completamente esa posición, arribando a la certeza sobre la comisión de un hecho punible” (Maier 2004, 507).

Este principio no debe confundirse con la necesidad de prueba, que es necesaria en la evacuación de todo proceso judicial, sino que va enfocado al reparto funcional de la actividad probatoria. En materia penal, dicha función le corresponde a la acusación, por efecto del principio analizado.

En materia de defensa del consumidor, la carga de la prueba se presenta dinámica, como respuesta al fenómeno de dificultad probatoria en la que se desarrollan estos procesos, en los cuales el consumidor no cuenta con los recaudos documentales para demostrar su posición, por la dificultad de acceso a la información, porque esta no le ha sido suministrada, o por la desigualdad que presenta frente a la contraparte para su obtención.

En este sentido, la doctrina²⁵ y jurisprudencia internacional²⁶ han desarrollado dos principios: el de colaboración y el de carga dinámica de la prueba, que son propios de la defensa del consumidor, ya que el *onus probandi*, en materias penales, corresponde a la acusación y, en materias no penales, a quien alega los hechos.

Los principios analizados se distancian de estas dos posiciones. El primero impone al proveedor, en atención a la buena fe que se debe mantener en el proceso, la obligación de contribuir con este, y el esclarecimiento de los hechos relevantes para la decisión. El segundo invierte la carga de la prueba

a favor de quien está en una posición de desventaja respecto de su obtención.

“(...) la llamada teoría de las cargas probatorias dinámicas a favor del consumidor, parte de la base de que es el proveedor quien está en mejores condiciones de aportar elementos probatorios y que, por el denominado “deber de buena fe procesal”, debe colaborar para lograr la “verdad material” (el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio)” (Carranza y Rossi 2009, 327).

Este principio tiene como fundamento la finalidad misma del debido proceso, que radica en el esclarecimiento probatorio y la obligación en conjunto de todos los intervinientes en el proceso de colaborar con este propósito, en una actitud útil, según sus posibilidades reales, y sin incurrir en posiciones abusivas por omisión, en perjuicio de la verdad jurídica (Kalafatich 2018), una situación que se halla en contraposición clara con el principio analizado y sus implicaciones de la carga de la prueba.

Se ha decidido incorporar en esta investigación el principio de objetividad²⁷, ya que puede contribuir al análisis; pese a que, dada la naturaleza del procedimiento expedito, en el que no interviene fiscalía, puede considerarse que no es aplicable, para efectos de evidenciar la discordancia de los principios que rigen la materia, se ha considerado que es interesante analizarlo. La obligación de Fiscalía es recabar tanto elementos de cargo como de descarga. Con la carga de la prueba dinámica se estaría imponiendo esta obligación al procesado, si realizamos un símil entre las figuras. Mas esta situación, a la luz del derecho penal sería inclusive de orden auto inculpativo y, así, nos veríamos nuevamente frente a una contradicción.

25 Autores como Carranza, Rossi, Kalafatich, Barrochelli y Rusconni, todos ellos citados en el presente trabajo.

26 Dentro de la región, algunos de los procesos más interesantes –sería imposible hacer referencia a todos– que han desarrollado los principios de carga dinámica de la prueba y colaboración son: Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-973-02.; Caso Mc Nuggets, Suprema Corte de Justicia Argentina, Álvarez y GCBA con Telefonía Móviles- Corte de Apelaciones, Provincia de Buenos Aires, Argentina, y Tribunal Constitucional de Perú, fallo N.º 1776-2004-AA/TC27.

27 COIP Art. 5.- [...] 21.- Objetividad: en ejercicio de su función la o el fiscal adecuará sus actos a un criterio objetivo, a la correcta aplicación de la ley y al respeto a los derechos de las personas. Investigará no solo los hechos y circunstancias que funden o agraven la responsabilidad de la persona procesada, sino también los que la eximan, atenúen o extingan.

“[...] el deber del acusador público no reside en verificar ese hecho punible, sino, antes bien, en investigar la verdad objetiva acerca de la hipótesis delictual objeto del procedimiento, tanto en perjuicio como en favor del imputado, deber similar al que pesa sobre el tribunal [...]” (Maier 2004, 508).

f) Principio de mínima intervención penal vs. principio de irrenunciabilidad de los derechos de los consumidores

En función de las limitaciones al *ius puniendi* que hemos analizado a lo largo de este trabajo, el derecho penal se ha concebido como de última ratio y fragmentario. Es decir: su intervención debe realizarse únicamente cuando no haya otros caminos menos lesivos para la protección de los derechos individuales de las personas.

El Derecho penal deja de ser necesario para proteger a la sociedad cuando esto puede conseguirse por otros medios, que serán preferibles en cuanto sean menos lesivos para los derechos individuales. Se trata de una exigencia de economía social, coherente con la lógica del Estado social, que debe buscar el mayor bien social con el menor costo social.

El principio de la máxima utilidad posible para las posibles víctimas debe combinarse con el mínimo

sufrimiento necesario para los delincuentes. Ello conduce a una fundamentación utilitarista del Derecho penal no tendiente a la mayor prevención posible, sino al mínimo de prevención imprescindible. Entra así el principio de subsidiaridad, según el cual, el derecho penal ha de ser la última ratio, el último recurso a utilizar a falta de otros medios menos lesivos. El llamado carácter fragmentario del Derecho penal constituye una exigencia relacionada con la anterior (Mir Puig 2014).

En consecuencia, se abren opciones que permiten que este principio se cristalice, como las salidas alternativas al proceso penal, el principio de oportunidad y el archivo de la investigación previa, en atención a que hay casos en los que la intervención del Estado a través del proceso penal no es necesaria.

En defensa del consumidor, la concepción protectora hacia el consumidor y el hecho de que los derechos de los consumidores tienen un rango constitucional hacen que estos sean irrenunciables. Tal situación impide que las acciones por vulneración de estos derechos puedan acogerse al principio de mínima intervención penal, y agrava la situación el hecho de que actualmente es la única vía jurisdiccional con la que se cuenta para reclamarlos.

CONCLUSIONES

Del acápite dos del presente trabajo y el posterior análisis se puede identificar que, aunque no parezca importante, el definir la naturaleza de las cosas es en efecto un paso importante para determinar cuál es el tratamiento que se les debe dar. La indefinición en el país del derecho de defensa de los consumidores ha provocado que la materia se desarrolle a la deriva y sin norte.

Las reformas introducidas han sido adoptadas sin una comprensión real de la materia. Inicialmente, se le dejó sin trámite, de forma que se produjeron serias

afectaciones al principio de tutela judicial efectiva. Posteriormente, se le ha integrado al ámbito penal, seguramente para subsanar la anomia que se había provocado, pero sin tomar en cuenta tanto su verdadera naturaleza como los principios que se hallan recogidos en la normativa especial.

El encuentro de materias disímiles con objetivos y objetos de protección diferentes genera problemas en cuanto a la armonización de sus principios, como ha sido evidenciado en el estudio. Esta desarmonía puede estimular afectaciones a la tutela judicial efectiva de

los derechos de los consumidores, ya que, si se aplican todos los principios del derecho penal, pero se dejan de lado los propios de la materia, no se cumplirá con la esencia misma de la protección al consumidor.

