

REVISTA ACADEMOS SOCIEDAD Y CIENCIAS APLICADAS

Publicación dirigida a la comunidad científica y académica vinculada a las ciencias aplicadas, las ciencias sociales (derecho y otras ciencias interdisciplinarias) y humanidades (filosofía y ética).

VOL. 3 N° 1

Revista academos

Revista Academos Sociedad y Ciencias Aplicadas

Publicación dirigida a la comunidad científica y académica vinculada a las ciencias aplicadas, las ciencias sociales (derecho y otras ciencias interdisciplinarias) y humanidades (filosofía y ética).

ISSN: 2745-0806

EDITOR**GRUPO EDITORIAL GEA S.A.S****COMITÉ CIENTÍFICO**

Leopoldo Javier Larrea Simball, Dra. Diana Acosta, Dr. Hèctor Mosquera Pasmíño, Enrique Marmol Palacios, Leopoldo Larrea y Víctor Medina Juez de lo Civil. E. Màrmol, Enrique Màrmol Palacios, Dra. Leonor Murillo Sevillano, Stalin Arana Vera

ÁRBITROS

Misael Tirado Acero (PhD), Cesar Oliveros Aya (PhD), David Garcia Vanegas (PhD), Libia Patricia Pérez Quimbaya (PhD), Jorge Fabian Villalba (Mg), Hugo Daniel Ortiz Vanegas (Mg), Fredy Humberto Rodriguez (Mg), Ovidio Delgado Mahecha (Mg.), Javier Francisco Franco Mongua (Mg.), David Mendoza Beltran (Mg.), Alejandro Marcelo Lopez Soto (Mg.), Luis Alberto Torres Tarazona (Mg.), Nelson Pedraza (médico y especialista en cirugía general).

Gerente Grupo Editorial GEA SAS:

Norma Castro Manrique

Revista Academos Sociedad y Ciencias Aplicadas

<http://grupoeditorialgea.com/>

Vol. 3 - No. 1 – 2022

Periodicidad: semestral

Neiva-Huila, Colombia.

Calle 7 N° 6-58 Of 104

Suscripción, canje y envío de artículos: grupoeditorialgea@gmail.com

Editor

Carlos Arturo Hernández. Docente e investigador Asociado fuac.

Tabla de contenido

El principio de legalidad de la citación telemática en materia procesal general.....	6
Resumen.....	6
Introducción	7
Estado del arte	8
Criterio judicial de análisis.	11
Conclusiones.	15
Referencias.....	16
LOS RETOS DEL DERECHO AL TRABAJO Y AL OCIO DE LAS MUJERES EN ECUADOR	17
RESUMEN.....	17
ABSTRACT	18
INTRODUCCIÓN.....	19
1. DERECHO AL TRABAJO Y AL OCIO DE LAS MUJERES EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA.....	19
2. DERECHO AL DESCANSO Y OCIO EN LA LEGISLACION ECUATORIANA	23
3. LAS ESTADÍSTICAS DEL DESEMPLEO EN LAS MUJERES EN TIEMPOS DE PANDEMIA.....	26
3.1. TASA DE DESEMPLEO EN EL ECUADOR	26
3.2. TASA DE DESEMPLEO EN MUJERES EN TIEMPOS DE PANDEMIA.....	27
4. LOS RETOS DEL DERECHO AL TRABAJO EN TIEMPOS DE COVID-19.....	28
5. SITUACION GENERAL DEL SUBEMPLEO EN EL ECUADOR	32
5.1. EL SUBEMPLEO: DISCRIMINACIÓN INDIRECTA A LA MUJER EN EL TRABAJO	35
El Convenio 100 de la OIT, sobre igualdad de remuneración y el artículo 326 numeral 4 de nuestra constitución, que determina “A trabajo de igual valor corresponderá igual remuneración”, se ven vulnerados frente a una norma inferior que permite a los empleadores rebajar las remuneraciones a los trabajadores, situación que nos pondría, según un informe de la OIT, en una clara situación de subempleo.....	35
6. LA DISCRIMINACIÓN LABORAL A LA MUJER EN TIEMPOS DE PANDEMIA	37
6.1. LA IMPOSICIÓN DEL DERECHO AL OCIO DE LAS MUJERES EN ECUADOR.....	38

7. CONCLUSIONES.....	38
8. Bibliografía:.....	40
Curriculum	41
La Filosofía del Derecho en relación con los Derechos Humanos a nivel global y la necesidad imperiosa de su empoderamiento por parte de estudiantes, juristas, operadores de justicia y abogados en general, en época ex antes pandemia del Covid 19 y ex post.....	41
Phd. Jorge Enrique Mármol Palacios.....	41
Referencias.....	56
“CONSECUENCIA DEL COVID 19 EN EL ENTORNO ECO-VIRTUAL DE LA.....	57
GESTIÓN AMBIENTAL. Y DE LOS DERECHOS A LA NATURALEZA”	57
EVALUACIÓN DEL PAPEL DE LOS MASC’S DENTRO DEL	72
SISTEMA DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.....	72
EL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES JURÍDICAS EN LA PANDEMIA DEL COVID 19.....	88
“La justicia restaurativa de los adolescentes infractores en el marco jurídico del Ecuador”	97
Bibliografía	115
El Estatus del Embrión Humano en el Pacta Sunt Servanda	117
The status of the human embryo in the Pacta Sunt Servanda.....	117
Héctor Arcelio Mosquera Pazmiño	117
Desarrollo del Tema	125
1.- Connotaciones jurídicas del no nacido en el derecho civil romano.....	125
1.1.- El no nacido y su statu hominun. -.....	125
1.2.- El deber tutelar del concebido en el digesto de justiniano.	126
2.- Estatus jurídico del pre-embrión humano en el Derecho Civil contemporáneo ¿persona o bien?	127
3.- El pacta sunt servanda en la relación médico-paciente.....	129
4.- Los tipos minimalistas del contrato Médico-Paciente y su relación con el Código Civil.....	132
5.- El contrato de asistencia reproductiva	135
5.1.- La naturaleza jurídica del consentimiento informado	135
5.2.- La disponibilidad jurídica del pre-embrión humano en el contrato de asistencia reproductiva ¿paciente?	137
5.3.- La responsabilidad civil por daños emergente de la mala práctica médica	139
6.- El pacta sunt servanda en la donación de embriones.	141
6.1.- La Donación de embriones humanos desde el derecho civil.....	142

6.2.- Del pacto de reserva o derecho de confidencialidad de los donantes 143

6.3.- De la Voluntad y la revocabilidad de la donación 145

7.- El pre-embrión en cuestiones legales 146

7.1.- La paternidad individual consentida una visión desde el caso Caso Ana Perazzo (MJ-JU-M-68081-AR)..... 147

7.2.- La determinación de la filiación en torno a la voluntad pre-procreacional..... 148

Conclusiones 149

Referencias..... 151

El principio de legalidad de la citación telemática en materia procesal general.

The principle of legality of the telematics citation in general procedural matters.

Leopoldo Javier Larrea Simball¹ (leopoldo.larreasi@ug.edu.ec) ([poner código orcid](#))

Resumen

La citación es un acto procesal solemne, su misión sustancial principal es poner en conocimiento del demandado las acciones interpuestas en su contra, para de esta manera vincularlo al proceso, y pueda ejercer su derecho a la defensa, dicha citación puede realizarse mediante boletas o a través del medio de comunicación ordenado por la o el juzgador. La legislación ecuatoriana considera a la citación telemática como una alternativa válida previa a citar por la prensa, empleada en casos que no se pueda encontrar personalmente al incoado, o cuando cuyo domicilio o residencia sea imposible determinar. En los últimos tiempos, debido a las restricciones derivadas de la pandemia de Covid-19, y los avances tecnológicos, la citación telemática ha tomado notoriedad, a pesar de ello, no suele ser considerada por los juzgadores como una alternativa autónoma y suficiente para garantizar el acceso pleno y adecuado a la tutela judicial efectiva, sino como un paso previo a la citación por medios prensa. En vista de ellos, el presente artículo presenta una reflexión acerca de la aplicación de la citación telemática el marco del principio de legalidad, y su rol en la garantía del debido proceso.

Palabras clave: citación telemática, principio de legalidad, debido proceso, tutela judicial efectiva.

Abstract

The citation is a solemn procedural act, its main substantive mission is to inform the defendant of the actions filed against him, in order to link him to the process, and to exercise his right to defense, said citation can be made through ballots or through of the means of communication ordered by the judge. Ecuadorian legislation considers the telematic summons as a valid alternative prior to summoning by the press, used in cases where the accused cannot be personally found, or when whose domicile or residence is impossible to determine. In recent times, due to the restrictions derived from the Covid-19 pandemic, and technological advances, the telematic summons has gained notoriety, despite this,

¹ Docente Universidad de Guayaquil. Ecuador

it is not usually considered by the judges as an autonomous and sufficient alternative to guarantee full and adequate access to effective judicial protection, but as a preliminary step to being summoned by the media. In view of them, this article presents a reflection on the application of the telematic summons within the framework of the principle of legality, and its role in guaranteeing due process.

Key words: telematic summons, principle of legality, due process, effective judicial protection.

Introducción

El auge de la era digital, y las restricciones derivadas de la pandemia de Covid-19, trajeron consigo la necesidad de modernizar la administración de la justicia, es así que, se introdujeron nuevas formas de ejecutar las actuaciones judiciales empleando las tecnologías de información y comunicación, lo que ha dado paso hacia lo que se conoce como la e-justicia. En este contexto, el aparataje jurídico ha permitido el empleo de elementos tecnológicos en varios procesos principales y conexos, con la finalidad de agilizarlos y facilitar la gestión de la información.

A criterio de García (2017), la introducción y empleo de las herramientas digitales en el ámbito jurídico, promueven los principios de transparencia, celeridad y eficiencia en el trámite de sus causas judiciales. Por su parte, Fabra (2017) indica que dentro de la administración de justicia ecuatoriana, las TIC se emplean principalmente para la información, la gestión, relación y decisión. Es así que la modernidad, alcanzó diligencias tales como inspecciones judiciales, producción de prueba, remates judiciales, consulta de expedientes, envío de solicitudes, notificaciones electrónicas, entre otras.

De ahí que, las disposiciones reformativas introducidas en la Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico de la Función Judicial², dispone varios cambios sobre la manera como deben realizarse las citaciones. El art. 53 de la norma mencionada, insta a la implementación de un sistema automático de consultas en el sitio web del Consejo de la Judicatura, donde se publiquen las citaciones realizadas por medios telemáticos. (Salazar, 2021)

Las citaciones telemáticas, dentro de la legislación ecuatoriana son permitidas y válidas, es así que, el Código Orgánico General de Procesos (COGEP) admite que se realicen este tipo de citaciones en el buzón mediante boletas, previamente a la notificación por prensa, y en casos que no sea posible encontrar al demandado o que su domicilio de residencia sea imposible de determinar.

² Publicado en el Suplemento Registro Oficial No. 345

Ante la dificultad que experimentan los profesionales del derecho para realizar las citaciones, el medio telemático se constituye como una alternativa que permite el acceso pleno y adecuado a la tutela judicial efectiva, a pesar de ello, varios autores aún debaten si la citación telemática es un medio autónomo y autosuficientes, o simplemente un requisito optativo, previo a la citación por medio de prensa.

Sacoto (2021) manifiesta que, ante el pedido de los profesionales del derecho que se conceda la citación telemática en los juicios que patrocinan, ciertos juzgadores advierten que no debe ser tomado como una citación oficial, lo cual obliga a realizar la citación por medios prensa, dejando de lado su autonomía al no ser considerado suficiente para que surta los efectos procesales pertinentes.

Considerando que Ecuador es un Estado de Derecho, todas las actuaciones judiciales deben garantizar el principio de legalidad y oportunidad, preservando los derechos fundamentales de todas las personas, es preciso mencionar que no solo se debe observar mecánicamente los reglamentos, sino también debe ponerse al servicio de los ecuatorianos, recursos válidos que permitan efectivizar los principios, que se constituyen como garantías para conseguir un proceso justo, imparcial y objetivo.

En este sentido, la citación telemática, debe interpretarse como una forma propia y suficiente de perfeccionar el acto citatorio, es la que más favorece a la tutela judicial efectiva. Por lo expuesto, el presente artículo, tiene por finalidad analizar los fundamentos jurídicos que sustentan la citación telemática en el marco del principio de legalidad.

Estado del arte

Revisando los antecedentes históricos, la primera forma de citación que se conoce en el antiguo proceso *legis actiones*, fue la *in ius vocatio*, la cual consistía en una invitación informal del actor al demandado a presentarse *in ius* ante el magistrado para la solución de una determinada controversia jurídica. La exigencia de la referida invitación como elemento introductor del procedimiento judicial se explica fácilmente: el *iudex* -juez- no podía pronunciar la condena de uno de los litigantes, si preferentemente estos individuos no eran presentados ante el magistrado y no habían expresado su adhesión al proceso según aquella particular forma de *legis actio* (Reyes, 1984).

El diccionario Jurídico de Cabanellas (2018), define a la citación como “diligencia por la cual se hace saber a una persona el llamamiento hecho de orden del juez, para que comparezca en juicio a estar a derecho”, mientras que el Diccionario Jurídico OMEBA (Mantilla, 1997) define a la citación como “el acto por el cual se

ordena la comparecencia de una persona, sea parte, tercero o testigo, para realizar alguna actividad ante el juez, o también, para presenciar una diligencia”.

La citación es conceptualizada por Guzmán (2005) como “el acto procesal solemne por medio del cual se hace saber a la persona que contra ella se ha deducido una demanda o auto preparatorio de la misma y a la providencia judicial recaída en tales pedidos”, partiendo de la premisa expuesta, la omisión de la citación causa nulidad del proceso judicial, y su retardo, provoca la violación al principio de celeridad procesal.

En este sentido, comprende a la citación que hace el tribunal al demandado, para que éste comparezca a juicio, desde que no puede haber resolución sobre una demanda, si no ha sido oída o debidamente citada la parte contra la cual se propone, lo que no significa que no pueda recaer una sentencia en el proceso sino en tanto las dos partes hayan sido oídas e intervenido en la causa; significa sólo que debe dárseles ocasión y posibilidad de intervenir, para que cada una pueda manifestar su pensamiento frente a las manifestaciones de la parte contraria (Mantilla, 1997).

En relación a la citación, el Art. 53 del COGEP (2015), establece que “La citación es el acto por el cual se le hace conocer a la o al demandado, el contenido de la demanda o de la petición de una diligencia preparatoria y de las providencias recaídas en ellas. Se realizará en forma personal, mediante boletas o a través del medio de comunicación ordenado por la o el juzgador. Si una parte manifiesta que conoce determinada petición o providencia o se refiere a ella en escrito o en acto del cual quede constancia en el proceso, se considerará citada o notificada en la fecha de presentación del escrito o en la del acto al que haya concurrido”.

Es así que, la citación en el contexto nacional es definida como el acto por el cual se hace saber al demandado el contenido de la demanda o del acto preparatorio y las providencias recaídas en esos escritos.

En este mismo contexto, referente a la institución denominada citación, la Jurisprudencia expone lo siguiente: “Las citaciones que se practican en el curso del juicio, son actos de mera sustanciación, que, a estar en debida forma, prestan entera fe en la causa en que se han practicado. Por tanto, toda reclamación sobre nulidad o falsedad de una citación, para que sea pertinente y admisible en el mismo juicio, debe fundarse en vicio u omisión concerniente a las solemnidades prescritas para la validez de la citación misma”³.

³ Gaceta Judicial. Año VI. Serie II. Nro. 36. Pág. 288 (Quito, 11 de noviembre de 1907)

Por tanto, cuando la ley previene, a quien es parte de un procedimiento judicial, que designe la habitación en que ha de ser citado, se dirige, ante todo, a procurar a cada uno de los interesados el oportuno conocimiento de las gestiones judiciales; de lo cual se infiere lógicamente que el propósito de la ley es la práctica de las citaciones en la habitación propia del citado o en la que el designe como tal sin perjuicio de la sanción establecida para el caso de que no se hiciera designación alguna.⁴

En tal razón, la citación es uno de los elementos que asegura el ejercicio del derecho a la defensa de los sujetos procesales, en cuanto, esta diligencia permite que el demandado conozca de las acciones que se han incoado en su contra, y de los fundamentos que sustentan las pretensiones de la parte actora, para que de esta manera pueda dar contestación a la demanda en ejercicio pleno del derecho a la defensa.⁵

De ahí que, la citación genera efectos jurídicos que sirven de garantías en los procesos, como, dar prevención en el juicio al juez que manda hacerla, interrumpir la prescripción, obligar al citado a comparecer ante el juez para deducir excepciones, constituir al demandado poseedor de mala fe, e impedir que suyo los frutos de las cosas que se demanda y constituir al deudor en mora según lo previsto en el Código Civil.

La citación, por regla general, ha de practicarse en el domicilio de la o el demandado y cuando se trata de la citación a personas jurídicas a través de su representante legal, se efectuará en el respectivo establecimiento, oficina o lugar de trabajo en días y horas hábiles. También la ley ha previsto la citación en casos especiales como es para los ecuatorianos en el exterior, a las o los herederos, a comunidades indígenas, afro ecuatorianas montubias o campesinas, organismos e instituciones estatales y agentes diplomáticos. El Código Orgánico General de Procesos contempla varias formas de realizar la citación: en persona, por boletas o a través de medios de comunicación.