Como se identificó, principios como el de protección de los consumidores, *in dubio pro consumidor*, realidad, carga dinámica de la prueba e irrenunciabilidad de los derechos del consumidor, se pueden anular completamente si son aplicados los principios de derecho penal que se le contraponen.

El problema no radica únicamente en que las decisiones podrían tornarse injustas, sino en la completa eliminación de la defensa del consumidor en el país. Si los procesos judiciales no responden a los principios

que la rigen y brindan protección a este sector vulnerable de la sociedad, la real defensa y equilibrio que se han buscado con la aprobación de este tipo de normas serán imposibles de alcanzar.

El derecho penal debe ser de última ratio y con un contenido mínimo. No toda norma punitiva –que regule infracciones– debe ingresarse al campo del derecho penal, ya que pueden convivir en el ordenamiento normas sancionatorias de otra naturaleza. La corriente moderna se inclina por un derecho penal mínimo.

Compartimos estos criterios, más aún cuando los principios que rigen materias diversas como las que han sido unidas a través de las reformas, son de difícil adaptación y armonización entre sí.

BIBLIOGRAFÍA

- Barocelli, Sergio. 2018. "Hacia la construcción de la categoría de consumidores hipervulnerables". En *Consumidores hipervulnerables*. Editado por Sergio Sebastián Barocelli. 9-32. Buenos Aires: El Derecho.
- _____. 2015. "Principios y ámbito de aplicación del Derecho del Consumidor en el nuevo Código Civil y Comercial, Pensamiento Civil". <https://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2015/09/Doctrina1857.pdf>
- Bustos Ramírez, Juan. 2003. *Derecho Penal*. Parte General, Tomo I. Quito: Ed. Jurídica.
- _____. 2003. *Derecho Penal*. Parte General, Tomo II. Quito: Ed. Jurídica.
- Campaña, Paola. 2019. "La Defensa del Consumidor en el Ecuador. De espaldas a los principios internacionales de protección". *Iuris Dictio* N.º 24, 17-32.
- Carranza, Luis y Jorge Rossi. 2009. *Derecho del Consumidor. Derechos y acciones de resguardo de los consumidores y usuarios*. Córdoba: Ed. Alveroni.
- Castagnola, Yamila, Estevarena, Emiliano y Débora Marhaba. 2018. "Hacia la construcción de criterios objetivos de hipervulnerabilidad. Su aplicación al consumidor en los contratos de desarrollos inmobiliarios". En *Consumidores hipervulnerables*, editado por Sergio Sebastián Barocelli, 295-334. Buenos Aires: El Derecho.
- Falcón, Enrique. 2014. "El proceso de pequeñas causas en el campo del derecho al consumo". En *Justicia del Consumidor*, editado por Javier Wajntraub, 15-52. Buenos Aires: Ed. Rubinzal Culzoni.
- Ferrajoli, Luigi. 2014. *Derecho y Razón*. Madrid: Ed. Trotta.
- Kalafatich, Caren. 2018. "Acceso a la justicia y consumidores hipervulnerables". En *Consumidores hipervulnerables*, editado por Sergio Sebastián Barocelli: 295-334. Buenos Aires: El Derecho.
- Maier, Julio. 2004. *Derecho Procesal Penal*, Tomo I Fundamentos. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Mir Puig, Santiago. 2014. *Derecho Penal*. Parte General. Barcelona: Ed. Reppertor.
- Pico-Zúñiga, Fernando Andrés. 2017. "El alcance de los principios generales del Estatuto del Consumidor colombiano". *Universitas* N.º 134, 291-326. Tomado de: <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.vj134.apge>
- Rusconi, Dante. 2016. "Nociones Fundamentales". En *Manual de Derecho del Consumidor*. Editado por Dante Rusconi, 137-220. Buenos Aires: Abeledoperrot.
- _____. 2016. "Esencia del Derecho del Consumidor". En *Manual de Derecho del Consumidor*. Editado por Dante Rusconi, 1-32. Buenos Aires: Abeledoperrot.
- Schlotthauer, Pablo. 2018. "Las personas con necesidades alimentarias especiales como consumidores hipervulnerables". En *Consumidores hipervulnerables*. Editado por Sergio Sebastián Barocelli, 119-147. Buenos Aires: El Derecho.
- Thorne, Jaime. 2010. "Las Relaciones de Consumo y los Principios Esenciales en Protección y Defensa del Consumidor. Reflexiones en torno al Proyecto de Código de Consumo". En *Derecho y Sociedad*, N.º 34, 61-8.
- Vaca Andrade, Ricardo. 2014. *Derecho Procesal Penal Ecuatoriano*. Tomo I. Quito: Ediciones Legales.

ENTREVISTAS

Wald

**EL ROL DE LOS JUECES Y JUEZAS EN LA PROTECCIÓN
DE LOS DERECHOS DE NIÑOS Y NIÑAS
ENTREVISTA CON LA JUEZA ANA INTRIAGO***

**THE ROLE OF JUDGES IN THE PROTECTION OF THE RIGHTS OF CHILDREN
INTERVIEW TO JUDGE ANA INTRIAGO**

**O PAPEL DOS JUÍZES E JUÍZAS NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS DE CRIANÇAS
ENTREVISTA COM A JUÍZA ANA INTRIAGO**

*María Helena Carbonell Yáñez***

**Entrevista realizada mediante correo electrónico, entre el 18 y el 27 de noviembre de 2019
Quito, Ecuador**

-
- * Ana Intriago es Doctora en Jurisprudencia y Abogada de los Tribunales de la República del Ecuador por la Universidad Central del Ecuador; Diplomado Superior en Género, Justicia y Derechos Humanos por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO); Especialista en Derecho Procesal por la Universidad Andina Simón Bolívar; Especialista en Derecho Empresarial por la Universidad Técnica Particular de Loja; Magíster en Derecho Procesal por la Universidad Andina Simón Bolívar. Actualmente está cursando el PhD en Derecho en la Universidad de Salamanca, España. Docente universitaria y Jueza Provincial de la Sala de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia y Adolescentes Infractores de Pichincha (desde 2014). Ha publicado varios textos en Ecuador, España y Perú.
- ** María Helena Carbonell Yáñez es abogada, graduada de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador; Máster en International Humanitarian Law and Human Rights por la Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights (Suiza); candidata a PhD por la Universidad Andina Simón Bolívar. Docente de varias universidades del país. Ha escrito varios artículos relacionados al Derechos Internacional de los Derechos Humanos que han sido publicados en el Ecuador, México e Indonesia. Ha sido consultora para instituciones del Estado así como para organizaciones de sociedad civil.

MARÍA HELENA CARBONELL YÁNEZ (MHCY): El Derecho de Familia tiene diversas aristas para su estudio y, no cabe duda, todas ellas acarrearán acaloradas discusiones. Estas las encontramos no sólo en el círculo más cercano de los niños y niñas, sino también de diversos sectores sociales más amplios. Desde lo judicial y lo legislativo, el principio del interés superior del niño es usado por todos los sectores como una bandera de lucha. Pero este principio, al ser tal, es ambiguo y sus bordes pueden ser moldeados según la interpretación que se haga del mismo. Desde tu experiencia, ¿en los procesos relativos al otorgamiento de la patria potestad o tenencia de niños y niñas, si es que el interés superior del niño y la niña es alegado por ambas partes intervinientes, ¿qué principios o reglas utiliza el/la juzgador/a para darle contenido al mismo?