En lo que se refiere a la citación telemática, el Art. 55 del COGEP establece que, esta aplica cuando no se pueda encontrar personalmente al accionado o cuyo domicilio o residencia sea imposible determinar previo a citar por la prensa, podrá citársele de forma telemática, siguiendo las siguientes reglas:

1. En caso de las personas naturales, en el buzón electrónico ciudadano, previsto por la ley una vez que lo hayan abierto.

⁴ Gaceta Judicial. Año XX. Serie IV. Nro. 75. Pág. 596.(Quito, 9 de Febrero de 1922)

⁵ Sentencia No. 061-16-SEP-CC CASO No. 0620-13-EP Corte Constitucional del Ecuador)

2. A las personas naturales o jurídicas, cuando en un contrato conste la aceptación clara y precisa de ser citados mediante un correo electrónico.
3. Las personas jurídicas sometidas al control de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, Superintendencia de Bancos y, Superintendencia de Economía Popular y Solidaria se les citará en el correo electrónico registrado en el ente de control.

La citación telemática se realizará con el envío de tres boletas de citación al demandado realizada en tres diferentes días, desde la cuenta institucional del actuario de la judicatura. A dicha citación deberá adjuntarse la demanda o la petición de una diligencia preparatoria y las providencias recaídas en ella. Cuando se realice la citación telemática, la certificación de su práctica debe agregarse al expediente, esta constancia debe incluir tanto los correos electrónicos enviados como la verificación de recepción o lectura. Para el cumplimiento de la citación telemática, no será necesaria la generación de exhortas, deprecatorios o comisiones. (COGEP, 2015)

Criterio judicial de análisis.

Para los jueces que manejan la competencia de la norma procesal denominada Código Orgánico General de Procesos; exaltan desde el punto de la sana crítica “serias excepciones”; que la norma procesal es ambigua y que pudiera violentar derechos fundamentales al sujeto pasivo, por el termino previo en el artículo 55 “...A quien no se les pueda encontrar personalmente o cuyo domicilio o residencia sea imposible determinar previo a citar por la prensa, se le podrá citar de forma telemática por boletas bajo las siguientes reglas...”; yerro, la respuesta es bastante sencilla, se estarían violentando derechos por parte de la administración de justicia al dejar en indefensión a cientos sino a miles de ciudadanos que puedan recibir una demanda sin poder defenderse adecuadamente.

Para el efecto los señores jueces de la República se han manifestado en los siguientes términos desde su punto de vista personal y dentro del marco de las impugnaciones realizadas por los sujetos pasivos:

Juicio No: 09332202109027: “...Incorpórese a los autos el escrito y anexo que anteceden. En lo principal, en atención a lo solicitado y de conformidad a lo establecido en el Art. 55.3 del Código Orgánico General de procesos “A las personas jurídicas sometidas al control de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros; Superintendencia de Bancos; y, Superintendencia de Economía Popular y Solidaria, a través de correo electrónico que se encuentre registrado en el ente de control”. Sin que la presente forma citación sustituya a la citación oficial y previo a citar por la prensa, se dispone la CITACIÓN TELEMÁTICA de la demandada...”

Juicio No: 09332202110225: "...Incorpórese a los autos los escritos presentados por la parte actora y por la parte demandada.- En lo principal se dispone lo siguiente: a) Con la copia certificada de la escritura pública de Procuración Judicial, téngase por legitimada la intervención del abogado (...), así como tómesese en cuenta los correos electrónicos que señala para las notificaciones de ley.- b) En relación a la solicitud de nulidad planteada por la parte demandada (...), esta juzgadora al momento de resolver dicha solicitud tiene en consideración lo siguiente: "La citación es el acto por el cual se le hace conocer a la o al demandado el contenido de la demanda o de la petición de diligencia preparatoria y de las providencias recaídas en ella" Art. 53 del COPEG; Nuestra normativa procesal establece las formas en que dicha citación puede ser realizada, incorporándose como uno de ellos la citación telemática. Sobre ella, el numeral 3 del artículo 55 del COGEP que trata sobre las citaciones por boleta indica: "A quien no se les pueda encontrar personalmente o cuyo domicilio o residencia sea imposible determinar previo a citar por la prensa, se le podrá citar de forma telemática por boletas bajo las siguientes reglas: 3. A las personas jurídicas sometidas al control de la Superintendencia de Compañías Valores y Seguros; Superintendencia de Bancos y Superintendencia de Economía Popular y Solidaria, a través del correo electrónico que se encuentre registrado en el ente de control."; (...) Ante ello la parte actora al tenor de lo establecido en el artículo 55 ibidem solicita la citación telemática a los correos electrónicos consignados en su petición, por lo que esta Juzgadora procedió mediante providencia a solicitar que previo a ordenar la citación telemática se justifique documentadamente que los correos electrónicos proporcionados son los que la demandada tiene registrados por el ente de control. Lo cual fue realizado efectivamente acompañando el print de datos generales en donde constan registrados los correos (...), por lo que se procedió a citar a la parte demandada, conforme consta en el acta de citación telemática (...). Como se evidencia de la lectura del artículo 55 del Cogep la ley no establece requisitos adicionales a la citación telemática por lo que no cabe la alegación de la parte demandada respecto de que este debe ser considerado como "un recurso de última ratio." Los administradores de justicia debemos velar por el cumplimiento al debido proceso consagrado en la Constitución de la República del Ecuador (Art. 76), a fin de que haya armonía en los diferentes trámites judiciales, cumpliendo con el derecho a la seguridad jurídica, que determina (Art. 82 CRE) "El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes. En consecuencia se resuelve negar la solicitud de nulidad formulada por la parte accionada.- c) Por corresponder con el estado de la causa se señala para el día a fin de que se lleve a cabo la audiencia única, a la cual deberán comparecer las partes personalmente o por intermedio de un procurador judicial con poder amplio y suficiente en cuanto

a derecho se requiere, el mismo que necesariamente deberá contener cláusula especial para transigir.-

Juicio No: 09332202109407 : “...Agréguese a los autos el escrito y los anexos presentados por la parte actora.- Proveyéndolo, de conformidad lo determina el Art. 55 reformado el cual expresa en su numeral 3 el mismo que ordena: “ Art. 55(..) 3. *A las personas jurídicas sometidas al control de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros; Superintendencia de Bancos; y, Superintendencia de Economía Popular y Solidaria, a través del correo electrónico que se encuentre registrado en el ente de control. La citación telemática se realizará con el envío de tres boletas de citación al demandado, en tres días distintos, desde la cuenta institucional del actuario de la judicatura. A la citación por correo electrónico se adjuntará la demanda o la petición de una diligencia preparatoria y las providencias recaídas en ellas. La constancia y certificación de haberse practicado la citación telemática será agregada al expediente. Dicha constancia deberá incluir tanto los correos electrónicos enviados, así como la verificación de recepción o lectura...(..) ..”*; y en mérito del certificado anexo de la Superintendencia de Compañías, se ordena que la secretaria del despacho cite de manera telemática a la Compañía (...), en los siguientes correos electrónicos (...)

Juicio No: 09332202108919: “...VISTOS: Puesto el presente expediente en el despacho judicial el día de hoy (...). *Procédase a realizar la citación telemática solicitada por el actor e incorpórese a los dos correos electrónicos señalados. El actor deberá de proporcionar los documentos ESCANEADOS a efectos que la actuaria del despacho proceda a realizar la misma con los efectos señalados en el artículo 55 "previo a citar por la prensa, se le podrá citar de forma telemática"*

Ante los casos expuesto, queda indicar que. La citación es el acto procesal por el que se hace saber al demandado de la existencia y contenido de la demanda o diligencia preparatoria y las providencias recaídas en el proceso. La citación es un acto procesal fundamental pues tiene la misión sustancial de hacer conocer al demandado que en su contra se ha propuesto una acción, para de esta manera vincularlo al proceso y ejerza su derecho a la defensa, pues entre sus efectos está el de “requerir al citado a comparecer ante la o el juzgador para deducir excepciones”; además tiene otros efectos como constituir al demandado en poseedor de mala fe, constituir al deudor en mora e interrumpir la prescripción (artículo 64 COGEP).

Entonces se debe entender que la citación cumple un rol fundamental con relación al debido proceso, concretamente el derecho a la defensa, consagrado en el artículo 76, numeral 7, letras a), b) c) y h) de la Constitución de la República, por

cuanto: “a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento; b) Contar con el tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa; c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones; y, h) Presentar en forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra”. (Corte Nacional de Justicia, 2018)

Por su parte, el tratadista Jorge Zavala (2010), indica que “el Art. 75 de la Constitución reconoce el derecho fundamental a la tutela, mientras que el artículo 76 comprende el debido proceso que sólo se entiende satisfecho si se cumplen las garantías que son sus concreciones en los numerales 1) al 7), sin el cumplimiento de las cuales no habrá debido proceso ni tampoco tutela judicial efectiva”. Entonces, la tutela judicial efectiva está compuesta por tres elementos necesarios para garantizar la justicia, estos son el acceso al sistema judicial, el cumplimiento del debido proceso y la que las resoluciones dictadas en el proceso judicial sean ejecutadas en un tiempo razonable. (Cuadros, 2021)

En este contexto, la Corte Constitucional en la Sentencia No. 120-16-SEP-CC, en relación al debido proceso y el derecho a la defensa, ha manifestado que “Es en virtud del derecho a la defensa que se concede a las personas la facultad de acceder a los medios necesarios para hacer respetar sus derechos en el desarrollo de un proceso legal, ya sea contradiciendo los hechos alegados por la parte contraria o cualquier otro medio que permita el desarrollo de su defensa en concordancia con las garantías establecidas en la Norma Suprema”.

Ante lo expuesto, cabe citar la Resolución 07-2018 de la Corte Nacional de Justicia, que es su parte pertinente expone: “la falta de citación da lugar a la nulidad del proceso, pues atenta precisamente contra estos principios constitucionales, al privar a la persona de su derecho a la defensa; no permitirle contar con el tiempo y los medios adecuados para preparar y ejercer su defensa, a través de la formulación de excepciones que pudo presentar en oposición a la demanda; impide que sea escuchado en el momento oportuno para contestar la demanda y proponer excepciones que es el término que le concede el juez en el auto de calificación de la demanda; y no le permite presentar sus razones y argumentos y replicar los formulados por la parte accionante, actuar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra, lo que constituye el derecho de contradicción, base del debido proceso.”

Esto quiere decir que, en todo proceso judicial, el derecho a la defensa debe asistir tanto al actor como el demandado, y para que este se cumpla, el ciudadano puede acceder a todos los medios necesarios para efectivizar sus derechos, lo

que implica el empleo de mecanismos que faciliten el alcance de sus pretensiones dentro del trámite judicial, en consecuencia, pueden acceder a la modalidad de citación telemática, para hacer palpable el ejercicio de la tutela judicial efectiva.

Conclusiones.

La pandemia de Covid-19, provoco que el sistema de justicia colapse, por lo tanto, la reforma al COGEP favoreció al sistema procesal, para que las debidas citaciones a personas jurídicas puedan fluir procesalmente mediante acceso al portal web del ente de control, y extraer los correos electrónicos para así poder mediante el procedimiento estipulado por ley, ejercer el verbo rector conocer ante el proceso, y los sujetos procesal puedan seguir sustanciando las causas judiciales ejerciendo el principio de celeridad.

La lógica formal dice que, si los correos electrónicos son extraídos del ente de control de personas jurídicas sometidas al control y vigilancia de la superintendencia de compañías “...La Superintendencia de Compañías es el organismo técnico y con autonomía administrativa, económica y financiera, que vigila y controla la organización, actividades, funcionamiento, disolución y liquidación de las compañías y otras entidades, en las circunstancias y condiciones establecidas por la ley...”; ergo, su obligación es mantener ubicable el domicilio de la persona jurídica, lo que significa que el domicilio electrónico es válido, por lo tanto, el sistema de justicia puede y debe gestar la citación telemática en legal y debida forma.

El respeto al debido proceso consagrado en el artículo 75 y 76 de la Constitución del Ecuador, no debe y no puede desnaturalizar al sistema procesal técnico y tecnológico en pleno siglo 21; ergo, los avances tecnológicos deben evolucionar en conjunto con las norma procesales la constitución y la ley en beneficio de los ciudadanos en concreto a los sujetos procesales que ejercen su derecho de acción ante la justicia ordinaria y ante los jueces competentes, en conclusión no afecta y no atenta contra el derecho de las personas la ejecución de la citación telemática ante el sistema judicial ecuatoriano, ya que la citación telemática, es una forma propia y suficiente de perfeccionar el acto citatorio, favoreciendo a la tutela judicial efectiva.

Referencias

- Cabanellas, G. (2018). *Diccionario enciclopédico de Derecho Usual*. Buenos Aires: Heliasta.
- COGEP. (2015). *Código Orgánico General de Procesos* . Quito: Asamblea Nacional.
- Corte Nacional de Justicia, Resolución 07-2018 (Corte Nacional de Justicia octubre de 2018). Obtenido de <https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/resoluciones/2018/18-07-Citacion-por-carteles-en-el-exterior.pdf>
- Cuadros, A. (2021). ¿La citación telemática es un método de citación autónomo o es un simple paso previo a la citación por medios de prensa? *Juridico*. Obtenido de <https://alfredocuadros.com/2021/09/23/la-citacion-telematica-es-un-metodo-de-citacion-autonomo-o-es-un-simple-paso-previo-a-la-citacion-por-medios-de-prensa/>
- Fabra, P. (2017). E-justicia. *Revista de Internet, Derecho y Política* , 1-12.
- García, M. (2017). Juzgado sin papel, un paso más de la justicia electrónica. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla* 41, 133-154.
- Guzmán, A. (2005). La Citación. *Derecho Ecuador*.
- Mantilla, B. (1997). *Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo VII. Estudios De Derecho*. UDEA.
- Reyes, F. (1984). Citación en el proceso civil romano. *Revista Chilena De Historia Del Derecho*, 29–32.
- Sacoto, M. (2021). E-justicia en Ecuador: inclusión de las TIC en la administración de justicia. *Revista de Derecho*(36), 91-110.
- Salazar, S. (2021). Implementación de medios electrónicos y digitales para citaciones. *Litigio y Resolución de Conflictos*.
- Zavala, J. (2010). *Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica*. Guayaquil: Edilex.

LOS RETOS DEL DERECHO AL TRABAJO Y AL OCIO DE LAS MUJERES EN ECUADOR

DIANA ACOSTA *

Universidad de Guayaquil – Ecuador

dianaacostaj@gmail.com

RESUMEN

Desde el inicio de la pandemia del Covid-19 que azotó al mundo, en Ecuador, más de un millón de trabajadores formales han sido despedidos. De estos trabajadores, deslindados de manera intempestiva e ilegal, más del 50% son mujeres. El objetivo de este artículo científico es presentar desde la observación de la realidad, la situación efectiva del derecho de trabajo y del ocio de las mujeres en Ecuador, respecto de la normativa legal vigente y de las políticas públicas implementadas para combatir el desempleo y el subempleo producto de la crisis que viven los países latinoamericanos. En la actualidad, en Ecuador, los retos del derecho al trabajo son diferentes a nuestras aspiraciones de un par de años atrás, donde se luchaba por alcanzar una verdadera igualdad sin discriminación a la mujer, que le permita gozar con dignidad de las conquistas insertadas, vía una Asamblea Constituyente, en nuestra constitución reformada en el año 2008. Sin embargo, hoy el reto es diferente; volvemos al punto de partida, donde el desafío más importante de nuestra rama social es la preservación del empleo y la eliminación del subempleo que se encuentra legalizado en nuestra normativa nacional. La falta de políticas públicas ha limitado a las mujeres el acceso al trabajo, así como el ejercicio de sus derechos progresivos como el ocio, parte de los nuevos paradigmas constitucionales latinoamericanos, que hoy también los encontramos tristemente lejanos.

La solución a este problema es la urgente y necesaria implementación de políticas públicas que reviertan las desacertadas normativas que incentivaron el subempleo, produciendo una discriminación indirecta a la mujer. Se vuelve imperioso implementar medidas de acción afirmativa para revertir los derechos laborales vulnerados, e implantar medidas administrativas sancionatorias frente a las violaciones de los derechos al trabajo consagrados en la constitución. La prevención y la sanción son, en la situación actual, la única vía para caminar hacia el rescate del derecho del trabajo, que ha sido herido de muerte en varios países del sur.

* Profesora titular de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Guayaquil, Ecuador.

PALABRAS CLAVES: Contexto Histórico, Derecho al Trabajo, Derecho al Ocio, Retos del Derecho Laboral y paradigmas.

ABSTRACT

At the beginning of the Covid-19 pandemic that hit the entire world, in Ecuador, more than a million formal workers have been terminated. From all of these workers, illegally dismissed, more than 50% were women. The objective of this scientific article is to show, from the observation of the reality, the current situation of the right to work and the benefits for women in Ecuador in relation to our current legal regulations and the public policies implemented to fight unemployment and subemployment as a result of the crisis that Latin-American countries are experiencing. The challenges that we are currently facing in Ecuador in relation to the right to work, are different than our aspirations from a couple of years ago, when we were fighting back then, to achieve same opportunities for women without discrimination, through the reforms of our constitution done in 2008. However, the situation is different now; we have gone back to the starting point, where the most important challenge for our social branch is to preserve the employment and the elimination of the underemployment that has been wrongly legalized in Ecuador. The lack of public policies has limited women`s access to work and to enjoy the benefits from their progressive rights such as vacations, that are part of the new Latin American constitutional paradigms, which today, are sadly distant.

The solution to this problem is the urgent and necessary implementation of public policies that reverse the misguided regulations that encouraged subemployment, promoting the indirect discrimination against women. It becomes imperative to implement affirmative action to reverse the violation of the labor rights and to implement administrative sanctions against them, that are enshrined in our constitution.