ANA INTRIAGO (AI): Los jueces somos garantes del cumplimiento efectivo de derechos, por lo tanto, el niño, niña y adolescente son sujetos de derechos, no objetos de protección, por lo tanto es fundamental para el juzgador tener en cuenta los elementos que conforman el interés superior del niño, podríamos citar por ejemplo la Observación No. 14 del Comité de la Convención de los Derechos del Niño, en la que podemos concluir que el interés del niño tiene un triple significado: como principio, derecho y norma de procedimiento.

MHCY: ¿Podrías profundizar sobre eso? ¿A qué te refieres con que es principio, derecho y norma de procedimiento?

AI: Sería un poco extenso transcribirla, pero como jueces debemos tener en cuenta que es un principio al decir que es una concepción fundada en los valores de la justicia, el interés superior de los niños debe entenderse así por su vulnerabilidad y el deber de protección que tienen las sociedades con sus generaciones en desarrollo. La Observación No. 14 del Comité de Derechos del Niño enlaza el concepto a la interpretación que debe escogerse, pues ha dicho que es principio de interpretación. ¿En mi opinión cómo debe tenerlo en cuenta un juzgador? Debe entenderlo como la raíz de todo proceso que implique la discusión de derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Como derecho, es evidente que hablamos de su inclusión no sólo en nuestra Constitución sino de los instrumentos internacionales de derechos humanos, los que, siguiendo a Garapone, forman parte de las promesas que el pueblo se hace a sí mismo como ideal de convivencia y progreso, nuestra esperanza respecto a quienes nos sucederán.

En cuanto a norma de procedimiento, aquí podríamos referirnos concretamente a lo que dice la Observación mencionada que, en caso de duda, se aplicará siempre la norma más favorable a los niños, niñas y adolescentes.

MHCY: Ya que mencionaste la Observación No. 14, hablemos un poco de las fuentes del Derecho de Familia. La Corte Constitucional determinó que las opiniones consultivas de la Corte Interamericana son instrumentos internacionales, en los términos del artículo 11 de la Constitución. En función de esto, serán de directa aplicación por y ante cualquier servidor/a público/a, incluidos/as los/as judiciales. ¿Tú crees que esto fomente la utilización de esta fuente de Derecho por parte de los/as operadores/as de justicia en el ámbito del Derecho de Familia? Y, ¿qué beneficios crees que pueda acarrear y qué dificultades crees que se encontrarán?

AI: Con respecto a la sentencia que manifiestas, es importante tener en cuenta la diferencia entre los votos de los magistrados Ávila y Lozada con respecto a la jerarquía de esta normativa. En cuanto a la Observación No. 14 del Comité de Derechos del Niño y cualesquiera otra que se relacione con el tema de niñez, deben ser y de hecho son utilizadas por los jueces y juezas. Por ejemplo, la Decisión Andina sobre Seguridad y Salud y su Reglamento que contienen normas respecto del adolescente trabajador; los informes de la OIT para la erradicación del trabajo infantil y la regulación del trabajo de adolescentes, así como las normas respecto a la justicia restaurativa para adolescentes. En fin, todo suma.

¿Qué es lo que en mi opinión debe tener en cuenta un juez? Debe estudiar con profundidad el caso, teniendo en cuenta que cada caso tiene sus particularidades, que cada niño, niña y adolescente es un mundo, con

experiencias distintas. Por lo tanto, su decisión es para ese caso. Es importante no aplicar soluciones prefabricadas sin mayor análisis porque antes hayan funcionado o, peor aún, hacer de la judicatura un laboratorio. La experiencia del juez debe complementarse con el criterio técnico y especializado, además del jurídico que es el propio del juez.

MHCY: Pasando a otro tema. Dentro del papel de juzgadora, ¿cómo se puede compaginar el principio del interés superior del niño y niña con elementos del debido proceso como, la igualdad de armas o la imparcialidad del juzgador?

AI: Tanto la Constitución, la normativa infraconstitucional, así como los tratados internacionales sobre Derechos Humanos, establecen acciones afirmativas para los niños, niñas y adolescentes, es deber del juzgador velar por los derechos de estos. Recordemos que nuestro sistema procesal se ha construido desde la Constitución sobre el principio dispositivo que deja a las partes la elección de acciones, de pruebas y argumentos, ante los cuales se debe garantizar el derecho de defensa y contradicción. Sin embargo, el juzgador puede actuar de oficio si el interés superior está en peligro o gravemente afectado. Recordemos, por ejemplo, el caso de las medidas de protección que pueden ser ordenadas sin petición de parte.

MHCY: Aprovechando tu experiencia como jueza, hablemos del tema de los límites de la administración de justicia. Hay quienes alegan que el poder de los jueces y juezas es demasiado amplio a tal punto de que pueden anular los acuerdos a los que hayan llegado los progenitores alegando el interés superior del niño o niña. ¿Qué responderías a las críticas existentes y propuestas de reformas legales para limitar esta facultad del operador/a de justicia?

AI: Como afirmé anteriormente, es verdad que el principio dispositivo rige nuestro régimen procesal. Sin embargo, recordemos que los arreglos celebrados entre partes no pueden comprometer derechos de terceros; ahora, si hablamos del caso de niños, niñas y adolescentes, cuyos derechos gozan de protección supra constitucional, no se puede pretender que los

acuerdos de los padres que podrían ser lesivos a su interés se aprueben, no tiene asidero legal alguno. Pongo un ejemplo: la madre que pretende renunciar a la pensión alimenticia de su hijo menor de edad, ¿se trata acaso un derecho propio para que pueda renunciarlo?

MHCY: Pasando a otro tema, actualmente se habla en medios de comunicación, así como en sectores legislativos de la alienación parental como una violación a los derechos de los niños y niñas. ¿En qué consiste este “síndrome de alienación parental”?

AI: El Síndrome de Alienación Parental SAP fue citado por primera vez por Richard Gardner, un psiquiatra estadounidense, quien desarrolló esta teoría por la cual los hijos podrían verse sometidos a la voluntad de uno de los progenitores y tomar partido en contra del otro.

Ciertamente es una teoría que ha tenido detractores y defensores, sin embargo, es innegable que entre algunos progenitores se suscita una especie de lucha de poder por el cariño y aprobación de sus hijos, situación que es sumamente dañina para los niños, niñas y adolescentes. Recordemos que Gardner fue muchas veces colaborador experto en divorcios litigiosos y su trabajo se desarrolla sobre la base de sus observaciones en este campo.

No estoy de acuerdo con atribuir a la madre esta clase de actuación, lamentablemente cualquiera de la familia incluso la ampliada puede ejercerla sobre el niño, niña o adolescente. Es recomendable su detección con la finalidad que los jueces y juezas puedan tomar una decisión correcta.

MHCY: Sobre este mismo tema, ¿cuál es su real viabilidad dentro del Derecho de Familia? ¿Conoces tú casos en el que se haya alegado el síndrome de alienación parental como causal para la revocación de la tenencia? Y, en esos casos, ¿éste es mencionado como tal o se lo hace en relación con actos de violencia psicológica concreta en contra del niño o niña o de alguno de sus progenitores (haciendo referencia al artículo 113 del Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia con respecto al maltrato grave)?