Prevention and sanctions are, in the current situation, the only way to rescue the right to work, which has been deeply wounded in several southern countries of our continent.

KEY WORDS: Historical Context, Right to Work, Right to Leisure, Challenges of Labor Law and paradigms.

INTRODUCCIÓN

El mundo enfrenta severos cambios a raíz de la pandemia que vivimos y, por ende, el derecho del trabajo enfrenta grandes retos, en especial en lo que concierne a la mujer en el trabajo y su derecho al ocio.

En este artículo intentaremos descifrar y responder, si frente a la alarmante coyuntura actual en Ecuador ¿Las políticas públicas implementadas en tiempos de pandemia para prevenir el desempleo fueron acertadas y ayudaron a preservar el derecho a la mujer al trabajo y al ocio? ¿Las medidas adoptadas contribuyeron a frenar el desempleo y subempleo en el país?

Si bien el Ecuador posee una legislación de avanzada dentro de América Latina, respecto de lo que a derecho al trabajo y de las mujeres se refiere, la coyuntura actual de la pandemia nos ha obligado a replantearnos varios temas.

En Ecuador, según cifras oficiales del Instituto Nacional de Estadística y Censos, INEC, más de un millón de ecuatorianos está en el desempleo como consecuencia de la pandemia, y analizaremos las políticas públicas implementadas frente a esta crisis por parte del gobierno ecuatoriano, para cesar este alarmante nivel de desempleo, que afecta mayormente a las mujeres.

El impacto económico, respeto de las medidas tomadas por las autoridades, durante los meses más alarmantes de la pandemia, llevaron a la sociedad a un confinamiento nacional, y con ello al cierre de la mayoría de las empresas y negocios, a excepción de los de primera necesidad, como aquellos dedicados a la salud y a la distribución de alimentos. Producto de estas medidas extremas, pero necesarias, en pro de preservar la salud y la vida de todos los ecuatorianos, la tasa de desempleo y subempleo subió en el Ecuador, siendo las más afectas las mujeres como grupo históricamente discriminado de la sociedad. Las consecuencias, aun las seguimos viviendo.

1. DERECHO AL TRABAJO Y AL OCIO DE LAS MUJERES EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA.

Ecuador, posee una de las legislaciones más avanzadas de la región, en lo que concierne a los derechos de la mujer, producto de esa lucha inquebrantable, que llevaron a la conquista y posterior reconocimiento de varios estos plasmados en nuestra carta Magna.

La Constitución de la República del Ecuador del año 2008, constituye una conquista histórica, al plasmar y garantizar a las mujeres derechos de forma progresiva, entre ellos, los siguientes:

- A no ser discriminadas en razón de su sexo (Art. 11)
- Incorporar como parte del grupo de atención prioritaria a las mujeres embarazadas, quienes recibirán atención prioritaria y especializada en los

ámbitos públicos y privado, así somos las víctimas de violencia doméstica y sexual. (Art. 35)

- El Estado garantiza a las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia los derechos a: (Art. 43)

1. *No ser discriminadas por su embarazo en los ámbitos educativo, social y laboral.*

2. *La gratuidad de los servicios de salud materna.*

3. *La protección prioritaria y cuidado de su salud integral y de su vida durante el embarazo, parto y posparto.*

4. *Disponer de las facilidades necesarias para su recuperación después del embarazo y durante el periodo de lactancia.*

- Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación y a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre su salud y vida reproductiva y a decidir cuándo y cuántas hijas e hijos tener. (Art. 66)
- Obligación de conformación paritaria entre mujeres y hombres en sus directivas, y que para las elecciones pluripersonales, haya Iparidad y alternabilidad entre mujeres y hombres. (Art. 116)
- Se prohíbe toda forma de discriminación, acoso o acto de violencia de cualquier índole, sea directa o indirecta, que afecte a las mujeres en el trabajo. (Art. 331)
- Se prohíbe el despido de la mujer trabajadora asociado a su condición de gestación y maternidad, así como la discriminación vinculada con los roles reproductivos. (Art.332)
- Se reconoce como labor productiva el trabajo no remunerado de autosustento y cuidado humano que se realiza en los hogares, y se extiende protección de la seguridad social a las personas que tengan a su cargo el trabajo familiar no remunerado en el hogar. (Art.333)

Ahora bien, en el Ecuador el derecho al descanso o conocido como ocio tiene su apareamiento positivado por primera vez en la Constitución de 1929 dentro de las “Garantías Fundamentales” y está relacionado a condiciones dignas de trabajo que se realizaban en aquella época. En la Constitución Política de 1998, se reconoce el derecho al libre desarrollo de la personalidad, así como también, el derecho a una calidad de vida que asegure las necesidades del ser humano.

Es recién dentro de la Constitución aprobada en Montecristi y puesta en vigencia en el 2008, cuando el derecho al ocio, el descanso, recreación y disfrute del tiempo libre es separado efectivamente de su relación con el trabajo y garantizado para diferentes grupos de atención prioritaria, convirtiéndose de esta forma en un fin y no como un medio para alcanzar condiciones laborales satisfactorias. Puntualmente, es el artículo 66, numeral 2, de nuestra carta fundamental, donde el Estado garantiza: “El derecho a una vida digna, que asegure la alimentación y

nutrición, agua potable, vivienda, saneamiento ambiental, educación, trabajo, empleo, descanso y ocio, cultura física, vestido, seguridad y otros servicios sociales necesarios.”

Como podemos apreciar, en Ecuador, el derecho al trabajo de la mujer, no solo se encuentra ampliamente reconocido, sino que además existe amplia normativa con carácter de acciones afirmativas que impulsan la incorporación de la mujer al mundo laboral.

El Art. 326 del mismo cuerpo normativo determina que el derecho al trabajo se sustenta en varios principios, entre ellos los siguientes: *“Los derechos laborales son irrenunciables e intangibles. Será nula toda estipulación en contrario”; “En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia laboral, estas se aplicarán en el sentido más favorable a las personas trabajadoras”; “A trabajo de igual valor corresponderá igual remuneración”; “Toda persona tendrá derecho a desarrollar sus labores en un ambiente adecuado y propicio, que garantice su salud, integridad, seguridad, higiene y bienestar”; “Se adoptará el diálogo social para la solución de conflictos de trabajo y formulación de acuerdos”; “Será válida la transacción en materia laboral siempre que no implique renuncia de derechos y se celebre ante autoridad administrativa o juez competente”.*

El Código del Trabajo, también es protectorio referente al trabajo de la mujer, en especial a lo que a maternidad en el trabajo se refiere y a la prohibición de despido por su condición.⁶

⁶ **Código del Trabajo: Art. 92.-** *Garantía para parturientas.- No cabe retención ni embargo de la remuneración que perciban las mujeres durante el período de dos semanas anteriores al parto y seis semanas posteriores al mismo.*

Art. 153.- *Protección a la mujer embarazada.- No se podrá dar por terminado el contrato de trabajo por causa del embarazo de la mujer trabajadora y el empleador no podrá reemplazarla definitivamente dentro del período de doce semanas que fija el artículo anterior...*

Art. 195.1.- *Prohibición de despido y declaratoria de ineficaz.- Se considerará ineficaz el despido intempestivo de personas trabajadoras en estado de embarazo o asociado a su condición de gestación o maternidad, en razón del principio de inamovilidad que les ampara.*

Las mismas reglas sobre la ineficacia del despido serán aplicables a los dirigentes sindicales en cumplimiento de sus funciones por el plazo establecido en el artículo 187.

Art. 195.2.- *Acción de despido ineficaz.- Una vez producido el despido, la persona trabajadora afectada deberá deducir su acción ante la Jueza o el Juez del Trabajo de la jurisdicción correspondiente al lugar donde este se produjo, en el plazo máximo de treinta días...*

Art. 195.3.- *Efectos. Declarada la ineficacia, se entenderá que la relación laboral no se ha interrumpido por el hecho que la ha motivado y se ordenará el pago de las remuneraciones pendientes con el diez por ciento (10%) de recargo. Cuando la persona trabajadora despedida decida, a pesar de la declaratoria de ineficacia del despido, no continuar la relación de trabajo, recibirá la indemnización equivalente al valor de un año de la remuneración que venía percibiendo, además de la general que corresponda por despido*

La norma, otorga a la mujer trabajadora una licencia con remuneración de doce (12) semanas por el nacimiento de su hijo; en caso de nacimientos múltiples el plazo se extiende por diez días adicionales. Este permiso de 12 semanas le permite a la mujer tener tiempo de descanso y ocio, además de poder estar dedicada al cuidado de su hijo.

La prohibición de despido a la mujer embarazada se extiende también a esas 12 semanas posteriores al parto, y en caso de despido, este será considerado ilegal y por ende ineficaz. “*Se considerará ineficaz el despido intempestivo de personas trabajadoras en estado de embarazo o asociado a su condición de gestación o maternidad, en razón del principio de inamovilidad que les ampara*”. (Art. 195.1 y siguientes del Código del Trabajo). Si pese a esta disposición prohibitoria, se produce el despido, la trabajadora afectada deberá deducir su acción ante el Juez del Trabajo de la jurisdicción correspondiente al lugar donde este se produjo, en el plazo máximo de treinta días, para su inmediato reintegro. Si la mujer despedida, no desea continuar la relación de trabajo, recibirá una indemnización extra equivalente a un año de la remuneración que venía percibiendo⁷, además de los valores que le corresponden por despido intempestivo, esto es, el valor de su última remuneración por cada año de servicio, más el 25% de desahucio⁸.

A continuación, un ejemplo:

X, trabaja para la empresa Y. Su última remuneración fue de \$1,000 Dólares de los Estados Unidos de América. Tiene 10 años 2 meses trabajando. X notifica al empleador de su estado de gestación, es despedida. Pese a ser un despido ilegal e ineficaz, Juana decide no seguir laborando para dedicarse al cuidado de su hijo. ¿Cuánto recibiría X (mujer) por concepto de indemnización por ser víctima de un despido? (Gráfico 1)

GRÁFICO 1: Ejemplo indemnización por despido intempestivo Ecuador

intempestivo...En caso de despido injustificado de una persona con discapacidad, o de quien estuviere a su cargo la manutención de una persona con discapacidad será indemnizada de conformidad a lo estipulado en la Ley Orgánica de Discapacidades. (**Nota: por discapacidad 18 meses extras de la mejor remuneración.**)

⁷ Código de Trabajo: **Art. “188.**- Indemnización por despido intempestivo.- El empleador que despidiere intempestivamente al trabajador, será condenado a indemnizarlo, de conformidad con el tiempo de servicio y según la siguiente escala: Hasta tres años de servicio, con el valor correspondiente a tres meses de remuneración; y, De más de tres años, con el valor equivalente a un mes de remuneración por cada año de servicio, sin que en ningún caso ese valor exceda de veinte y cinco meses de remuneración. La fracción de un año se considerará como año completo. El cálculo de estas indemnizaciones se hará en base de la remuneración que hubiere estado percibiendo el trabajador al momento del despido, sin perjuicio de pagar las bonificaciones a las que se alude en el caso del artículo 185 de este Código...”

⁸ **Art. 185.**- Bonificaciones por desahucio.- En los casos de terminación de la relación laboral por desahucio, el empleador bonificará al trabajador con el veinticinco por ciento del equivalente a la última remuneración mensual por cada uno de los años de servicio prestados a la misma empresa o empleador. Igual bonificación se pagará en los casos en que la relación laboral termine por acuerdo entre las partes...

		NORMA	VALOR
A	\$1000 x 0.25 x 10	25% x años de servicio - desahucio Art. 185 C.T	\$2500
B	\$1000 x 11	(Art. 188 C.T. Fracción de año se cuenta como año completo	\$11.000
C	\$1000 x 12	Art. 195.3 C.T. – Prohibición de despido a mujer embarazada	\$12.000
		TOTAL:	\$25.500

Como se puede observar en el ejemplo que antecede, la norma protectora a la mujer le otorga mayores beneficios económicos que si el despido fuera realizado a un varón.

Despido intempestivo= A+B

Despido intempestivo a mujer embarazada= A+B+C

Esta acción afirmativa contemplada en la legislación ecuatoriana, opera como una herramienta disuasiva para impedir el despido a la mujer embarazada.

2. DERECHO AL DESCANSO Y OCIO EN LA LEGISLACION ECUATORIANA

El derecho al descanso obligatorio está relacionado al trabajo, puesto que el Código de Trabajo establece que, los días de descanso obligatorio serán sábados y domingos, además de los feriados nacionales.

“Art. 65.- Días de descanso obligatorio. - Además de los sábados y domingos, son días de descanso obligatorio los siguientes: 1 de enero, viernes santo, 1 y 24 de mayo, 10 de agosto, 9 de octubre, 2 y 3 de noviembre, 25 de diciembre y los días lunes y martes de carnaval.”

En este descanso obligatorio, hombres y mujeres podrán realizar sus actividades personales no relacionadas a lo laboral, por ese motivo hay que bien diferenciar el derecho al descanso y al ocio, indudablemente existe una pluralidad de conceptos para ambos.

El ocio es un derecho reconocido y garantizado en la Constitución del Ecuador en su artículo 66 numeral 2 *“El derecho a una vida digna, que asegure la salud, alimentación y nutrición, agua potable, vivienda, saneamiento ambiental, educación, trabajo, empleo, descanso y ocio, cultura física, vestido, seguridad social y otros servicios sociales necesarios.”*

El ocio básicamente es sinónimo de vida y despreocupación, es el derecho a no hacer nada, es destinar el tiempo libre en lo que creamos conveniente, dejando este derecho como una necesidad básica para el desarrollo de una persona.

En la declaración de los derechos humanos, convenio ratificado por el Ecuador, se encuentra el derecho al descanso y al ocio en su artículo 24: *“Toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas.”*

El Código obrero, impone un límite de jornada de trabajo que no pueden exceder de cinco días en la semana, 8 horas diarias de trabajo, o sea de cuarenta horas semanales, en consecuencia, los sábados y domingos serán de descanso forzoso, para que la persona trabajadora pueda gozar de tiempo de ocio. **(Art. 50 C.T.)**

El Art. 53 del Código del Trabajo, dispone que el trabajador (sin distinción de sexo), tendrá derecho al descanso semanal forzoso, que será pagado con la cantidad equivalente a la remuneración íntegra, o sea de dos días, de acuerdo con la naturaleza de la labor o industria.

Art. 69.- Vacaciones anuales.- *Todo trabajador tendrá derecho a gozar anualmente de un período ininterrumpido de quince días de descanso, incluidos los días no laborables. Los trabajadores que hubieren prestado servicios por más de cinco años en la misma empresa o al mismo empleador, tendrán derecho a gozar adicionalmente de un día de vacaciones por cada uno de los años excedentes o recibirán en dinero la remuneración correspondiente a los días excedentes.*

Las vacaciones, a las cuales tienen derecho todas las personas trabajadoras se pagan computando la veinticuatroava parte de lo percibido por el trabajador durante un año completo de trabajo, tomando en cuenta lo pagado al trabajador por horas ordinarias, suplementarias y extraordinarias de labor y toda otra retribución accesoria que haya tenido el carácter de normal en la empresa en el mismo período (Art. 71 C.T.). Las vacaciones anuales, constituyen un derecho irrenunciable que no puede ser compensado con su valor en dinero.

En Ecuador, no existe ninguna distinción ni discriminación de sexo en lo referente a el descanso semanal obligatorio, ni a las vacaciones anuales pagadas, sin

embargo, como una medida de acción afirmativa a favor de la mujer en nuestra legislación laboral si otorga a la mujer una licencia con remuneración de doce (12) semanas por el nacimiento de su hija o hijo; tiempo que puede ser ocupado también como tiempo para ocio o merecido descanso:

Art. 152.- *Toda mujer trabajadora tiene derecho a una licencia con remuneración de doce (12) semanas por el nacimiento de su hija o hijo; en caso de nacimientos múltiples el plazo se extiende por diez días adicionales.*

Ahora bien, uno de los retos del derecho al trabajo, es que la legislación también permita gozar del ocio en condiciones dignas, es decir, de manera remunerada, como acontece con las vacaciones anuales pagadas irrenunciables, o con el descanso semanal obligatorio, o con la licencia con remuneración por permiso de maternidad, es decir, permitir el derecho al ocio estando amparado por el manto protectorio del derecho del trabajo, sin embargo, según estadísticas del Instituto Nacional de Estadística y Censos (INEC), en encuesta realizada en el año 2012, en el Ecuador las mujeres ocupan cuatro veces más el tiempo en el trabajo sin sueldo destinado a sus actividades de casa, que los hombres. En cifras, el hombre ocupa aproximadamente 6 horas semanales en actividades domésticas y la mujer 25 horas, es decir, una diferencia de 19 horas semanales, tal manifestación nos permite concluir que los hombres gozan de más tiempo libre que las mujeres.

Lamentablemente, por falta de políticas públicas firmes que rechacen de fondo esta marginación hacia la mujer, donde entrega una buena cantidad de horas sin remuneración al cumplimiento de su rol de madre, esposa y más actividades que demandan la atención de su hogar.

A pesar de que el artículo 34 de la Constitución de la República, dispone que la seguridad social es un derecho irrenunciable de todas las personas, que incluye a las personas que realizan trabajo no remunerado en los hogares y el artículo 333 del mismo cuerpo normativo reconoce como labor productiva, el trabajo no remunerado de auto sustento y cuidado humano que se realiza en los hogares, la realidad es que este tipo de labor no se encuentra amparada por el marco protectorio del derecho del trabajo, pese a que la propia norma suprema dispone que “*el Estado promoverá un régimen laboral que funcione en armonía con las necesidades del cuidado humano, ... y horarios de trabajo adecuados; de manera especial, proveerá servicios de cuidado infantil, de atención a las personas con discapacidad y otros necesarios para que las personas trabajadoras puedan desempeñar sus actividades laborales; e impulsará la corresponsabilidad y reciprocidad de hombres y mujeres en el trabajo doméstico y en las obligaciones familiares*”. Bajo este principio y la redacción del propio articulado, se desprende que es una obligación del estado promover el derecho al ocio de la mujer bajo

condiciones dignas y en igualdad de derechos, amparadas por la Ley, no obstante la realidad es que luego de más de una década, estas condiciones y derechos no se han efectivizado, de allí la necesidad de tomar como un reto indiscutible del derecho del trabajo, garantizar el ocio a la mujer en condiciones de protección.

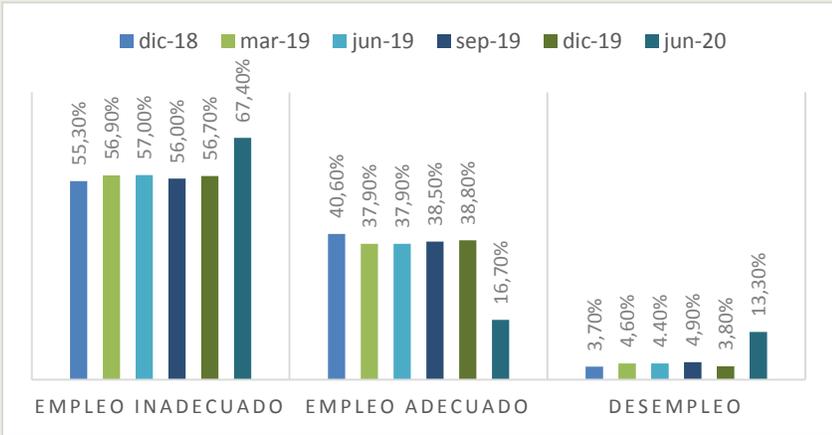
3. LAS ESTADÍSTICAS DEL DESEMPLEO EN LAS MUJERES EN TIEMPOS DE PANDEMIA

3.1. TASA DE DESEMPLEO EN EL ECUADOR

Uno de los viles efectos de la aterradora pandemia debido a la COVID-19, es que, desde sus inicios hasta junio del 2020, según el INEC el 16,7% de los trabajadores ecuatorianos tenían un empleo pleno. Este porcentaje corresponde a 1,2 millones de personas.

El INEC considera un empleo pleno o adecuado cuando los trabajadores tienen ingresos de al menos \$400 mensuales que es el sueldo básico unificado en el Ecuador por trabajar 40 horas a la semana. (Gráfico 2)

GRÁFICO 2: Estadísticas de empleo y desempleo en el Ecuador hasta junio del 2020.⁹



Este gráfico refleja la fragilidad en la conservación del empleo adecuado que contribuye al aumento del número de personas desempleadas y subempleadas.

En cuestión de dos (2) años aproximadamente, la tasa de desempleo en el Ecuador subió del 4,4% en junio de 2019, lo que significa alrededor de 366.163 personas, al 13,3% en el mismo mes del 2020, que representa más de 1 millón de ciudadanos y ciudadanas, cifra que corresponde a la históricamente más alta

⁹ Fuente: INEC

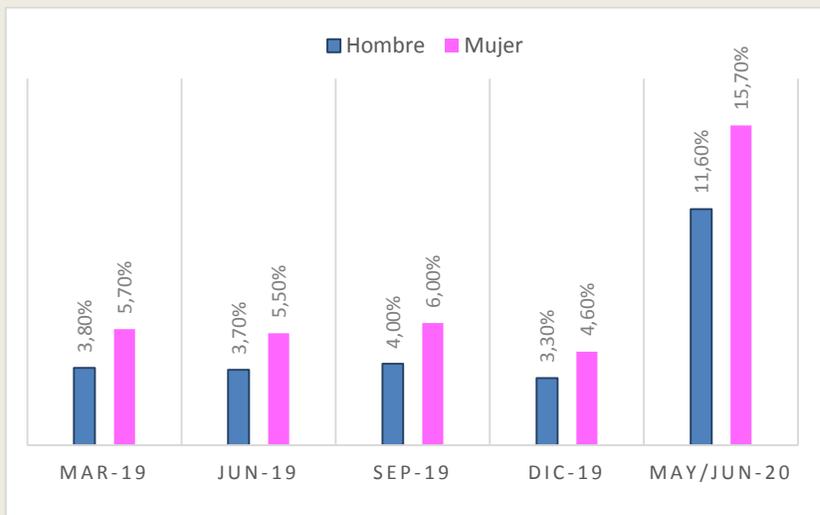
desde el año 2007, según informe del director del Instituto Nacional de Estadísticas y Censos.

3.2. TASA DE DESEMPLEO EN MUJERES EN TIEMPOS DE PANDEMIA

Con certeza, las mujeres son las más afectadas a la hora de salir a buscar trabajo.

El Ministerio de Trabajo del Ecuador, bajo este contexto, mencionó que *“existe un problema serio sobre la empleabilidad de las mujeres y las condiciones que tienen para acceder al mercado formal y afirmó que es un problema sistémico, pero que en la pandemia se llegó a puntos altos y preocupantes, pues en los meses de mayo y junio se registró el 15,7% de desempleo en las mujeres, cuando el promedio de los hombres es el 11,6%; y en septiembre a pesar que han mejorado los indicadores sigue siendo alto y desproporcionado frente a los hombres, pues la tasa de desempleo de las mujeres llega al 8% frente al 5,7% de los hombres”*. (Gráfico 3)

GRÁFICO 3: Diferenciación por sexo en las estadísticas de desempleo hasta junio del 2020¹⁰



Además, se afirma una alta tasa de empleo no remunerado, haciendo que la mujer viva en dependencia económica en los hombres.

De igual manera, las mujeres debido a su rol importante de “ama de casa”, han disminuido sus horas de trabajo, debido al permiso por embarazo y post embarazo que se le concede de conformidad con la Ley; y, como consecuencia sus ingresos resultan irrisorios en comparación al de los hombres.

¹⁰ Fuente INEC

La crisis económica en el Ecuador empeoró con la pandemia de Covid-19 y a su vez el mercado laboral se vio perjudicado, tanto es así que, solo el 26,4% de 3,3 millones de mujeres que se encuentran económicamente activas dentro de la población (PEA) tenían un empleo formal según consta en la información de la última Encuesta Nacional de Empleo, Desempleo y Subempleo (Enemdu) del Instituto Nacional de Estadística y Censos (INEC), publicada el 15 de octubre de 2020.

4. LOS RETOS DEL DERECHO AL TRABAJO EN TIEMPOS DE COVID-19

Los retos del Derecho al trabajo en la actualidad, en tiempos de pandemia y de recesión económica a nivel mundial, no pueden ser otros que la lucha de las naciones por preservar el empleo y por la protección de los derechos laborales, que constituyen sin lugar a duda, derechos humanos fundamentales.

La noche del 16 de marzo del 2020, el presidente de la República del Ecuador, a través de una cadena nacional, declaró el Estado de Excepción en todo el territorio, con el propósito de contener la transmisión del coronavirus (COVID-19), en ella el Primer Mandatario señaló que estamos enfrentando una “*guerra*” –en referencia a la pandemia del coronavirus, declarada por la Organización Mundial de la Salud (OMS).¹¹

En virtud de la declaración del Estado de Excepción en el país, se dispusieron, entre otras, las siguientes medidas:

- Se cierran los servicios públicos a excepción de los de salud, seguridad, servicios de riesgos y aquellos que -por emergencia- los ministerios decidan tener abiertos.
- Las tiendas de barrio, los mercados y supermercados permanecerán abiertos.
- De igual manera, los bancos y todos los servicios financieros seguirán operando normalmente.
- Los hospitales, las clínicas, los centros de salud y las farmacias atenderán de manera continua, y todas las industrias relacionadas con estos sectores, seguirán produciendo en los horarios habituales.
- Del mismo modo, seguirán funcionando las plataformas digitales de entrega a domicilio y todos los medios relacionados con telecomunicaciones. Esto quiere decir que se puede comprar alimentos, trabajar, tener acceso a salud, estudiar y hacer trámites públicos desde casa.
- Suspensión total de la jornada laboral presencial del sector público y privado a partir del martes 17 de marzo, a excepción de los sectores estratégicos, como salud, servicios básicos, alimentos, etc.

¹¹ Decreto Presidencial de Estado de Excepción No. 1017

- Se dispuso toque de queda, para vehículos y personas, entre otras medidas.

Producto de estas medidas, y del obligado confinamiento, muchas empresas, se vieron forzadas a cerrar temporalmente sus operaciones.

Como consecuencia de las referidas disposiciones y durante los primeros meses de la pandemia, entre mayo y junio de 2020, se produjo una ola incontrolable de despidos masivos ante el desolador panorama de incertidumbre económica.

Buena parte de estos despidos, fueron de carácter intempestivo, que por vulnerar los derechos del trabajo y su estabilidad laboral, se sanciona el hecho con una compensación económica de por el tiempo de servicio (**Art. 185 y 188 C.T. ver cuadro 1= A+B**), sin embargo, existe en el Código obrero una causal para dar por terminado el contrato de trabajo sin derecho a ninguna indemnización, conocida como la causal por “caso fortuito o fuerza mayor”.

“Art. 169.- Causas para la terminación del contrato individual.- El contrato individual de trabajo termina:

...6. Por caso fortuito o fuerza mayor que imposibiliten el trabajo, como incendio, Terremoto, tempestad, explosión, plagas del campo, guerra y, en general, cualquier otro acontecimiento extraordinario que los contratantes no pudieron prever o que previsto, no lo pudieron evitar;...”

Este artículo otorga al empleador la posibilidad de dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo, sin pagar ningún tipo de liquidación o bonificación al trabajador, sin importar sus años de servicio, ante lo cual, haciendo alarde de viveza criolla, muchas empresas aprovecharon esta disposición legal para despedir a sus trabajadores que tenían mucha antigüedad para librarse de liquidaciones laborales onerosas. (Gráfico 4)

Bajo este argumento legal se desvinculó de sus trabajos, en tiempos de pandemia, a más de un millón de personas, teniendo como justificativo la imposibilidad de retornar al trabajo por disposición del Ejecutivo.

GRÁFICO 4:¹² CALCULO DE LA LIQUIDACION POR DESPIDO INTEMPESTIVO VERSUS CASO FORTUITO.

¹² **Nota:** Los beneficios sociales, en Ecuador, tales como decimotercera, decimocuarta remuneración y vacaciones, siempre serán cancelados independientemente, de la causa de terminación de la relación laboral, siempre deben ser pagados por tratarse de derechos irreducibles.

Remuneraciones adicionales, irrenunciables e intangibles: Décima tercera remuneración o bono navideño.

- Los trabajadores tienen derecho a que sus empleadores les paguen mensualmente, la parte proporcional a la doceava parte de las remuneraciones que perciban durante el año calendario. (**Art. 111 C.T.**) Es aproximadamente una remuneración extra. **Derecho a la decimocuarta remuneración.** - Bonificación

CASO	CAUSA DE TERMINACIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL	NORMA LEGAL (C.T.)	INDEMNIZACIÓN
Y trabaja 15 años para X Remuneración: \$1000	Despido intempestivo	Art. 185 Art. 188	\$250 x 15= \$3750 \$1000 x 15= \$15.000 TOTAL: \$18.750
Y trabaja 15 años para X Remuneración: \$1000	Caso fortuito o fuerza mayor	Art. 169 #6	\$0

Como se puede apreciar en el ejemplo constante en el CUADRO 4, en Ecuador, tenemos una normativa protectora de los derechos laborales, siendo así que el despido es un hecho sancionado por el cual, el empleador debe cancelar por concepto de indemnización al trabajador una remuneración por cada año de servicio, más el 25% de la última remuneración por cada año de servicio por concepto de desahucio, y sin embargo, en nuestro país, en tiempos de pandemia, muchas mujeres fueron despedidas vulnerando su derecho a la estabilidad laboral contemplada en la constitución, sin que frente a este hecho ilegal, las autoridades tomen alguna medida de acción afirmativa o sancionatoria, para impedir los despidos masivos y la vulneración de derechos, a pesar de que los derechos laborales son irrenunciables e intangibles.

Frente a esta realidad de vulneración sistemática del derecho al trabajo, y para frenar la incontrolable ola de despidos masivos y violación a derechos fundamentales e irrenunciables, la Asamblea Nacional del Ecuador, dictó la LEY ORGÁNICA DE APOYO HUMANITARIO PARA COMBATIR LA CRISIS SANITARIA DERIVADA DEL COVID-19, misma que contiene varios aspectos, pero solo me referiré al tema que nos ocupa, y analizaremos si en concreto, las medidas tomadas por el gobierno que buscaron prevenir el desempleo en tiempo de Coronavirus.

mensual equivalente a la doceava parte de la remuneración básica mínima unificada para los trabajadores en general. (Art. 113 C.T.) es un sueldo básico. Para el año 2020 y 2021 **\$400** (Cuatrocientos dólares de los Estados Unidos de América).

Uno de los retos del estado para precautelar el derecho al trabajo en aquella coyuntura, era frenar los despidos masivos por la referida causal de “caso fortuito o fuerza mayor, sin derecho a indemnización”, por lo cual Asamblea Nacional, pronunció una DISPOSICION INTERPRETATIVA, para frenar este tipo de abusos contra los derechos de los trabadores:

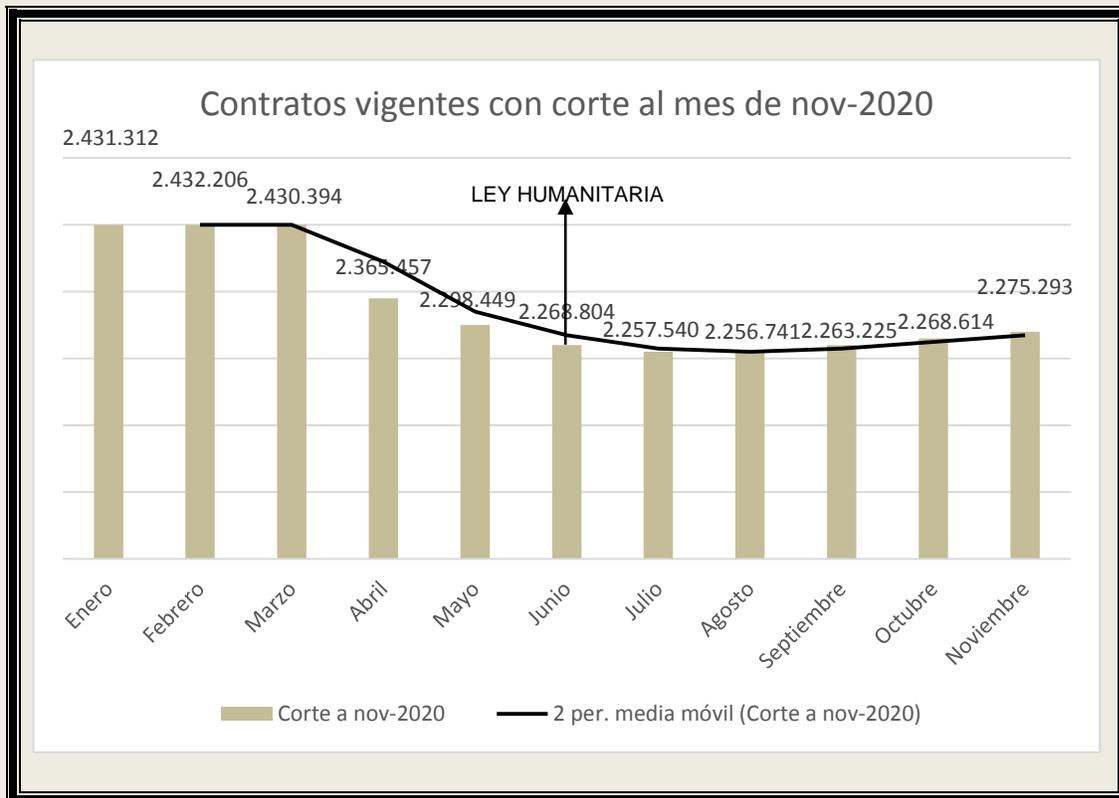
“Única.- Interpretese el numeral 6 del artículo 169 del Código del Trabajo, en el siguiente sentido: En estos casos, la imposibilidad de realizar el trabajo por caso fortuito o fuerza mayor estará ligada al cese total y definitivo de la actividad económica del empleador, sea persona natural o jurídica. Esto quiere decir, que habrá imposibilidad cuando el trabajo no se pueda llevar a cabo tanto por los medios físicos habituales como por medios alternativos que permitan su ejecución, ni aun por medios telemáticos.”

Esta medida adoptada por el legislativo frenó ipso facto, los despidos masivos por la causal de fuerza mayor o caso fortuito para terminar una relación laboral, y se dispuso aplicar una sanción de indemnización por despido intempestivo prevista en el artículo 188 del Código del Trabajo, multiplicada por uno punto cinco (1.5), para quienes aplicaron indiscriminadamente y abusivamente el referido artículo irrespetando derechos laborales.

Entre enero y octubre del 2020, se registraron alrededor de 600.000 despidos bajo la causal de “caso fortuito o fuerza mayor”.