AI: No es frecuente que las defensas técnicas aleguen el síndrome de alienación parental. Alguna vez, según recuerdo, ordenamos a la oficina técnica hacer un estudio psicosocial a fin de determinarlo, pero fue en un proceso de visitas y fue un pedido oficioso. En la Sala de la Familia, Niñez y Adolescencia y Adolescentes Infractores de la que formo parte, no he sabido que se lo haya denunciado expresamente.

En los procesos de tenencia lo más frecuente es que el progenitor que la solicita alegue maltrato o negligencia grave del otro en el cuidado del NNA; en cuanto a la violencia o maltrato psicológico, es frecuente que se lo alegue como causa de pérdida de la patria potestad.

MHCY: Si es que el llamado “síndrome de alienación parental” es alegado por una de las partes, ¿qué mecanismos están previstos para evaluar la situación psicológica y emocional de un niño o niña a fin de valorar los argumentos o pruebas?

AI: Si la parte procesal considera que su hijo está sufriendo SAP, debe cumplir su obligación de protegerlo por medio de alguna de las acciones o medidas previstas en el Código de la Niñez y Adolescencia CONA. Para ello, dentro de su acto de proposición en el anuncio de sus medios probatorios, puede solicitar por

ejemplo la determinación de este síndrome por medio de prueba pericial.

Esta prueba deberá ser puesta en conocimiento de las partes y defendida oralmente por el profesional que la realizó en la audiencia única; esto, sin perjuicio que los juzgadores puedan ordenar de oficio que el departamento técnico haga un estudio sobre el tema y aporten conclusiones.

Es importante resaltar que la determinación de esa situación anómala requiere de un pronunciamiento técnico especializado, es parte del conocimiento experto de los peritos quienes deben aportar con veracidad e imparcialidad los elementos para la decisión judicial.

La entrevista reservada es también un valioso aporte para evaluar los hechos. Recordemos que uno de los derechos de NNA es ser oídos por los jueces cuando se discute sobre sus derechos; cuando se sospecha de una posible influencia de alguno de los progenitores o familiares. Es frecuente que el juez se apoye en la entrevista con un perito/a en psicología, generalmente de alguno de los equipos técnicos, diferente del que hizo el estudio ordenado por el juez en audiencia. Esta es una herramienta útil para obtener un criterio técnico con el que el juzgador puede apoyar sus propias observaciones.

**DERECHOS DE LOS NIÑOS Y DERECHOS DE LOS PADRES: UNA MIRADA
A LA PENSIÓN ALIMENTICIA, AL RÉGIMEN DE VISITAS
Y A LA “ALIENACIÓN PARENTAL”
ENTREVISTA CON SALIM ZAIDAN***

**THE RIGHTS OF CHILDREN AND THE RIGHTS OF THEIR PARENTS: A REVIEW OF
ALIMONY, VISITATION, AND “PARENTAL ALIENATION”
AN INTERVIEW TO SALIM ZAIDAN**

**DIREITOS DAS CRIANÇAS E DOS PAIS: UMA VISÃO SOBRE A PENSÃO DE
ALIMENTOS, AO SISTEMA DE VISITAS E A “ALIENAÇÃO PARENTAL”
ENTREVISTA CON SALIM ZAIDAN**

*Paúl Pérez Vásquez***

Entrevista realizada el 22 de noviembre de 2019
Quito, Ecuador

* Abogado, especialista en Derecho Constitucional. Profesor de la Universidad Católica del Ecuador.

** Abogado, especialista en Derecho Constitucional. Profesor de la Universidad de las Américas.

PAÚL PÉREZ (PP) ¿Cuál es el fundamento para considerar como violación a los derechos humanos al “trato discriminatorio” que reciben los padres por parte de los operadores de justicia, entes privados o públicos?

SALIM ZAIDAN (SZ): El punto inicial para el análisis de cualquier problemática de la niñez, debe ser el catálogo de derechos de este grupo de atención prioritaria. Primero, considerar que los niños pertenecen a un grupo de atención prioritaria. En segundo lugar, que los titulares de los derechos son los niños y los obligados son los padres. En tercer lugar, un principio que es súper importante, el principio de la corresponsabilidad parental, que implica igual proporción en la distribución de responsabilidades.

Tenemos tres ejes que están establecidos en la Constitución y que nos permiten afirmar que existe un trato discriminatorio en perjuicio de los padres que finalmente afecta a los niños. ¿Por qué razón? Porque a los niños, en el momento en que son reconocidos como actores sociales, que es una perspectiva que en la doctrina ha calado mucho, y no solamente como simples objetos de tutela, se les reconoce cierto margen de autonomía para elegir con quién y cómo relacionarse.

Es decir, tenemos un primer punto de partida que es la Constitución. Ésta es el marco de referencia, para el desarrollo legislativo, para la formulación de las políticas públicas; sino se respeta la Constitución y, sobre todo, uno de los principios básicos de la aplicación de los derechos que es el principio de igualdad, difícilmente se van a proteger el resto de derechos. En consecuencia, los principios rectores para mí, son el interés superior del niño, el principio de igualdad y el principio de corresponsabilidad parental, para reafirmar la necesidad de garantizar que el niño crezca con ambos padres, al margen de la relación de pareja.

PP: Y, en ese sentido, ¿Por qué se sostiene desde diversos espacios de la sociedad, que las leyes ecuatorianas se enfocan exclusivamente en resolver conflictos de disputas con los hijos y no en tratar aquél gran principio establecido en la Constitución como es el de corresponsabilidad?

SZ: Yo creo que buena parte del marco jurídico ecuatoriano es represivo, es castigador, antes que preventivo. Poco o nada se hace para formular políticas públicas orientadas a prevenir escenarios de violación de los derechos de los niños, poco o nada se hace para evitar escenarios de violación de las decisiones judiciales relacionadas con el ámbito afectivo. Casi todo está centrado en las pensiones alimenticias y en un sistema de fijación y cobro de pensiones, que se enfoca en el castigo. No se incentiva a los padres a cumplir con su obligación de manutención de buena fe, sino bajo la amenaza del castigo.

PP: ¿Represión?

SZ: Claro, básicamente si es que alguien no paga dos o más pensiones alimenticias al sistema no le “interesa” indagar por qué no paga, asume que es por irresponsabilidad.

No reconocen que puede ser por incapacidad. A eso responde el debate que se generó hace un par de años en la Corte Constitucional. Tuvo que presentarse un caso emblemático, como parte del litigio estratégico para que se pueda visibilizar la problemática en la que se encontraba un grupo de padres, que no se estaban en una situación de no querer pagar pensiones alimenticias, sino que no podían hacerlo porque estaban enfermos con cuadros críticos. Un padre que padecía una enfermedad catastrófica, sometido a quimioterapia, fue privado de su libertad a través de la figura del apremio personal, por no pagar pensiones alimenticias. Cuando él le explicó a la jueza que definitivamente no podía pagar, porque no podía trabajar, no podía generar recursos, no tenía ingresos con qué cubrir la pensión alimenticia, no le importó a la administración de justicia y automáticamente le giraron la boleta de apremio, entonces, esa es la confirmación de que el sistema de niñez, pero sobre todo el sistema de cobro de pensiones alimenticias, está diseñado bajo un enfoque represivo. No se alienta al cumplimiento responsable de las obligaciones por parte de los dos padres.