Con la promulgación de la Ley Humanitaria se logró contener la caída violenta, de despidos sin derecho a indemnización. Como se puede apreciar en la gráfica siguiente, desde enero hasta junio del 2020 el número de contratos vigentes iba en desplome hasta que con la introducción y aplicación de la Ley Humanitaria se evidencia claramente el reverso de la tendencia. (Gráfico 5)

GRÁFICO 5: Contratos vigentes en el Ecuador.¹³



5. SITUACION GENERAL DEL SUBEMPLEO EN EL ECUADOR

Sin bien, la referida disposición reformativa frenó los despidos masivos por la causal referida de caso fortuito o fuerza mayor, la ley, no ayudó a frenar el subempleo, por el contrario, lo legalizó cuando en la misma en el artículo 16 dispone que el empleador y el trabajador pueden llegar a un acuerdo en la disminución de su remuneración con la finalidad de evitar un despido o preservar su trabajo, precarizando el trabajo y violando derechos laborales constitucionales como la irrenunciabilidad y la intangibilidad:

Art. 16.- *De los acuerdos de preservación de fuentes de trabajo.- Los trabajadores y empleadores podrán, de común acuerdo, modificar las condiciones económicas de la relación laboral con la finalidad de preservar las fuentes de trabajo y garantizar estabilidad a los trabajadores¹⁴. ... El acuerdo alcanzado, durante el tiempo de su*

¹³ Fuente: Ministerio de Trabajo del Ecuador

¹⁴ Lo subrayado es de la autora

vigencia, tendrá preferencia sobre cualquier otro acuerdo o contrato. De producirse el despido del trabajador al que se aplica el acuerdo, dentro del primer año de vigencia de esta Ley, las indemnizaciones correspondientes se calcularán con la última remuneración percibida por el trabajador antes del acuerdo. ...

El derecho del trabajo, y como consecuencia, los contratos celebrados entre empleadores y obreros, por su naturaleza es diferente a los convenios civiles o mercantiles. No son un contrato de compraventa de servicios personales y de allí, que la fuerza de trabajo no puede ser valorada como una mercancía sometida a la ley de la oferta y la demanda, según las circunstancias o las coyunturas temporales.

La negociación entre el empleador y el obrero, no tiene entre sus características la “autonomía de la voluntad”, de la que goza el principio civil, es decir, “la libre facultad de los particulares para negociar rebajas de remuneraciones”, pues el Derecho laboral tutela la dignidad del trabajador, su derecho al ocio, a su bienestar, a una remuneración justa, según lo acordado, ya que la remuneración no se puede considerar como una mercancía de libre negociación, como inconstitucionalmente lo determina la norma dictada en Ecuador en tiempos de pandemia.

La “igualdad ante la ley”, conduce necesariamente a la injusticia cuando se lo aplica a desiguales, y es ello lo que ocurre en el campo laboral, situación que ha sido aprovechada discrecionalmente, por los patronos para imponer sus condiciones en rebajas de remuneraciones, sin que los trabajadores se puedan resistir, dada su penuria económica, e inminente amenaza de despido sin indemnización.

El referido acuerdo entre las partes, de la inconstitucional norma expedida en tiempos de Covid, sólo es posible entre iguales, es decir, en el derecho civil donde se parte de la premisa de la autonomía de la voluntad de las partes, pues no existe desigualdad entre ellas, sin embargo en el Derecho de Trabajo, donde se parte del principio opuesto, las partes no son iguales, la parte poderosa que es el empleador y una débil, que es el trabajador, por ende son desiguales y la ley los discrimina, de allí que el Derecho de Trabajo es un derecho protectorio con principios esenciales y fundamentales propios, como el pro operario, el cual ampara al trabajador frente a acuerdos injustos e ilegales, otorgándole al trabajador derechos intangibles e irrenunciables, lo que significa que un trabajador aunque lo quisiera, no puede renunciar a los derechos que la ley le otorga y de allí su intangibilidad como estipula nuestra Carta Magna, de allí nuestra afirmación de que un acuerdo entre partes desiguales no es un acuerdo, es una imposición.

El derecho del trabajo tiene como fin tutelar los intereses de los trabajadores, no de las empresas, ni de los patronos, razón por la cual no cabe la “libre rebaja del salario” entre fuerzas dispares. Resulta inconstitucional, someter al trabajador a la trágica disyuntiva de escoger entre rebajar su sueldo y ser despedido, y por ello la necesidad de que el derecho del trabajo proteja principios y derechos irrenunciables contemplados en la constitución del Ecuador:

Art. 328: ...“El pago de remuneraciones se dará en los plazos convenidos y no podrá ser disminuido ni descontado, salvo con autorización expresa de la persona trabajadora y de acuerdo con la ley.”

Art. 326: ... “Los derechos laborales son irrenunciables e intangibles. Será nula toda estipulación en contrario”

La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico nacional, por ende, una norma inferior, que contradiga sus disposiciones, se constituye en una flagrante violación a los derechos laborales irrenunciables, convirtiéndose en una herejía jurídica a favor de la precarización del derecho del trabajo que perjudica en mayor grado a las mujeres, que son las más afectadas, según el INEC, en la encuesta de desempleo frente al hombre.

Del 16 de marzo del 2020, a inicios de la pandemia hasta el 07 de octubre del mismo año, se registraron 148.741 actas de finiquito laboral de mujeres en el Ministerio de Trabajo, las cuales se desglosan de la siguiente manera (gráfico 7):

GRÁFICO 7:¹⁵

ACTAS DE FINIQUITO EN MUJERES	
Acuerdo de las partes	92.052
Despido Intempestivo	16.654
Terminación dentro del periodo de prueba	13.590
Por caso fortuito o fuerza mayor	11.942
Causas legalmente previstas en el contrato	6.076
Conclusión de obra, labor o servicios	4.252
Desahucio	3.256

¹⁵ Fuente: Ministerio del Trabajo del Ecuador

Otros	919
Total	148.741

5.1. EL SUBEMPLEO: DISCRIMINACIÓN INDIRECTA A LA MUJER EN EL TRABAJO

Mientras las naciones alrededor del mundo, de la mano de la OIT, procura promover la igualdad de género y la no discriminación a la mujer en el trabajo, en el Ecuador, las políticas públicas dictadas en tiempos de pandemia han fomentado y legalizado el subempleo, en especial el de la mujer. En este contexto, muchas mujeres fueron forzadas a firmar sus renunciaciones (acuerdo entre las partes), perdiendo su derecho a ser legalmente indemnizadas.

El Convenio 100 de la OIT, sobre igualdad de remuneración y el artículo 326 numeral 4 de nuestra constitución, que determina “A trabajo de igual valor corresponderá igual remuneración”, se ven vulnerados frente a una norma inferior que permite a los empleadores rebajar las remuneraciones a los trabajadores, situación que nos pondría, según un informe de la OIT, en una clara situación de subempleo.

El Programa de Inversiones Intensivas en Empleo (PIIE), de la Oficina Internacional del Trabajo (OIT), en su guía para la elaboración de programas públicos de empleo innovadores, titulado “Hacia el derecho al Trabajo”,¹⁶ analiza de manera prolija la situación del desempleo y el subempleo, presentando los siguientes conceptos respecto de las diversas situaciones del subempleo que citamos a continuación:

GRÁFICO 8:¹⁷

Subempleo			
Por insuficiencia de horas		Situaciones laborales inadecuadas	
Estacional	Ocasional	Salarios bajos / malas condiciones	Baja productividad
Solo	hay	Las	Las personas trabajan a tiempo
	Las	personas	

¹⁶ https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/documents/publication/wcms_563303.pdf

¹⁷ Fuente: Organización Internacional del Trabajo. 2003. International training compendium on labour statistics, Module 1 - Statistics of employment, unemployment, underemployment: economically active population (Ginebra, OIT, Oficina de Estadística, Departamento de Integración de Políticas).

<p>trabajo en solo están determinados empleadas por periodos y no un periodo de lo hay fuera de ellos</p>	<p>trabajan a tiempo completo (o más) pero a cambio de un salario (extremadamente) bajo y en malas condiciones</p>	<p>completo pero su productividad es demasiado baja para generar ingresos suficientes</p>
<p>Zonas agrícolas con temporadas altas definidas; zonas turísticas de temporada; en algunos países, empleo en el sector manufacturero y el comercio minorista</p>	<p>Solo se encuentra empleo ocasional; se pierde mucho tiempo buscando trabajo entre un empleo ocasional y el siguiente, lo que resulta en un número reducido de días efectivamente trabajados</p>	<p>Se paga a los trabajadores por debajo del salario mínimo; casos de explotación cuando la productividad permitiría percibir mejores salarios; trabajo en los sectores formal e informal sin adhesión a la legislación laboral</p> <p>Por lo general, trabajadores por cuenta propia en el sector informal, agricultura, pesca, etc. de subsistencia, pero con niveles de productividad muy bajos</p>
<p>Se da trabajo en temporada baja, se crean activos y se prestan servicios para ayudar a reducir al mínimo las variaciones estacionales</p>	<p>Programas que crean empleo de corta duración para aumentar la disponibilidad general de empleo.</p> <p>Programas que ofrecen trabajo de manera regular y previsible; trabajo fuera</p>	<p>Programas que ofrecen un salario mínimo por encima del salario corriente (inaceptablemente bajo)</p> <p>De gran escala, con el fin de ofrecer una alternativa real; creación de activos y prestación de</p> <p>Programas que ofrecen trabajo (a tiempo parcial) con un salario mínimo y que procuran solucionar las causas de la baja productividad (rehabilitación de recursos naturales, riego)</p>

	del horario laboral (noches, sábados)	servicios que propicien otras actividades	
Transferencias en efectivo para complementar los ingresos (en particular, asignaciones familiares)	Transferencias en efectivo para complementar los ingresos (en particular, asignaciones familiares); programas de inserción para reducir al mínimo los gastos de la búsqueda de empleo	Salarios mínimos y condiciones de trabajo regulados e impuestos por la ley	Transferencias en efectivo para complementar los ingresos; mayor acceso al capital y la capacitación con vistas a mejorar la productividad

Bajo estos acertados conceptos de la OIT, podemos afirmar que la situación de subempleo en la que vivimos en Ecuador, corresponde a contextos laborales inadecuados, con bajos salarios, con personas trabajando a tiempo completo (y más) pero a cambio de un sueldo reducido que no fue el originalmente acordado, rebajado de manera unilateral, con adhesión a una disposición laboral inconstitucional que ha permitido la precariedad de la relación laboral en tiempos de pandemia, con salarios mínimos en condiciones de trabajo regulados e impuestos por la ley.

6. LA DISCRIMINACIÓN LABORAL A LA MUJER EN TIEMPOS DE PANDEMIA

Pese a que la normativa ecuatoriana prohíbe “de jure”, la discriminación laboral a la mujer, la realidad actual es que “de facto”, a ellas se les sigue vulnerando sus derechos.

En el año 2020, los contratos registrados en el Ministerio de Trabajo denotan una gran diferencia entre hombres y mujeres; siendo así que el 66% de los contratos registrados son de hombres frente a un 34% hacia mujeres.

En cifras, aproximadamente 1,5 millones de hombres son contratados formalmente, a diferencia de las mujeres que no superan los 700 mil contratos. (Gráfico 6)

GRÁFICO 6: Contratos vigentes en el Ecuador por sexo¹⁸



6.1. LA IMPOSICIÓN DEL DERECHO AL OCIO DE LAS MUJERES EN ECUADOR

La citada Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para combatir la crisis sanitaria derivada Del Covid-19, también restringió el ocio de todos los trabajadores del país, y consecuentemente de la mujer, cuando dispuso respecto del goce de vacaciones que los empleadores, *“durante los dos años siguientes a la publicación de esta Ley, podrán notificar de forma unilateral al trabajador con el cronograma de sus vacaciones o a su vez, establecer la compensación de aquellos días de inasistencia al trabajo como vacaciones ya devengadas”*, limitando de esta manera el goce al ocio de las mujeres, lo cual vulnera y limita el derecho a las mujeres de decidir cuándo y cómo gozar de este derecho.

7. CONCLUSIONES

Del estudio realizado, podemos concluir que producto de la pandemia en Ecuador, las políticas públicas implementadas para preservar el empleo, si bien frenaron una modalidad de despidos arbitrarios, injustos e ilegalmente aplicados, llamado “caso fortuito o fuerza mayor”, violando derechos laborales irrenunciables e intangibles, no consiguieron su fin máximo, que era la preservación del empleo con dignidad y en las condiciones estipuladas en la constitución.

¹⁸ Fuente: Ministerio de Trabajo del Ecuador

Las políticas públicas promulgadas en tiempos de Covid, violaron derechos consagrados en la Constitución de la República del Ecuador, al legalizar la afectación de derechos laborales, permitiendo rebajas importantes en las remuneraciones, lo cual trajo como consecuencia la legalización del subempleo en Ecuador, y la violación de varios derechos laborales irrenunciables.

En los países en vías de desarrollo como el nuestro, la pandemia demostró lo frágiles que son nuestras legislaciones respecto a la protección del derecho al trabajo, siendo el grupo más afectado el de las mujeres, como lo demuestran las estadísticas incluidas en este artículo.

LOS RETOS DEL DERECHO AL TRABAJO Y AL OCIO DE LAS MUJERES EN ECUADOR

En Ecuador, los retos que enfrentamos son distintos a otras épocas, pues hemos regresado al punto de partida, encaminado esfuerzos para preservar el trabajo y erradicar el desempleo y el subempleo.

Consideramos importante y fundamental implementar políticas públicas que corrijan los errores que han permitido violar los derechos laborales consagrados en la constitución y que han ocasionado una ola de subempleo, mediante reducciones de sueldos impuestas y disfrazadas bajo supuestos “acuerdos” entre partes desiguales.

Las políticas públicas deben ir encaminadas a respetar y preservar el derecho al trabajo de las mujeres, eliminar del ordenamiento jurídico las disposiciones inconstitucionales que incentivan y legitiman el subempleo, siendo los grupos vulnerables, como las mujeres, los más afectados, que hoy viven una situación de precariedad y maltrato legal, sin respetar su derecho al buen vivir y al descanso al cual tienen derecho todos los seres humanos.

Consideramos que la solución a este problema es la urgente y necesaria implementación de políticas públicas que reviertan las desacertadas normativas que incentivaron el subempleo, produciendo de manera indirecta una discriminación a la mujer. Se vuelve imperioso implementar medidas de acción afirmativa para revertir los derechos laborales vulnerados, e implantar medidas administrativas sancionatorias frente a las violaciones de los derechos al trabajo consagrados en la constitución. La prevención y la sanción son, en la situación actual, la única vía para caminar hacia el rescate del derecho del trabajo, que ha sido herido de muerte en varios países del sur de nuestro continente.

8. Bibliografía:

- Constitución de la República del Ecuador, 2021
- Código del Trabajo del Ecuador,
- Decreto Presidencial de Estado de Excepción No. 1017
- Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para combatir la crisis sanitaria derivada Del Covid-19
- Ministerio del Trabajo del Ecuador, estadísticas, noviembre 2020
- INEC: Instituto Nacional de Estadísticas y Censos:
<https://www.ecuadorencifras.gob.ec/institucional/home/>
- <https://www.ecuadorencifras.gob.ec/empleo-septiembre-2020/>
- de <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/ec/ec030es.pdf>
- de <http://repositorio.puce.edu.ec/handle/22000/6963>
- de <https://www.trabajadorasdomesticas.org/empleadas-xm-domesticas-xm/que-es-una-empleada-domestica.html#:~:text=Definici%C3%B3n%20de%20Trabajador%20Dom%C3%A9stico%3A,dem%C3%A1s%20tareas%20propias%20del%20hogar.&text=Se%20denominan%20internos%20los%20que,siti>
- OIT. (2018). Obtenido de https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/mission-and-objectives/features/WCMS_642906/lang--es/index.htm
- de <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/4426/1/07-ACT-Montero.pdf>
- https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/documents/publication/wcms_563303.pdf
- Organización Internacional del Trabajo. 2003. International training compendium on labour statistics, Module 1 - Statistics of employment, unemployment, underemployment: economically active population (Ginebra, OIT, Oficina de Estadística, Departamento de Integración de Políticas).

Curriculum

Abogado y Doctor en Jurisprudencia por la Universidad de Guayaquil, donde es catedrático de Derechos Humanos, Derecho Ambiental, Filosofía del Derecho y Práctica Constitucional, así como de las Maestrías en Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales; y Educación Superior. También impartió la cátedra de Derecho Ambiental, Universidad Central, Quito (2006-2007). Docente de maestría en la Universidad Andina, en la Ecotec. Ha realizado sus pasantías en la Universidad de Derecho de la Universidad de Chile, 1995; en la Fundación Getulio Vargas en Derecho Internacional, Comisión de la OEA Río de Janeiro-Brasil (1995), en la ONU New York, 3era. Comisión de Derechos Humanos (2001); OEA Washington (2001); Banco Mundial y Fondo Monetario Internacional (2006). Posee Maestrías en Gerencia de Proyectos, Políticos, Educativos y Sociales (2006); Especialista en Derechos Humanos (2001); Especialista en Derecho Ambiental de la Comunidad Europea (2003) Universidad Castilla La Mancha Toledo-España (2003); Especialista en Justicia Constitucional y Crimen Organizado (2004); Especialista en Propiedad Intelectual (2005); Diplomado en Estudios Avanzados (2008) U.C.L.M; Ph en Ciencias Jurídicas. Universidad de Zulia. A ejercido el cargo de Director Nacional de Contratación Pública y Director Provincial de la Procuraduría General del Estado (2006-2007); Coordinador Provincial de la Escuela del Consejo de la Judicatura (2010); Asesor de la Corte Constitucional (2011-2012). Conferenciante a nivel nacional e internacional (Argentina, Bolivia, Colombia, Cuba, Chile, España, México, Perú, Puerto Rico, República Dominicana Uruguay, Venezuela) Email: enrique.marmolpalacios@yahoo.com

La Filosofía del Derecho en relación con los Derechos Humanos a nivel global y la necesidad imperiosa de su empoderamiento por parte de estudiantes, juristas, operadores de justicia y abogados en general, en época ex antes pandemia del Covid 19 y ex post.

Phd. Jorge Enrique Mármol

Palacios

RESUMEN

La importancia de estudiar la Filosofía del Derecho, tiene como antecedente histórico el aporte significativo de los Filósofos, Juristas, Sociólogos y estudiosos, de las diversas tendencias *iusnaturalistas*, *historicistas*, *iuspositivistas*, idealistas, realistas, de la teoría crítica, axiológica y materialistas, que han contribuido en las diversas etapas por las que ha atravesado la humanidad, desde la antigüedad hasta nuestros días. Formulándose las preguntas siguientes ¿Qué es la Justicia?; ¿Cómo debe ser el Derecho?, es decir, se plantea el problema de los valores jurídicos.

Sin olvidar de mencionar, que la Filosofía del Derecho ha contribuido al desarrollo y fundamentación filosófica de los derechos Fundamentales o Derechos Humanos, que a partir de los tres modelos: 1) el inglés; 2) el norteamericano y 3) la

Revolución Francesa, son parte integrantes del desarrollo de la sociedad, adquiriendo paulatinamente preponderancia e identidad propia. La mayoría de los Filósofos, han sido objeto de estudio de diversos tratadistas, quienes han visto el desenvolvimiento paulatino de esta disciplina. Al igual que el desarrollo de Ciencia, Tecnología, ligada a la sociedad, a la bioética, la robótica, la biotecnología, la clonación, la nanotecnología, ubicados en la *Filosofía de la Ciencia, la Técnica y*, sus tres componentes: *Deontológicas; Epistemológicas y Axiológicas*, vinculadas a la propia historia y a la sociología, motivo de empoderamiento del conocimiento filosófico para la técnica del derecho, en su aplicaciones de los juristas, docentes, operadores de justicia y de estudiantes de las generaciones milenium y zetas internautas, que ex antes de la pandemia del Covid 19 y sobrevivientes ex post, del calentamiento global, de los gases de efecto invernadero, de la escasez de agua, la contaminación de la naturaleza en general y de la eco virtualidad que ha dado paso al proceso global de un mundo multipolar, no obstante .la implementación de un nuevo orden internacional.

ABSTRAC

The importance of studying the Philosophy of Law has as historical antecedent the significant contribution of Philosophers, Jurists, Sociologists and scholars, of the diverse iusnaturalist, historicist, iuspositivist, idealist, realist, critical theory, axiological and materialist tendencies, which have contributed in the diverse stages through which humanity has gone through, from antiquity to the present day. The following questions are asked: What is Justice; How should Law be; that is to say, the problem of juridical values is raised.

Without forgetting to mention that the Philosophy of Law has contributed to the development and philosophical foundation of the Fundamental Rights or Human Rights, which from the three models: 1) the English; 2) the North American and 3) the French Revolution, are an integral part of the development of society, gradually acquiring preponderance and its own identity. Most of the philosophers have been the object of study of various writers, who have seen the gradual development of this discipline. As well as the development of Science, Technology, linked to society, bioethics, robotics, biotechnology, cloning, nanotechnology, located in the Philosophy of Science, Technique and its three components: Deontological; Epistemological and Axiological, linked to history itself and sociology, reason for the empowerment of philosophical knowledge for the technique of law, in its applications of jurists, teachers, justice operators and students of the millenium and zetas internauts generations, who ex before the Covid 19 pandemic and ex post survivors, of global warming, greenhouse gases, water scarcity, pollution of nature in general and eco virtuality.

Palabras claves

Epistemología eco virtualidad nanotecnología generaciones zetas huella hídrica

Key words

Epistemology eco-virtuality nanotechnology generations zetas water footprint

INTRODUCCIÓN

En palabras sencillas, la Filosofía como ciencia se la incorpora al Derecho, debido a que será la ciencia epistemológica (conocimiento) que da a conocer el origen o la causa eficiente, para llegar a lo teleológico o al fin. De esta manera, va de la mano con los principios del derecho que establecen conocimientos invariables, racionales y reguladores de la propia vida en todas sus manifestaciones. A lo que se suma, los medios de dar unidad a esas relaciones, que se van armonizando en virtud de principios éticos y axiológicos (valores) comunes para realizar los fines paradigmáticos (modelos) a los que promueve la dignidad humana. A lo que confluyen las diferentes escuelas, que han aportado al desarrollo de la filosofía del derecho, a lo largo de la existencia de la sociedad, en el pasado, presente y futuro, en el mundo de los saberes.

II. Desarrollo**1. La Filosofía del Derecho y sus antecedentes.**

El estudio de la Filosofía del Derecho, tiene como antecedente histórico el aporte significativo de los Filósofos, Juristas, Sociólogos y estudiosos, de las diversas tendencias *iusnaturalistas*, *historicistas*, *iuspositivistas*, idealistas, materialistas, positivistas, que han contribuido en las diversas etapas por las que ha atravesado la humanidad, desde la antigüedad hasta nuestros días; no obstante que el termino Filosofía del Derecho, surge durante los siglos XVIII al XIX. De igual manera ocurre con los derechos Fundamentales o Derechos Humanos, que a partir de los tres modelos: 1) el inglés con sus filósofos Hobbes, Locke; 2) el

norteamericano y 3) el Francés con el iluminismo de Montesquieu, Rousseau, Diderot, como corolario de la Revolución Francesa, son parte integrantes del desarrollo de la sociedad, adquiriendo paulatinamente preponderancia e identidad propia. La mayoría de los Filósofos, han sido objeto de estudio de diversos tratadistas, quienes han visto el desenvolvimiento paulatino de esta disciplina.

1.1. Las Áreas de la Filosofía del Derecho.

Intentaremos explicar la Filosofía del Derecho, a partir de las Tres áreas, que comprende el estudio global sobre lo jurídico a saber.

- 1) La **Ontología Jurídica** o también denominada Teoría del Derecho, que conlleva a establecer ¿Qué es el Derecho?, concepto, desde la perspectiva estructural-funcional; y, para ellos la Filosofía del Derecho, utiliza la Ciencia, la Historia, la Sociología y la Psicología; 2) la **Teoría de la Ciencia jurídica** o **Epistemología Jurídica** o **Gnoseología Jurídica**, para lo cual la Filosofía del Derecho, analiza la metodología de las Ciencias del Derecho y su relación con la Sociología jurídica, Lógica jurídica, Psicología jurídica y la Historia del Derecho, comparándolas con las Ciencias Sociales, para llegar a un modelo unificador de los diferentes paradigmas gnoseológicas, tales como: el matemático de los defensores del Derecho Natural; el histórico de la Escuela alemana; el de las Ciencias Naturales, el de la Escuela positivista; y, el analítico del lenguaje del positivismo lógico; y, 3) La **Axiología Jurídica** o llamada también, **teoría del Derecho Justo** o **teoría de la Justicia** o **deontología Jurídica**, se pregunta ¿Qué es la Justicia?; ¿Cómo debe ser el Derecho?, es decir, se plantea el problema de los valores jurídicos.

1.2. La Filosofía del Derecho y su interrelación con la justicia y demás valores.

Todos estos interrogantes los formula la Filosofía del Derecho y para llegar a un conocimiento de la Justicia, la Filosofía la intenta ubicar, a través de un conjunto o sistema de valores, para lo cuales los seres humanos, han tratado de

protegerse, por medio de una técnica llamada culturalmente Derecho, -ya que el Derecho surge de la propia sociedad- *ex facto ius ori tur-* (el Derecho nace del hecho, señalaban los juristas romanos) con la intermediación del Estado; este y aquel, por tanto, forman parte integrante de la producción social. Por esta razón, los seres humanos hemos tratado de estudiar no solamente lo que es el Derecho (Ontología Jurídica) ni como es el Derecho válido hoy, en estos momentos (Ciencia del Derecho), no vale para lo mismo sin un diagnóstico fáctico (Sociología del Derecho), ni vale lo mismo sino como debe ser el Derecho (Filosofía del Derecho).

Por ello, se justifica la *búsqueda de un Derecho Justo*, que nos lleva inevitablemente a establecer *un punto de vista sobre la justicia y consecuentemente al problema del Derecho Natural o iusnaturalismo, por lo que una norma es válida solo cuando es justa; del legalismo por medio del cual si la norma esta en vigencia (positivismo) se debe presumir la justicia, como fundamento de legitimidad del Derecho Positivo que por su parte no acepta la relación entre derecho y moral*, siendo el sistema jurídico coherente y completo, limitándose a describir al Derecho; y, que ha estado presente desde la antigüedad hasta nuestros días. No para resolver cualquier cosa, sino para que la Filosofía del Derecho, sea conciencia crítica de la realidad, de la historia, para contribuir en base al conocimiento, al diálogo racional permanente, no solo para preguntarse **¿Qué es el Derecho?, ¿Para qué sirve?** Sino para transformar el Derecho, como fenómeno social, en su relación con la moral y la Justicia, la axiología o valores y exigencia éticas fundamentales que surgen en conjunto con el reconocimiento de los derechos humanos, tales como: *libertad, dignidad, igualdad o equidad, solidaridad, paz y seguridad*.

Así para contestar estos interrogantes, que no son nuevos por supuesto, nos remontamos a los filósofos griegos, que dieron su aporte importantísimo; y un paso fundamental que parte del desarrollo ulterior cultural del pensamiento filosófico existente, entre el ser individual que adquiere una conciencia individual: Ya en el siglo IX a. C., aparece la Odisea de Homero, con los denominados juicios

universales dando lugar a las *representación y proposiciones*, producto de las reflexiones elaboradas por la estructura de la observación todavía de manera empírica de los fenómenos existentes en la naturaleza, la sociedad y el pensamiento.

1.3. La filosofía del Derecho y sus etapas.

A partir del siglo VII-IV a. C., surge la primera etapa que la podemos denominar Filosofía de la concepción del mundo o de la naturaleza, donde se busca comprender el origen del universo y de la vida, sus representantes fueron materialistas e idealistas, tales como: *Anaxímenes, Anaximandro, Tales de Mileto, Heráclito de Efeso, Demócrito, Pitágoras*. El segundo Período lo conocemos como el de la Filosofía Humanística, o de los filósofos clásicos Sócrates, Platón y Aristóteles, con este último concluye el proceso de maduración de la Filosofía Griega; dando paso al periodo final, llamado del Humanismo Jurídico representado por la Escuela Estoica, retornada por los juristas romanos *Cicerón y Ulpiano*. Lo que significa, que desde siempre la idea de construir un concepto universal del Derecho ha estado presente, es tan antiguo en la historia de la filosofía jurídica (se origina con el *koinos nomos* griego y el *ius gentium* romano hasta el iusnaturalismo o Derecho natural luego de la presencia del cristianismo, en el periodo de la Edad Media por medio de sus representantes de las Escuelas iusnaturalistas Filosóficas de la Iglesia: la Patrística y la Escolástica, a través de San Agustín y Santo Tomás, el *iusnaturalismo de GROCIO desarrollando el ius gentium que proviene de la naturaleza, siendo el precursor del derecho internacional marítimo*. en el Renacimiento los creadores de la Ciencia política *MAQUIAVELO y BODINO*; el Derecho racional moderno *de Descartes con su método de la “duda metódica”*; *BACON, el panteísmo racionalista de SPINOZA, el iusnaturalismo de Locke por el medio del cual los derechos individuales de la persona deben ser protegidos por el Estado*. En la época del Iluminismo en la Revolución Francesa y su eslogan: Libertad, igualdad, fraternidad, dando por terminado el período monárquico y surgiendo el republicano, con la ruptura de la dualidad Estado – Iglesia, surgiendo el laicismo; y sus filósofos *MONTESQUIEU*

con su famosa teoría de la división de poderes, el Contrato Social de ROUSSEAU afirmando que “el hombre ha nacido libre y en todas partes está encadenado”, VOLTAIRE, DIDEROL Y HOLVACH.

En el siglo XVIII, el positivismo de A. COMTE, considerado el padre de la Sociología, y a finales de siglo la corriente del historicismo con SAVIGNY (1981.Ed UNAM), el cual rechaza al racionalismo planteando que “el derecho no nace de la obra de los legisladores, sino de las fuerzas (Volksgelit) del espíritu del pueblo, incluyendo al lenguaje. Continuando con la teoría del derecho, nacida como ciencia desde su origen y su estructura positiva por medio de sus fuentes que se mantiene hasta hoy. Destacaron en el siglo XIX KANT del idealismo trascendental y la estigmativa crítica, siendo el primer filósofo en emplear el término lógica dialéctica, que irradió al derecho, manifestando que el fin de la humanidad es la paz perpetua. HEGEL y su fenomenología histórica y dialéctica, con su famosa triada: 1) Tesis, 2) Antítesis y 3) Síntesis, FEUERBACH y el materialismo antropológico: a mediados del siglo dieron su aporte extraordinario a través del materialismo histórico y dialéctico MARX y ENGELS, quienes manifestaron que el conocimiento es producto de la práctica social y las fuentes y partes integrantes de la filosofía materialista son: 1) Filosofía clásica alemana (Kant, Hegel) 2) el socialismo utópico francés (Saint Simón, Fourier y Owen); y 3) la economía clásica inglesa con Adam Smith y David Ricardo; en conjunto con las tres leyes de la lógica dialéctica 1) la unidad y lucha de contrarios, 2) los cambios cuantitativos a cualitativos; y 3) la negación de la negación. Poco antes de la época en que la ciencia se desarrolla a través de las leyes de la Termodinámica y la Física Cuántica.

1.4. **La Filosofía del Derecho y su contribución a los Derechos Humanos.**

Sin olvidar de mencionar, que la Filosofía del Derecho ha contribuido al desarrollo y fundamentación filosófica de los Derechos Humanos, de los Derechos Fundamentales, de las personas, que constituye un concepto histórico del mundo moderno, que se van desarrollando de manera paulatina y progresiva, en el

contexto de la sociedad, especialmente en los aspectos teóricos y prácticas, plasmados en el derecho internacional exógeno; y, a nivel endógeno por el ordenamiento constitucional interno.

A partir de los siglo XVII Y XVIII, en Inglaterra y sus colonias en América y de manera determinante en Francia partiendo de la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano 1789* en el ámbito nacional, de los Derechos Humanos en el inicio de la fundamentación y positivismo de los Derecho Humanos y en el Siglo pasado, a través de la *Declaración Americana de los Derechos del Hombres y del Ciudadano aprobada en marzo de 1948 en Bogotá* y sobre todo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada el 10 de diciembre de 1948, en la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), marcando el inicio de la internacionalización, la defensa y promoción de los derechos humanos, dejando de ser formulaciones meramente declarativas, como derechos inherentes a la dignidad de los seres humanos, dejando de ser formulaciones meramente declarativas, como derecho inherentes a la dignidad de los seres humanos, permitiendo hablar hoy del tránsito del iusnaturalismo al introducir principios y valores al florecimiento del “*Derecho positivo de los Derechos humanos*”, reconocidos por la comunidad internacional, no siendo exclusivos la protección de los mismos por cada Estado, sino que correspondan al Derecho Internacional y sobre todo al ser declarados vinculantes, al haber aprobado los *Pactos de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y de los Derechos Civiles y Políticos*, el engarce de los derechos Humanos a nivel Regional, Carta Europea de los derechos Humanos, el Pacto de San José de los derechos civiles y Políticos, el Protocolo de San Salvador de los derechos económicos, sociales y culturales y la carta Democrática Interamericana del 11 de septiembre de 2001.

De igual manera como se ha aprobado los Derechos de los Pueblos a la Paz, al Desarrollo, al progreso, a la calidad, al Derecho a un medio ambiente sano; lo mismo se espera la aprobación al derecho a la defensa del patrimonio genético de

la humanidad, el derecho a la informática, que en la práctica son protegidos como la esencia de la vida de 7.700 millones de seres humanos.

1.5. La filosofía del Derecho y su desarrollo en el siglo XX.

A comienzos del siglo XX dieron su aporte Roscoe *POUND* quién desarrollase el realismo sociológico norteamericano, por medio de la cual, “la investigación jurídica debe interesarse en los tres factores sociales que influyen en la formación de las normas y en la labor de los magistrados”. La escuela del pragmatismo filosófico de William *JAMES*, a través de los hechos materiales y el conocimiento de la realidad hipotética, con su eficacia, social y moral, que nos lleva a la verdad. El iusfilósofo *DEWEY* representante de la escuela de Chicago, afirmando que “el conocimiento tiene un carácter fundamental práctico”. El realismo jurídico norteamericano de *HOLMES* que tiene antecedentes en la escuela escandinava de la Universidad de UPSALA con sus representantes *HAGESTROM* y *ALF ROSS* identificando al derecho con la eficacia normativa, con la fuerza estatal y con la probabilidad de las acciones judiciales y culmina el realismo de la interpretación jurídica con el francés Michael *TROPER*.