Inclusive, para quien incumple el *régimen de visitas*, hay la posibilidad de pedir privación de libertad. Entonces, ir a la coerción y a la coacción, para hacer efectivas las obligaciones de los dos progenitores, es

una señal de que definitivamente nuestro ordenamiento jurídico está orientado hacia la represión antes que hacia el cumplimiento de buena fe de las obligaciones como madre y padre.

PP: ¿Para el ejercicio de la paternidad y maternidad?

SZ: Sí, para alentar el ejercicio responsable de la maternidad y la paternidad.

Hay un error de origen. En el desarrollo legislativo, en la práctica judicial, no aplican los principios constitucionales. Se debería partir por el principio rector, que es el del interés superior del niño, después bajar al principio de corresponsabilidad parental y de igualdad, para establecer una regulación que no discrimine y esté orientada a satisfacer el interés superior del niño, empero, como este último es un concepto jurídico indeterminado, es de difícil aplicación. ¿Qué es lo que se exige en la administración de justicia para que se aplique adecuadamente el interés superior del niño? Que haya una suficiente carga argumentativa por parte del juez, que justifique en base a los antecedentes de hecho aportados por las partes y las pruebas introducidas en el proceso, qué es lo más conveniente para el niño en cada caso en particular. Entonces, el interés superior del niño no se aplica automáticamente, se aplica en función del interés superior de “aquel niño” al que van a proteger a través de esa decisión judicial.

Inclusive el Código de la Niñez faculta al juez para que, en caso de que exista acuerdo, no lo considere, si el mismo no es conveniente para el niño. El problema aquí es que, a mi criterio, se le empodera demasiado al juez y no necesariamente estamos siempre frente a un juez adecuadamente seleccionado, que ha sido capacitado, que ha pasado por pruebas psicológicas, que garantice imparcialidad; incluso, en ocasiones, su mala experiencia personal es proyectada al momento de resolver el caso y eso obviamente contamina los procesos.

PP: He escuchado algunas entrevistas tuyas en distintos medios de comunicación, y me han llamado la atención, ciertas afirmaciones como aquella sobre que los niños en el Ecuador son afectados por un

fenómeno social llamado por usted “obstrucción de vínculos parentales”. ¿Nos puede aclarar el significado de este fenómeno?

SZ: La obstrucción de vínculos parentales es el impedimento por parte de un progenitor o un integrante del entorno paterno o materno, para que el niño se relacione con el otro progenitor o con el otro entorno. Ese impedimento puede implicar la imposibilidad de comunicarse con un hijo, la imposibilidad de generar un vínculo afectivo, la imposibilidad de compartir espacios de distracción, de entretenimiento o de acompañamiento en las tareas escolares, puede ser un impedimento para atender los problemas de salud de un hijo.

La obstrucción de vínculos parentales es un fenómeno pluriofensivo, afecta principalmente al niño porque no le permite acceder a los cuidados del padre, se lo priva de su afecto, del entorno paterno.

¿Por qué pongo énfasis en el entorno del padre? Porque con la preferencia legal a favor de la madre para la custodia de hijos menores de doce años, generalmente tenemos a un *actor no custodio* que es el padre, un padre periférico o ausente, que también es afectado.

PP: Lo dicho, ¿Quiere decir que a los niños se los puede someter a un tipo de alejamiento forzado por parte de los progenitores?

SZ: Claro.

PP: ¿Podría darnos algún ejemplo?

SZ: En el artículo 67 del Código Orgánico de la Niñez, encontramos una definición de maltrato muy amplia. La obstrucción de vínculos parentales es una especie de maltrato infantil que, sobre todo, produce violencia psicológica en perjuicio del niño y que puede llegar a repercutir o puede tener afectaciones en el progenitor que está impedido de tener relación con su hijo. Se trata de una problemática pluriofensiva, que no solamente afecta al niño, afecta también al progenitor que ha sido dejado de lado, por ejemplo, en el caso del padre, este perjuicio se extiende a la abuela paterna, al tío paterno, etc.

PP: ¿Qué es la alienación parental?

SZ: La alienación parental es inducirle al niño a rechazar al otro progenitor. Existe una ley en Brasil que es la ley del SAP, la ley del Síndrome de la Alienación Parental. Esta ley te define lo que es el síndrome de alienación parental. Se trata de, al menos, violencia psicológica, maltrato infantil, pero los operadores de justicia no están preparados para responder frente a una medida de protección fundamentada en la alienación parental.

PP: ¿Existe algún organismo internacional o nacional especializado en el tema, que ha concebido a la alienación parental como una patología médica? O, ¿Se trata más bien de maltrato psicológico?

SZ: Claro. El síndrome de alienación parental es definido como un proceso de denigración hacia un progenitor, previamente querido por el niño. Se inicia instigando temor, animadversión hacia el otro progenitor. La Organización Mundial de la Salud (OMS) generalmente publica un catálogo de enfermedades y patologías. Inicialmente, existía el reparo de ciertos grupos opuestos a que la alienación parental conste en el Código de la Niñez como una problemática frente a la cual se debería actuar, porque no estaba catalogado como síndrome. En la nueva Guía CIE-11 sobre enfermedades de la OMS de 2018 o 2019, no recuerdo con exactitud, en el índice ICD-11, la “Alienación Parental” está asociada como un “Problema de relación entre el cuidador y el niño.” Este código está en el capítulo “Factores que influyen en el estado de salud”.

Más allá de si se considera o no como síndrome, la alienación parental existe y puede ser encuadrada como un caso de violencia psicológica al niño o como un caso de maltrato infantil, un concepto amplio que está en el Código de la Niñez, ampliamente definido, justamente, para justificar la intervención de la justicia a través de las medidas de protección.

PP: Síndrome de alienación parental y alienación parental, ¿son lo mismo?

SZ: No. Desde el punto de vista técnico, un síndrome obviamente tiene efectos mayores.

La Ley del SAP en Brasil, en el primer artículo señala que: “se considera un acto de alienación parental la injerencia en la formación psicológica del niño o adolescente, alentado o inducido por uno de los padres, abuelos o por quien tenga autoridad sobre la custodia o vigilancia del niño o adolescente con el fin de que el niño renuncie al progenitor alienado o que cause un perjuicio al establecimiento o mantenimiento de los vínculos con este último”. Esta ley ejemplifica formas típicas de alienación parental, como obstaculizar el ejercicio de la patria potestad, es decir, no tomar en cuenta a uno de los progenitores para las decisiones importantes que beneficien a su hijo, entorpecer los contactos con el niño o adolescente con el progenitor alienado, obstaculizar el ejercicio del derecho regulado de visitas, omitir deliberadamente información personal de interés para el progenitor alienado. Me llama la atención que, en Brasil, una de las figuras típicas de alienación parental que menciona el artículo citado, es cambiar la dirección del domicilio a un lugar remoto sin justificación, con el fin de dificultar la convivencia del niño con el progenitor alienado. El cambio de residencia es muy común, muchas veces de una manera inmotivada, solamente para alejarte de tu hijo o de tu hija, se trasladan a lugares distantes no solamente a otros cantones sino a otros países y eso dificulta obviamente el contacto y el vínculo afectivo. Esas son formas típicas de alienación parental.