De igual manera dieron su aporte en lo filosófico *NIETZSCHE* y el súper hombre u hombre del devenir, *KELSEN* con la formulación del supraconstitucionalismo a través de la Constitución como norma de normas y la creación del Tribunal constitucional en Austria, tributando a la teoría general del iuspositivismo o Derecho positivista, con ello la discusión de la separación del derecho con la moral y la justicia como problema existente del positivismo. Luego surgen las Escuelas de Frankfurt con *HORKHEIMER*, *ADORNO*, *MARCUSE*; el Circulo de Viena con *WITTGENSTEIN*, *CARNAL*; la Fenomenología crítica de Edmundo *HUSSERL*, el existencialismo de *HEIDEGGER*; y revitalismo con *ORTEGA Y GASSET*, *SARTRE*, luego Legaz y Lacambra, **COSSIO** con su teoría egológica y concepto de libertad. *DEL VECCHIO* con la idea del universalismo, del concepto del Derecho o de su conocimiento, lo que significa, que la universalidad de la filosofía jurídica no podría aislarse en el ámbito conceptual, como si se tratase de un concepto “natural”, “criterial” “semántico” o semiótico (comunicación

científica), estando seguros que siempre ha sido en realidad un propósito ius-filosófico. *La teoría Tridimensional del brasileño Miguel REALE a través del hecho, valor y la norma, con sus tres dimensiones fácticas, axiológica y normativa, tiene su exponente en Perú con Fernando SESSAREGO.* En la actualidad vemos un verdadero florecimiento de esta disciplina. *La Escuela de Turín con Norberto Bobbio y sobre todo Ferrajoli con el garantismo y neo-constitucionalismo: Peces Barba y sus reflexiones sobre la dogmática jurídica entorno a los derechos humanos con MANTILLA PINEDA, NARANJO VILLEGAS, GOLDSMIDT, BROEKMAN, HABERMAS y el derecho comunicativo; la Justicia distributiva de RAWLS, la propuesta fundamental de PARSONS, PERELMAN en el modelo de la respuesta correcta, Luhmann y Teubner con el funcionalismo autopoiético, HART en las reglas del conocimiento y la jurisprudencia analítica, el pos positivista MACCORMICK en la teoría del razonamiento y la retórica, DWORKIN con los derechos en serio y la respuesta correcta, DULITZKY y la comunicabilidad ontológica de la justicia, ZAGREBELSKY y el derecho dúctil, la argumentación jurídica y ponderación de Alexy, en conjunto con los españoles PRIETO SANCHIS Y ATIENZA, JAVIER DÍAZ, PÉREZ LUÑO y los derechos humanos. García Amado con la subsunción y la interpretación. El funcionalismo de ROXIN y de aceleración con el derecho del enemigo de JACOBS. La interpretación y el constitucionalismo y convencionalismo de los derechos humanos de CARBONELL, ZAMUDIO, FERRER; GIL, CARPIZO, NINO quien desarrolla la tesis del “caso especial”, la idea conectiva entre el Derecho y la Moral, Bernal Pulido en el neoconstitucionalismo al debate, CEPEDA, MONTAÑA, CARPIO, RODRÍGUEZ, ALVITES, CAMPOS, el coto vedado de GARZON VALDEZ, en el Ecuador H. SALGADO, ZAVALA JORGE, ÁVILA SANTAMARÍA; su importancia se expresa en que el juez, el jurista y el abogado, recurren al estudio de estas acepciones, formas o tipos, como COMANDUCCI lo diferencia; 1) en un neoconstitucionalismo teórico y sus principales características sobre el alcance de las actuales constituciones; 2) el ideológico critica el positivismo exaltando la constitucionalización del ordenamiento y 3) el metodológico obteniendo la vinculación entre derecho y moral, para adquirir un conocimiento cabal del*

Derecho; y como R. *GUASTINI* lo expresa el ordenamiento jurídico constitucionalizado que se caracteriza por una “*Constitución extremadamente invasora*”, lo que significa a mi juicio que la concepción pos positivista que llamamos constitucionalismo, a lo que se suma la visión argumentativa del Derecho, supone trascender ese planteamiento metódico contrario al positivismo, concibe la filosofía del Derecho como filosofía práctica, constituida con la filosofía moral y política, estudiando además las disciplinas Filosóficas-Jurídicas en general, de sus relaciones que culminan con la adquisición de un conocimiento cabal del Derecho, de las disciplinas Filosóficas-Jurídicas en general, de sus relaciones, de sus diferencias, de sus objetivos, de sus métodos respectivos y sobre todo los nuevos paradigmas que se presentan en la época de la Revolución Científico-Técnica, entre la Filosofía de la Tecnología con sus tres áreas: a) la Odontología de la Técnica; b) la Epistemología de la Técnica; y, c) La Axiología de la Técnica, nociones básicas para el avance a finales del siglo XX y del presente de la Informática en red, la Robótica, en el Estado actual de *Globalización o cosmopolitismo*, la pobreza global desde una cosmovisión normativa de la teoría jurídica general propuesta por *TWINING* y la legalidad cosmopolita de Boaventura de *SOUSA*; los paradigmas discursivos de la complejidad de Atlan de Edgar Morín y los siete saberes del conocimiento en la educación desde la ciencia social crítica y la epistemología de la complejidad (Akal, Madrid: 2005). La tridimensionalidad sociológica, nomológica y axiológica a nuestro juicio, con la aplicación de los tribunales o cortes con consideraciones teleológica sobre la justicia. *La revolución silenciosa* sobre la *Clonación*, la *Biogenética*, la *Biología Molecular*, que descubrió el patrimonio hereditario gravado en el ADN y los genomas humanos, la *Biotecnología*, el *biocombustible* reemplazando al petróleo y desplazando importantísimos sectores agrarios como la caña, la soya, que pese a la hambruna mundial, están siendo utilizados para mover automóviles en el primer mundo; la *Tecnología de la Filosofía y el Estado*, problemas que deben ser afrontados por la Filosofía del Derecho.

1. La Filosofía del Derecho en el presente Milenio intercivilizatorio y pluriuniversal

En el presente siglo XXI, la Filosofía del Derecho y los Derechos Humanos, seguirán aportando en el desarrollo de la sociedad en su proceso *Intercivilizatorio y pluriuniversal* debiendo cumplir los cultivadores de esta ciencia el *empoderamiento* no solo epistemológico de los saberes ius-filosóficos, sino los teleológicos o fines prácticos, recordando los estudiantes y profesionales que al querer desarrollar conocimientos jurídicos, hay que según palabras de Zaffaroni saber Filosofía del Derecho y Derecho Constitucional, para poder desarrollar cualquier área del derecho, sobre todo en el presente milenio, que se vincula con la Ciencia, la tecnología y la sociedad (CTS) la teleinformática en la época globalizante de las denominadas **tele tecnologías y su naturaleza inmateral**, del homo sapiens antropológico según ECO, al homo videns según SARTORI, no siendo otra cosa que: las tecnologías mixtas de la información, de carácter física (electrónica) y cultural (ligadas al tratamiento de la información) ya expresadas con anterioridad por MCLUHAN en la “aldea global”, con el aforismo “el medio es el mensaje”. Luego, del desencadenamiento del calentamiento global causado por la liberación exponencial de los ocho gases de efecto invernadero, que produce la ruptura de la capa de ozono, que conlleva a la desertificación y erosión del suelo, que se suma al problema de la escasez del agua y el “agua virtual” expresada por ALLAIN, la “huella hídrica” de HOEKSTRA al servicio de la Unesco, expresado en el “amor líquido” de ZYGMUNT BAUMAN, que juntos podemos superar los problemas de la moderna sociedad líquida, que han producido grandes transformaciones sociales y culturales, el desarrollo de la bioética, la robótica, la biotecnología, la clonación, la nanotecnología, ubicados en la *Filosofía de la Ciencia, la Técnica* y, sus tres componentes: *Deontológicas; Epistemológicas y Axiológicas*, vinculadas a la propia historia y a la sociología, motivo de empoderamiento del conocimiento filosófico para la técnica del derecho, en su aplicaciones de los juristas, docentes, operadores de justicia y de estudiantes de

las generaciones milenium y zetas internautas eco virtuales, futuros profesionales del derecho.

2.1. La Filosofía del Derecho y su empoderamiento ex antes pandemia

Recordemos lamentablemente, que hace dos años se presentó la pandemia del SARS-Cov-2 y su enfermedad Covid 19, en China e irradió con sus efectos negativos y desconocidos al resto del mundo. terminando con siete millones de vidas humanas y contagiando a 150 millones en todo el planeta, afectando a la propia vida, a los derechos al trabajo, a la salud, que están por encima de los derechos económicos, los cuales en el Nuevo Orden Internacional impuesto por las corporaciones a través de las farmacéuticas obteniendo ganancias por arriba de los 3 trillones de dólares y que con la aplicación de las Vacunas sus ganancias han aumentado de forma exponencial; y, que ha provocado por parte de los Estados la aplicación de leyes laborales denominadas humanitarias que no tienen nada de ello, más bien interactúan en detrimento de la mayoría de los trabajadores, que se calcula han perdido los empleos 148 millones lo que equivale al 78% en Latinoamérica según cifras de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

De ahí la importancia de acudir al análisis iusfilosòfico, que nos lleva a la comprensión de los fenómenos existentes en la naturaleza, la sociedad, en el pensamiento y que el Jurista, el Filósofo, el Sociólogo, el Abogado, los activistas y Defensores de los Derechos Humanos, recurrimos a esta disciplina para dar respuesta por medio del conocimiento cabal del Derecho y solucionar los problemas que se presentan, de sus relaciones, con los derechos a la vida, a la salud, al trabajo, a la educación en el empoderamiento praxeològico eco virtual, en beneficio epistemològico, axiològico, hermenéutico, de sus diferencias, de sus objetivos y de sus métodos respectivos.

III. CONCLUSIONES

La filosofía del Derecho estudia cosmovisiones de lo jurídico, con lo que intenta ofrecer una visión global del fenómeno jurídico, incluyendo sus diversas

dimensiones (institucional, normativa, social, moral, etc.). En este sentido, la filosofía del Derecho responde a tres grandes preguntas: ¿Qué es el Derecho? ¿Cómo debería ser? ¿Cómo lo conocemos?

Por su parte, las distintas escuelas iusfilosóficas —el iusnaturalismo, el positivismo, las escuelas marxistas, la teoría de los sistemas, visiones analíticas y semiológicas, estructuralismo o las teorías de la argumentación muy en boga actualmente, entre otras— configuran un **modelo jurídico ideal para su propia visión de la sociedad** y en base a sus categorías. Es así, como cada gran maestro, autor o tratadista, manifiesta su singular cosmovisión, en ocasiones contradictorias, pero igualmente inspiradores y llenas de potencial.

La epistemología filosófica al igual que toda ciencia se establece a partir del análisis de la lectura a la comprensión y en su interrelación con las ciencias jurídicas y la búsqueda de su aplicación, de respuestas correctas, en torno a la justicia.

Finalmente, la interrelación entre la filosofía y el Derecho permite la comprensión holística del Derecho, su función social de protección del desprotegido, del débil y en la persecución del inalcanzable ideal axiológico o de la justicia. En búsqueda de **soluciones a cuestiones de actualidad**, como la globalización, la experimentación genética en general y el genoma humano en particular o la influencia de las nuevas tecnologías en el derecho, como la neurociencia.

BIBLIOGRAFIA Y LINKOGRAFIA CONSULTADA

Atienza, M. 2013: *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Trotta.

Bobbio, N. 1990b: *Filosofía del Derecho y Teoría General del Derecho [1950]. Contribución a la Teoría del Derecho*. Ed. Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Debate. 73-90.

Comanducci, Paolo. *Formas de neoconstitucionalismo, un análisis metateórico*. Ed. Miguel Carbonell. Ed. Trotta. 4ta. Edición. Madrid, 2008, p. 94.

Díaz, G. E. (1971). *Sociología y Filosofía del Derecho*. Madrid: Taurus S.A.

- Eco. Humberto. Apocalipsis e integrados. Barcelona. 1995.
- Guastini. Ricardo. Estudio de Teoría Constitucional, 1ra. edición. Ed. Fontamara, México 2001.
- Goldsmidt, W. (1987). *Introducción Filosófica al Derecho* (sexta edición ed.). Buenos Aires: Desalma.
- Kaufmann, A. (1992). *Filosofía del Derecho y Dogmática Jurídica en el pensamiento jurídico contemporáneo. Debate*. Madrid: Española.
- Mármol, E. (2011). *Filosofía del Derecho. Derechos Humanos, Argumentación Jurídica y Neconstitucionalismo*. Guayaquil: Edilex S.A.
- Morín. Edgar. La epistemología de la complejidad, por un pensamiento complejo. José Solana. Akal, Madrid, 2005.
- Prieto, S. (1987). *Un Punto de vista sobre la Filosofía del Derecho, en Anuario de Filosofía* (Vol. Tomo IV). Madrid.
- Radbruch, G. (1952). *Filosofía del Derecho*. Madrid: Revista de Derecho Privado.
- Sartori. Giovanni. La sociedad teledirigida. Ed. Taurus, Buenos Aires.
- Savigny. Citado Rojas. Filosofía del Derecho. Ed. Harla, México, 1991, p. 261.
- Zagrebelsky, G. (2003). *El Derecho Dúctil*. Madrid: Trotta.

Referencias

- Cabanellas, G. (2018). *Diccionario enciclopédico de Derecho Usual*. Buenos Aires: Heliasta.
- COGEP. (2015). *Código Orgánico General de Procesos* . Quito: Asamblea Nacional.
- Corte Nacional de Justicia, Resolución 07-2018 (Corte Nacional de Justicia octubre de 2018). Obtenido de <https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/resoluciones/2018/18-07-Citacion-por-carteles-en-el-exterior.pdf>
- Cuadros, A. (2021). ¿La citación telemática es un método de citación autónomo o es un simple paso previo a la citación por medios de prensa? *Juridico*. Obtenido de <https://alfredocuadros.com/2021/09/23/la-citacion-telematica-es-un-metodo-de-citacion-autonomo-o-es-un-simple-paso-previo-a-la-citacion-por-medios-de-prensa/>
- Fabra, P. (2017). E-justicia. *Revista de Internet, Derecho y Política* , 1-12.
- García, M. (2017). Juzgado sin papel, un paso más de la justicia electrónica. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla* 41, 133-154.
- Guzmán, A. (2005). La Citación. *Derecho Ecuador*.
- Mantilla, B. (1997). *Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo VII. Estudios De Derecho*. UDEA.
- Reyes, F. (1984). Citación en el proceso civil romano. *Revista Chilena De Historia Del Derecho*, 29–32.
- Sacoto, M. (2021). E-justicia en Ecuador: inclusión de las TIC en la administración de justicia. *Revista de Derecho*(36), 91-110.
- Salazar, S. (2021). Implementación de medios electrónicos y digitales para citaciones. *Litigio y Resolución de Conflictos*.
- Zavala, J. (2010). *Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica*. Guayaquil: Edilex.

Lilian Susana Molina Benavides, Doctora en información y documentación en la sociedad de conocimiento con mención Summa Cum Laude. Master en proyectos educativos y sociales. Directora de la Carrera de Comunicación, Gestión Social y Desarrollo de la Universidad Península de Santa Elena (UPSL) desde el 2011.

María Fernanda Mármol Córdova. Master en Comunicación Estratégica. Licenciada en Comunicación social. Docente en la Carrera de Comunicación, Gestión Social y Desarrollo de la Universidad Península de Santa Elena (UPSL).

“TEMA:

“CONSECUENCIA DEL COVID 19 EN EL ENTORNO ECO-VIRTUAL DE LA GESTIÓN AMBIENTAL. Y DE LOS DERECHOS A LA NATURALEZA”

RESUMEN

En esta breve reseña, queremos remitir el producto de estas reflexiones conforme a la realidad actual existente, que lo consideramos pertinente por medio de este artículo publicar. Resaltando la situación ocasionada por la pandemia del Covid 19 expandida a nivel mundial y sus consecuencias en los derechos de las personas a vivir en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado, entorno a la naturaleza en el contexto eco – virtual, comunicacional y de gestión ambiental. Donde la salud y la vida misma estaban en primer orden, siendo los derechos a proteger antes que los económicos. Ante esta situación global, se establece un nuevo orden mundial, y el ambiente no queda exento de esta realidad. Los hospitales abarrotados y sin medicamentos, los desechos que surgen del sector hospitalario sin tratamiento adecuado al igual que el sistema de aguas, lo que se complicó con la presencia de cadáveres cuyo número iba en aumento, por no hallar forma adecuada de tratar a los enfermos. Los efectos fueron multiplicadores, lo cual afectó a los derechos a la vida, a la salud, a la economía, al medio ambiente y la naturaleza. Sin embargo, la normativa constitucional y secundaria a nivel local, precisa que el Estado está obligado a cumplir, por medio de las políticas de gestión ambiental que se incluye la protección de los derechos de la naturaleza, por medio de los principios pro natura, de protección de los ecosistemas, la biodiversidad y de todos los organismos vivos.

ANSWER

In this brief review, we would like to submit the product of these reflections in accordance with the current reality, which we consider pertinent to publish in this

article. Highlighting the situation caused by the pandemic of Covid 19 spread worldwide and its consequences on the rights of people to live in a healthy environment, ecologically balanced, environment of nature in the context of eco-virtual, communicational and environmental management. Where health and life itself were in the first order, being the rights to be protected before the economic ones. Faced with this global situation, a new world order is being established, and the environment is not exempt from this reality. Hospitals were overcrowded and without medicines, waste arising from the hospital sector without adequate treatment as well as the water system, which was complicated by the presence of corpses whose number was increasing, for not finding an adequate way to treat the sick. The effects were multiplying, affecting the rights to life, health, economy, environment and nature. However, constitutional and secondary legislation at the local level specifies that the State is obliged to comply, through environmental management policies that include the protection of the rights of nature, through the principles of pro natura, protection of ecosystems, biodiversity and all living organisms.