PP: ¿La alienación parental podría ser concebida como una causal para la privación o pérdida judicial de la patria potestad?

SZ: Me parece que hay que evidenciar tres escenarios. Una es la privación de la patria potestad, otra es la suspensión de la patria potestad y, otra es la imposibilidad de tener la mal llamada tenencia o custodia.

PP: Digo esto porque la primera causal de pérdida de la patria potestad prescrita en el artículo 113 del CONA, es el maltrato psicológico grave.

SZ: Claro.

PP: Entonces, si estamos hablando de maltrato infantil que está muy vinculado al maltrato psicológico, ¿Podríamos considerar a la alienación parental

como causal in extremis para una potencial privación de la patria potestad?

SZ: Creo que si hay reincidencia, por ejemplo, definitivamente no hay que descartar la privación de la patria potestad.

Cuando existe un caso ya demostrado, constatado, a través de la valoración de los profesionales que integran la oficina técnica, podría hablarse en un primer momento nada más de una suspensión, es decir, con posibilidad de recuperar la patria potestad, cuando se haya demostrado un cambio en cuanto al ejercicio de la paternidad o la maternidad. Por otro lado, está la imposibilidad de tener la tenencia, si es que ya se tiene un antecedente negativo, si se ha ocasionado efectos psicológicos a un hijo producto de la alienación, yo creo que cuando menos debería pensarse en el impedimento de ostentar la tenencia.

Entonces, dependiendo de la valoración psicológica, del grado de afectación que ha tenido el niño, debería determinarse si es que solamente se excluye la posibilidad de la tenencia, si es que se la suspende o si, en caso de reincidencia o de una sistemática alienación parental, se deriva en la privación de la patria potestad.

PP: ¿Por qué los operadores de justicia se niegan a considerar a la alienación parental como una forma de maltrato infantil?

SZ: En Ecuador, un avance importante se dio cuando el Consejo de la Judicatura decidió capacitar a los jueces de Guayaquil sobre el SAP. En efecto, muchos jueces o no le daban la importancia que tenía el SAP o no lo conocían o no lo aplicaban en los procesos judiciales. Entonces, el hecho de que se haya capacitado a los jueces representó un avance en el sentido de que ya podían tomar en cuenta la alienación parental como un factor a considerar al momento de resolver, a quién conferir la custodia o qué decisión tomar en cuanto a la patria potestad.

Existe un prejuicio y un estereotipo que está muy enraizado en la sociedad y, sobre todo, en los operadores de justicia, que es el creer que siempre el padre es violento, creer que el padre siempre es el irresponsable,

que la madre siempre es la víctima, que la madre siempre es responsable, cuando existen padres y madres responsables, padres y madres irresponsables y violentos. La clave es analizar caso por caso. Se tiene que hacer una valoración de las aptitudes y comportamientos parentales en cada caso en particular, una valoración de cada niño en cada caso.

Hay que cambiar la mentalidad de la gente. Se debe capacitar a los jueces para que conozcan cuáles son las problemáticas más comunes de los niños; entiendan cómo se producen a través de una explicación, por ejemplo, de un psicólogo; cómo se producen estos fenómenos y, después analizar qué posibilidades de actuación tienen ellos. Ahí viene un tema sustantivo complementado con lo procesal, qué herramientas pueden utilizar los operadores de justicia para proteger a un niño alienado, qué procedimiento y protocolo pueden seguir para aplicar a un caso de alienación parental.

Al momento de revisar el catálogo de derechos en el primer libro del Código de la Niñez, se tiene que, entre los derechos de protección, primero está el derecho de la integridad personal de los niños, entonces, la alienación parental afecta a la integridad personal de los niños y ese es un derecho de protección que tiene que precautelarse por parte de los operadores de justicia, por parte de las autoridades administrativas y todos los que integran el Sistema Nacional de Protección de la Niñez.

Otro derecho que es muy importante es el derecho de conocer a los progenitores y mantener relaciones con, que se encuentra en el artículo 21 del CONA y prescribe que: "...los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a conocer a su padre y madre y a ser cuidados por ellos y a mantener relaciones afectivas permanentes, personales y regulares con ambos progenitores". Si no se entiende que el derecho de supervivencia más importante que tiene el niño es relacionarse con ambos progenitores, mantener con ellos relaciones permanentes, periódicas, regulares y, además de eso, que se tiene que precautelar la integridad personal porque es un derecho de protección que tiene el niño, no se entenderá la problemática de la obstrucción y de la alienación.

Hay que aprender a relacionar la problemática de los niños y la problemática de la obstrucción de la alienación con los derechos que están reconocidos acá. Lastimosamente en nuestro país, hay una aplicación mecánica del segundo libro del Código de la Niñez, que es el libro que más controversia ha generado. En este libro se regula la patria potestad, la tenencia, las visitas, las pensiones alimenticias y, si se lo aplica mecánicamente, sin hacer interpretaciones concordantes con el primero que reconoce los principios, que enuncia los derechos reconocidos, evidentemente se va a tener un resultado mecánico que no va a tutelar adecuadamente los derechos de los niños.

PP: ¿De dónde provienen estos comportamientos de alienación parental? Se me ocurre que, pueden existir niños que se resistan a aceptar o asimilar este tipo de comportamientos que además se pretenden normalizar. En ese sentido, ¿Se ha contemplado alguna posibilidad de evaluación periódica cuando la madre o padre tienen o quieren normalizar este insólito comportamiento?

SZ: Creo que se registran pocas denuncias de alienación parental, justamente, por la desconfianza que existe por parte de los usuarios de la administración de justicia, particularmente padres. Generalmente ven que la actuación de la justicia está muy marcada por el perjuicio, entonces saben que una denuncia por alienación parental puede complicar más las cosas, complicar más su relacionamiento con su hijo y, por esa razón, no se atreven a denunciar. Hay que alentar a los padres o madres que ven una afectación en su niño por una alienación parental a denunciar para que se valore al niño, se escuche a padre y madre, y por supuesto, al niño; y se pueda intervenir oportunamente para precautelar la integridad del niño.

Hay un texto súper interesante de Anne Smith y Nicola Taylor que se llama “Escuchemos a los niños”. Fue publicado por el Fondo de Cultura Económica. En ese texto se dice: “(...) cuando los niños se sienten respetados, aceptados y seguros en una entrevista responden con mayor libertad y honestidad”. Hay técnicas que deberían ser tomadas en cuenta por la oficina técnica y que permiten que justamente los niños se expresen con libertad, que ellos expresen su sentir,

que ellos digan lo que quieren, o lo contrario es una falta de profesionalismo en cuanto a cómo se escucha a los niños.

No solo es un problema de legislación. El Código de la Niñez en su primer libro tiene disposiciones interesantes en relación a los principios y derechos que podrían ser invocados para justificar la intervención en un caso determinado. Me parece que hay un derecho familiar acá en el Ecuador que está en deuda con los niños. En ese sentido, la descripción que hace Pauline Tapp y Mark Henaghan, dentro del conjunto de artículos que recoge el libro “Escuchemos a los niños”, manifiestan que: “(...) el derecho familiar refleja los valores de la sociedad e influye en la manera en que la sociedad ve a los niños”.

Creo que estamos viendo a los niños de una manera absolutamente equivocada, nosotros tenemos que encontrar técnicas para que el niño diga lo que realmente piensa, siente y quiere.

Una de las problemáticas más sensibles que existen aquí en el país, es que la alienación parental no tiene freno y cuando la alienación parental se produce, no registra una intervención por parte de los jueces, cuando la alienación parental se produce no es posible escuchar lo que realmente los niños quieren, porque pueden estar presionados, o al momento en que comparecen a una audiencia, con la presión que tienen de estar en medio del padre y la madre obviamente van a sentirse muy incómodos, al momento de decir con quién quieren estar, con quién quieren compartir un poco más.

Las técnicas tienen que cambiar, privilegiar entrevistas privadas con los niños, que sean grabadas, registradas en un medio, al que se pueda acceder posteriormente en caso de que se requiera impugnar un informe de la oficina técnica.

Para concluir, considero que hay un mal manejo. Existe en un primer plano insensibilidad, luego, la deshumanización de las Unidades Judiciales de Familia y de Niñez, de ciertos jueces -sin generalizar-, la despreocupación por parte de los legisladores y del Presidente de la República con respecto a estos temas.

Casi siempre la atención está centrada en las pensiones alimenticias y el sistema se mantiene absolutamente

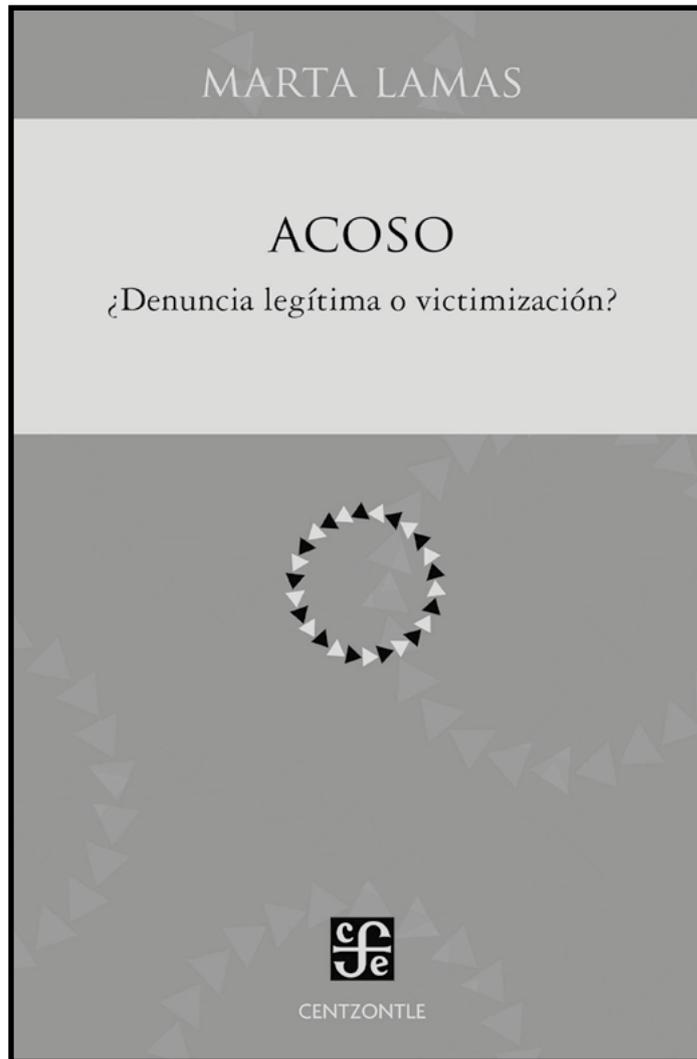
ajeno a la problemática que tiene que ver con los temas afectivos, con los cuidados y la crianza de los niños.

RESEÑA

Handwritten signature or stylized text in a light pink color.

ACOSO: ¿DENUNCIA LEGÍTIMA O VICTIMIZACIÓN?*

Martha Lamas



*Alejandra Cárdenas***

* Lamas, Martha. 2018. *Acoso: ¿Denuncia legítima o victimización?* México: Fondo de Cultura Económica.

** Alejandra Cárdenas Reyes es abogada de la Universidad Central del Ecuador, especialista en Derecho Internacional Público. Actualmente se desempeña como docente de las áreas de Derechos Internacional Público, Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario; y coordina el Proyecto de Vinculación con la Comunidad "Aplicación de Estándares Internacionales de Acceso y Calidad de la Justicia en casos de Mujeres que Sufren Violencia Intrafamiliar". Ha trabajado en varias universidades del país y como abogada defensora de derechos humanos.

Martha Lamas, antropóloga feminista, es una de las teóricas más prolíferas del Siglo XX en materia de género. Su producción académica, durante casi cuatro décadas de trabajo, se ha centrado en la necesidad de dar contenido teórico al activismo feminista, poniendo en el centro del debate la necesidad de abordar las temáticas de género y la desigualdad desde una visión política, encaminada a transgredir las estructuras de poder que colocan a las mujeres en una posición de subordinación.

Lamas, autocalificada como una política y teórica feminista, cuestiona la ideología “mujerista”, en tanto considera que detrás de ella hay una radicalidad que está golpeando y minando el trabajo del movimiento de reivindicación de derechos de las mujeres. En esta línea se incluye su última obra: *Acoso ¿Denuncia legítima o victimización?*

En esta obra controversial, la autora objeta el discurso del *dominance feminism*, introducido por el feminismo norteamericano, por considerarlo de corte radical. Sostiene que esta propuesta, que ha dividido a los feminismos alrededor del mundo, está deslegitimando la lucha de las mujeres, reduciendo el significado del “acoso” a una visión única y excluyente que deja de lado las causas estructurales y los efectos reales de la desigualdad y la violencia de género.

Para este análisis Lamas introduce el pensamiento de Bolívar Echeverría, haciéndose eco de su propuesta teórica sobre la americanización de la modernidad. Denuncia que la hegemonía sobre el discurso del acoso lo tienen las activistas y la academia norteamericana, a lo que ella denomina el discurso del *dominance feminism*.

A través de la revisión de las denuncias y los procesos de acoso en las universidades estadounidenses, Lamas agrega que éste ha generado la aplicación de prácticas injustas que violentan las reglas mínimas del debido proceso a los presuntos “acosadores”. Asimismo, la autora sostiene que el discurso hegemónico del *dominance feminism* está profundizando la antigua “guerra de los sexos” y debilitando las relaciones entre los hombres y las mujeres. Uno de los principales aportes de la autora es contraponer las propuestas de

las feministas norteamericanas con los postulados del feminismo francés; para aterrizar esta discusión en la realidad mexicana y latinoamericana.

Desarrolla este argumento central en ocho capítulos bien logrados, en los cuales introduce los elementos teóricos que sostienen su propuesta académica: los elementos empíricos, principalmente la revisión del discurso del *dominance feminism* y su introducción en las universidades de Estados Unidos; así como el discurso de las feministas francesas y su cuestionamiento a los postulados norteamericanos. Además, revisa en extenso la situación que vive México en cuanto a la aplicación de la noción de acoso sexual en un contexto eminentemente machista y violento.

A través de una entretenida narración que muestra los paradigmas que sustentan las posturas de la academia norteamericana y la francesa, Lamas desentraña el discurso del *dominance feminism*, evidenciando que éste refleja varias aristas que se contraponen con el discurso feminista: la visión victimista de las mujeres; la presencia muy fuerte del paradigma conservador que reproduce la visión de castidad para las mujeres y el ejercicio de una sexualidad domesticada; la magnificación del concepto de acoso, en tanto, toda palabra, gesto o cumplido es calificado como tal; la utilización del punitivismo y la presión mediática, como únicos elementos para combatir el acoso sexual; y el *governance feminism*, según la cual los espacios de toma de decisiones nacionales e internacionales están copados por representantes de esta línea, tornándose peligroso para las políticas públicas y las decisiones. Estos elementos le permiten concluir que lo que está sosteniendo este discurso es el capitalismo liberal.

Desde la denuncia de estos elementos característicos del discurso hegemónico norteamericano sobre el acoso sexual, Lamas nos recuerda que los postulados feministas distan mucho él: las mujeres no son víctimas por el hecho de ser mujeres, somos sujetos autónomos; el movimiento feminista reivindicó el ejercicio de la libertad sexual femenina en contraposición a la castidad y a la honra marcada desde la tradición judeocristiana; la evidencia del machismo y de las desigualdades estructurales en contra de las mujeres y la necesidad de abordarlos desde todos los ámbitos, políticos, sociales

y jurídicos; la importancia, no solo de castigar, con un debido proceso, sino de prevenir la discriminación en todas sus formas, de empoderar a las mujeres, de educarlas y de generar espacios de justicia sensibles a la problemática de género; así como la imperiosa exigencia de redistribuir los espacios económicos y políticos que siguen en manos mayoritariamente masculinas.

Martha Lamas concluye señalando que este discurso está profundizando la guerra de los sexos, polarizando a los hombres y a las mujeres, sin reconocer que el verdadero enemigo no es el hombre sino el capitalismo neoliberal moralizador y conservador que gana mucho manteniendo mujeres dominadas y sumisas.

A partir de una lectura extremadamente polémica y seductora, Lamas nos recuerda que la presión mediática sumada a la turba enardecida que pide castigar y sancionar, puede convertir banalidades en contrincantes ficticios y esconder inequidades, desigualdades y violencia.

Finalmente, este libro constituye un gran aporte a los campos de la antropología, el feminismo y el derecho. Llama la atención sobre la función real de la ciencia jurídica, no solo como herramienta para la punición, sino como un mecanismo necesario para emancipar a las mujeres y construir sociedades igualitarias e incluyentes.

POLÍTICA EDITORIAL

Cálamo, Revista de Estudios Jurídicos es la revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de las Américas. *Cálamo* es una revista especializada en Estudios Jurídicos pensada para la comunidad científica y en general interesada por los estudios del Derecho y su relación con las demás ciencias. La revista recibe durante todo el año ensayos y artículos de investigación que aporten para el conocimiento y análisis del Derecho, así como estudios interdisciplinarios que muestren las conexiones de esta disciplina con el todo social, desde la Filosofía, la Sociología y la Teoría Política y Constitucional, fundamentalmente.

Política por secciones

Todas las contribuciones recibidas, una vez validadas por el Comité editorial de *Cálamo*, serán evaluadas bajo la modalidad de revisión por pares.

Dossier: Es la sección principal de la revista. Los artículos que se publican bajo este rubro giran en torno a la temática principal que es el hilo conductor del número en cuestión. Es una sección que recibe trabajos de académicos internos y externos a la institución. Los artículos deben ser originales, inéditos y no estar simultáneamente postulados para publicación en otras revistas u órganos editoriales.

Ensayos: En esta sección se publican ensayos de diversas temáticas, independientes al tema central del Dossier. Es una sección que recibe trabajos de académicos internos y externos a la institución. Los ensayos deben ser originales, inéditos y no estar simultáneamente postulados para publicación en otras revistas u órganos editoriales.

Entrevista: Esta sección recoge entrevistas a académicos, profesionales del Derecho o figuras públicas vinculadas al escenario jurídico y político del país. Se reciben entrevistas realizadas por académicos internos y externos a la institución. Las mismas deben ser originales, inéditas y no estar postuladas para publicación simultáneamente en otras revistas u órganos editoriales. Se privilegian aquellas entrevistas relacionadas con el tema central del Dossier.

Reseña: Es una breve evaluación crítica o análisis reflexivo de un libro que haya sido publicado en los últimos dos años. En esta sección, se reciben trabajos de académicos internos y externos a la institución. Las reseñas deben ser originales, inéditas y no estar postuladas para publicación simultáneamente en otras revistas u órganos editoriales.

Normas de publicación

Requisitos para las secciones de Dossier y Ensayos

- El artículo debe estar precedido de un resumen no mayor a 800 caracteres con espacios, en español y en inglés.
- Los autores deben proporcionar de cinco (5) a ocho (8) palabras clave que reflejen el contenido del artículo y que no se repitan en el título del mismo; en español y en inglés.

- El título del artículo no podrá contener más de diez (10) palabras. El autor podrá ampliar la extensión del mismo utilizando un subtítulo. Sin embargo, si el editor sugiere cambios, serán aplicados en mutuo acuerdo.
- El artículo deberá contar con conclusiones y recomendaciones.
- La extensión de los artículos será de 30.000 a 45.000 cce (caracteres con espacios, incluyendo notas al pie y recuadros).
- El artículo en su totalidad deberá ajustarse a las normas de citación CHICAGO.
- El Centro de Publicaciones, en la etapa de edición, podrá realizar la corrección de estilo que considere necesaria.
- Los artículos que se ajusten a las normas señaladas se considerarán como recibidos y se procederá a notificar al autor. Los que no, serán devueltos a sus escritores.

Requisitos para la sección de reseñas

Además de cumplir con las mismas normas que los artículos del Dossier, en el caso de las Reseñas:

- No deben contar con resumen.
- Deben presentar los siguientes datos técnicos: apellidos y nombres del autor, año, título de la obra, edición, editorial, lugar, páginas de que consta. Luego puede señalarse la formación del autor, su competencia, experiencia, su fin al escribir la obra. También debe presentar la portada escaneada de la publicación.
- Tendrán que indicar cómo está organizado el texto (capítulos, partes, relatos, etc.), su ordenación o composición precisa, es decir, la manera en que sus diversas partes se relacionan y articulan entre sí construyendo una estructura.
- Por último, deben contar con conclusiones o juicios críticos, donde se hablará sobre las aportaciones y repercusiones teóricas, sociales, políticas, educativas, futuras, etc., y se hará un balance de las observaciones personales, reducidas a líneas generales.
- Tendrán una extensión de entre 3.000 y 5.000 cce (caracteres con espacios, incluyendo notas al pie y recuadros).

Orientaciones para los autores

Los artículos deben ser originales e inéditos, lo cual implica que, al momento de la recepción del artículo por el Centro de Publicaciones de la Facultad de Derecho, no habrán sido entregados a otra revista para su evaluación y publicación.

El autor deberá remitir junto al artículo un FORMULARIO DE AUTOR que será facilitado por la coordinación editorial de la revista, donde especifique su grado académico/ institución a la que se encuentra vinculado, el título del artículo, la fecha de envío y dirección (postal o electrónica). Además, debe indicar si desea que se publique su correo electrónico en el artículo.



udla.