PALABRAS CLAVES

Pachamama biodiversidad epistemología biocéntrico gestión

KEY WORDS

Pachamama biodiversity epistemology biocentric management

I. INTRODUCCIÓN

Es conocido, que los principios y derechos al ambiente sano, ecológicamente equilibrado y de la Pachamama o naturaleza, a nuestro juicio deben estar regulados por el Estado. Por medio de políticas de gestión ambiental en torno al desarrollo sustentable, que son de cumplimiento obligatorio para personas, naturales o jurídicas, para todos los colectivos, pueblos y nacionalidades en el caso ecuatoriano así lo dispone el ordenamiento constitucional y secundario ambiental. De esta manera, los derechos de la naturaleza y del ambiente, están regulados por el Estado por medio de las políticas de Gestión Ambiental, convirtiéndose en una herramienta que permite controlar, precautelar, todos los aspectos que pueden minimizar e incluso eliminar todos los impactos que generen las actividades negativas llevadas a cabo por las personas naturales, así como por las jurídicas (industrias, empresas) en contra del ambiente y de la naturaleza. En el contexto de la crisis global ocasionada por la pandemia del Covid 19, de qué manera el Estado utilizó el entorno eco – virtual comunicacional para que la ciudadanía pueda estar permanentemente informada?, sobre todo, como se pudo adaptar al aislamiento y además a esta nueva forma de vida impuesta. Ante esta

realidad, los sistemas sanitarios de nuestros países colapsaron. No estaban los gobiernos preparados para la pandemia, el costo de vida fue alto, familias enteras que se quedaron sin sus seres queridos, en confinamiento total y luego sin trabajo. La solidaridad de los pueblos se puso en evidencia como valores, éticos, morales, culturales.

DESARROLLO

1. El Desarrollo sustentable o sostenible y la Gestión Ambiental del Estado en los Derechos de la Naturaleza y el Ambiente.-

El Art. 10 de la Constitución de la República del Ecuador, dispone: *“La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución”*; en armonía con los artículos 71 al 74, en que se reconoce a la naturaleza los siguientes derechos: 1) *el respeto integral de su existencia, el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos* y 2) *El derecho a la restauración constante en el artículo 396 en que dispone en el segundo inciso que: “la restauración deberá ser integral”*.

La CRE, utiliza el desarrollo sustentable al igual que el desarrollo sostenible incorpora *transversalmente*. Con la obligación de acatar en toda actividad y proceso productivo dicho principio, para lograr el *sumak Kawsay Buen vivir* y el respeto a la naturaleza, a la equidad intergeneracional entorno a la visión biocéntrico (seres humanos-Naturaleza, bienes jurídicos protegidos (CRE-COA-COIP), los principios “pro natura”, “prevención” la “reversión de la carga de la prueba”, “el contaminador pagador”; que por su parte, el de Responsabilidades Comunes pero diferenciadas.

Todos estos principios y derechos de la naturaleza, a nuestro juicio deben estar regulados por el Estado, por medio de políticas de gestión ambiental, que sean de cumplimiento obligatorio para personas, naturales o jurídicas, para todos los colectivos, pueblos y nacionalidades en el caso ecuatoriano así lo dispone el ordenamiento constitucional. De esta manera, los derechos de la naturaleza y del ambiente, están regulados por una Gestión Ambiental, que se convierte en una herramienta que permite que se controle todos los aspectos que pueden minimizar e incluso eliminar todos los impactos que generen las actividades llevadas a cabo por las personas naturales, así como por las jurídicas (industrias, empresas). La Constitución de la República del Ecuador estipula en el Art. 399.- El ejercicio integral de la tutela estatal sobre el ambiente y la corresponsabilidad de la ciudadanía en su preservación, se articulará a través de un sistema nacional descentralizado de gestión ambiental, que tendrá a su cargo la defensoría del ambiente y la naturaleza.

De este mandato constitucional, se establece el Sistema Descentralizado de Gestión Ambiental como un mecanismo de coordinación transectorial, interacción y cooperación entre los distintos ámbitos, sistemas y subsistemas de manejo

ambiental y de gestión de recursos naturales. En el sistema participará la sociedad civil de conformidad con esta Ley, que se encuentra en el Código Orgánico del Ambiente, en el Art. 3, menciona los fines del Código, establece los instrumentos fundamentales del Sistema Nacional Descentralizado de Gestión Ambiental y la corresponsabilidad de la ciudadanía en su aplicación. En armonía con el Art. 12 ibidem, determina que el Sistema Nacional Descentralizado de Gestión Ambiental permitirá integrar y articular a los organismos y entidades del Estado con competencia ambiental con la ciudadanía y las organizaciones sociales y comunitarias, mediante normas e instrumentos de gestión. El Sistema constituirá el mecanismo de orientación, coordinación, cooperación, supervisión y seguimiento entre los distintos ámbitos de gestión ambiental y manejo de recursos naturales, y tendrá a su cargo el tutelaje de los derechos de la naturaleza y los demás establecidos en este Código de conformidad con la Constitución. Las entidades y organismos estatales sin competencia ambiental serán responsables de aplicar los principios y disposiciones de este Código.

Además, la gestión ambiental en el Ecuador se fundamentará básicamente en los principios de solidaridad, de corresponsabilidad, de cooperación y de coordinación entre todos los habitantes del Ecuador (personas, pueblos, nacionalidades y colectivos, establecido en el Art. 11, donde además la naturaleza es sujeto de derechos), dirigidas a garantizar el desarrollo sustentable, en base al equilibrio y la armonía entre lo social, lo económico y lo ambiental. Criterios similares, guiarán al Ecuador en sus relaciones con los demás países y pueblos del mundo a fin de que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción y competencia o fuera de ella no perjudiquen a otros Estados y zonas sin jurisdicción, ni tampoco que sea perjudicado por acciones de otros. La visión transnacional, se vincula por medio de la particular mención y decisión de propender a la cogestión racional y sostenible de recursos compartidos con otros países y Estados.

Por su parte, el Art. 395 de la Constitución reconoce los principios ambientales en el numeral dos, menciona que las políticas de gestión ambiental se aplicarán de manera transversal y serán de obligatorio cumplimiento por parte del Estado en todos sus niveles y por todas las personas naturales o jurídicas en el territorio nacional. El Estado facilita la gestión ambiental como una organización que controla todas sus actividades, servicios y productos que pueden causar algún impacto sobre el medio ambiente, además ayuda a minimizar todos los impactos ambientales que generan su operación. La responsabilidad del Estado en relación a la gestión pública ambiental está enfocada en la gestión de las categorías “causa y efecto”, es decir, donde todas las actividades, servicios y productos ofrecidos por la organización e instituciones del Estado y el sector privado, son la causa y los efectos resultan del impacto que estos generen sobre el medio ambiente y la naturaleza. Los impactos pueden ser causados, por cambio de temperatura del agua de un arroyo cercano, por aumento de la tasa de personas con asma, debido a que las poblaciones se encuentran cercanas a las industrias o empresas, que causan la contaminación producida en un terreno colindante a la organización debido a infiltraciones.

Numeral 11 determina las atribuciones de la Autoridad Ambiental Nacional como entidad rectora de la política ambiental nacional, las competencias ambientales de

los Gobiernos Autónomos Descentralizados y la implementación del Sistema Nacional Descentralizado de Gestión Ambiental.

En el Art. 8 numeral 2 y 4 del Código Orgánico del Ambiente nos menciona las Responsabilidades del Estado en relación a la gestión pública ambiental sin perjuicio de otras establecidas por la Constitución y la ley, las responsabilidades ambientales del Estado son: Articular la gestión ambiental a través del Sistema Nacional Descentralizado de gestión Ambiental, de conformidad con la Constitución, el presente Código y demás leyes pertinentes, garantizar la participación de las personas, comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades en la formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas, normas y de la gestión ambiental, de conformidad con la Constitución y la ley.

El Art. 15 del Código Orgánico del Ambiente nos menciona los instrumentos del Sistema Nacional Descentralizado de Gestión Ambiental. Para el ejercicio de la gestión ambiental se implementarán los instrumentos previstos en la Constitución, este Código y la normativa vigente, en concordancia con los lineamientos y directrices que establezca la Autoridad Ambiental Nacional, según corresponda, entre los cuales se encuentran: 1. La educación ambiental.

2. La investigación ambiental.

3. Las formas de participación ciudadana en la gestión ambiental.

4. El Sistema Único de Información Ambiental.

5. Los fondos públicos, privados o mixtos para la gestión ambiental. 6. El Sistema Nacional de Áreas Protegidas, la conservación y manejo de la biodiversidad. 7. El Régimen Forestal Nacional.

8. El Sistema Único de Manejo Ambiental.

9. Los incentivos ambientales.

10. Otros que se determinen para el efecto.

El Estado Ecuatoriano, sin perjuicio de atender todos los asuntos relativos a la gestión ambiental en el país, dará prioridad al tratamiento y solución de los siguientes aspectos reconocidos como problemas ambientales prioritarios del país:

- La pobreza, (agravada por el alto crecimiento poblacional frente a la insuficiente capacidad del Estado para satisfacer sus requerimientos, principalmente empleo).

- La erosión y desordenado uso de los suelos.

- La deforestación.

- La pérdida de la biodiversidad y recursos genéticos.

- La desordenada e irracional explotación de recursos naturales en general.

- La contaminación creciente de aire, agua y suelo.

- La generación y manejo deficiente de desechos, incluyendo tóxicos y peligrosos.

El estancamiento y deterioro de las condiciones ambientales urbanas.

Los problemas de salud nacional por contaminación y malnutrición.

- El proceso de desertificación y agravamiento del fenómeno de sequías.

- Los riesgos, desastres y emergencias naturales y ambientales.

A nuestro juicio, es necesario aclarar que la gestión ambiental del Estado, irradia sobre los gobiernos seccionales, como son los provinciales y municipales. Dentro de las entidades reguladoras de la gestión ambiental, a nivel provincial se puede hablar de la “Autoridad Ambiental de Aplicación Responsable (AAAR), es la institución cuyo sistema de evaluación de impactos ambientales ha sido acreditado ante el Sistema Único de Manejo Ambiental, y que coordina el proceso de evaluación de impactos ambientales, su aprobación y licenciamiento ambiental dentro del ámbito de sus competencias” (Instituto Nacional de Estadísticas y Censos-INEC, 2014). En este contexto en el Ecuador, solo cuatro de los Gobiernos Autónomos Provinciales y Municipales, se encuentran acreditados como AAA, lo cual les faculta “llevar los procesos relacionados con la prevención, control y seguimiento de la contaminación ambiental en su circunscripción con las limitaciones previstas en la normativa aplicable.”

1.1 La gestión pública y su responsabilidad en personas jurídicas y la ONGS

Las políticas y normas públicas de la gestión ambiental, como hemos referido, están orientadas a regular las intervenciones del ser humano sobre su entorno natural para proteger la vida en general y la propia reproducción humana. Su objetivo es, por tanto, proteger el patrimonio natural del país mediante la regulación de actividades productivas, de los asentamientos humanos, del uso de los recursos naturales. (Gómez, Aguirre, Duran, & Salazar, 2004)

Para (Gómez, Aguirre, Duran, & Salazar, 2004) tratan que manifestar que La conservación y el aprovechamiento equilibrado de los recursos naturales son la base para un desarrollo económico sostenible, pero también la base para proteger y promover el mejoramiento de la calidad de vida social y cultural de nuestros pueblos. Por ello, la gestión ambiental pública debe responder a una visión integral de las relaciones del ser humano con la naturaleza y con sus necesidades de desarrollo.

En el Ecuador existe una autoridad ambiental nacional que es el Ministerio del Ambiente. Sin embargo, muchas competencias ambientales forman parte de los ámbitos de gestión de otras instituciones públicas del Ejecutivo y son parte también de los ámbitos de gestión de los gobiernos seccionales. Como se verá más adelante, esta circunstancia ha creado una verdadera maraña de instituciones con competencias fragmentadas y superpuestas, que terminan debilitando la eficacia de la gestión pública en los temas ambientales. (Gómez, Aguirre, Duran, & Salazar, 2004).

1.2. La Responsabilidad de las personas jurídicas en torno a los Derechos de la Naturaleza y el Ambiente.

Partiendo, de la óptica descriptiva como se produce una responsabilidad en personas jurídicas en temas de la naturaleza y el ambiente?, diríamos que las industrias y empresas deben comprometerse de manera periódica a analizar nuevas tecnologías o procesos que permitan minimizar los impactos negativos a la

naturaleza y al ambiente. El sistema de gestión ambiental tiene el compromiso de cumplir con la normativa legal vigente, y toda organización puede establecer sus propias políticas ambientales internas para ser implantadas de acuerdo a la razón de ser de las mismas, apegándose siempre a la Guía de Buenas Prácticas Ambientales emitida por el Ministerio del Ambiente. (González & Ronquillo, 2019) Según (González & Ronquillo, 2019) dicen que el desarrollo sostenible se encuentra basado en la eco eficiencia, es decir, producir más con menor utilización de recursos y menor contaminación. El cual se realiza un análisis de la compatibilidad existente del crecimiento económico con la protección medio ambiental y se proponen soluciones para transformar los costos en el tratamiento de los recursos naturales, incitando a las empresas a ser más competitivas, más innovadoras y más responsables con el entorno de los ecosistemas y la biodiversidad existente.

1.2. Responsabilidad de la ONGs en torno a los Derechos de la Naturaleza o del Ambiente.

En cuanto a su labor, se dice que las ONGs, juegan un rol central en la construcción de una democracia más participativa y abierta, mediante la articulación y canalización de intereses diversos, opiniones y posiciones de diferentes sectores de la sociedad civil; sin que esto signifique la representación política jurídica de la ciudadanía. (Paredes, 2010).

En consecuencia, el principio fundamental de las ONGs, radica en su función social de ayuda a los grupos más necesitados en una actitud meramente filantrópica y de independencia formal y anti-Estado, la evolución histórica de su institucionalidad no refleja la lealtad a tal principio, pues a mediados de los 80 esa imagen de ruptura con el Estado es sustituida por otra de conciliación y colaboración con los intereses públicos. Incluso los autores que se congratulan con la labor de las ONG manifiestan que debido a la crisis de financiamiento vivida en los 80 y 90s las ONG empezaron a incursionar en actividades empresariales y de venta de servicios y consultorías, olvidándose así de su definición inicial “antigubernamental y sin fines de lucro. (Paredes, 2010).

1.3. La Responsabilidad del Estado con la Ciudadanía en el cumplimiento de vivir en Un ambiente sano.

La Constitución del Ecuador, como la mayoría a nivel latinoamericano y global, reconoce el “derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado” *que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, sumak kawsay. En el inciso 2do. Se declara de interés público la preservación del ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país, la prevención del daño ambiental y la recuperación de los espacios naturales degradados.*”

Reconoce asimismo el derecho de acceso a la información pública y a participar en los asuntos de interés público, agregando que toda decisión o autorización estatal que pueda afectar al ambiente deberá ser consultada a la comunidad. La

Constitución reconoce además de manera expresa el derecho de acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva en temas ambientales.

Este artículo de la carta magna, refiere exclusivamente a la responsabilidad que tiene el Estado en obligarse a proteger el buen vivir de la ciudadanía y a mantener un ambiente sano, que pueda garantizar los recurso y mantenga un ecosistema prospero. Obviamente, acotando el principio de subsidiaridad, que se encuentra enmarcado en el artículo 9 del Código Orgánico Ambiental.

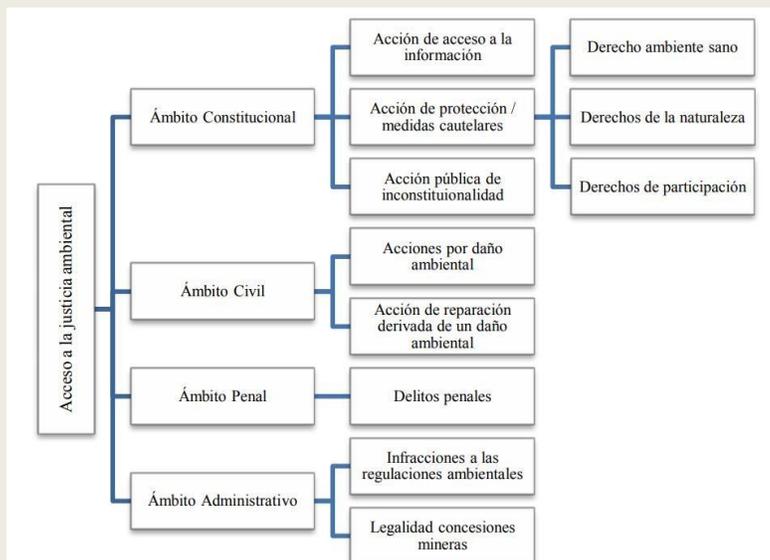
Existe una diversidad de acciones judiciales y de tutela efectiva que se pueden interponer cuando los derechos de acceso, el derecho al ambiente sano y derechos de la naturaleza han sido vulnerados.

1.4.- El daño al ambiente y a la Naturaleza.

Se encuentra contextualizado como ya lo hemos expresado en el ámbito constitucional, con responsabilidades en lo civil, administrativo y penal. Este último, se configura por medio del Código Integral Penal (COIP) donde se ha incluido nuevos tipos penales ambientales adicionales a los delitos ambientales de la naturaleza, la biodiversidad, contra la flora y fauna, contra el agua, el suelo, el aire, por la apropiación indebida de hidrocarburos, del sector minero. Adicionalmente, se ha concebido a las acciones legales por daños ambientales como imprescriptibles tanto en la acción como en la pena.

Respecto de las penas, se establece que aparte de las sanciones aplicables a cada caso específico, también se aplicarán de forma conexas la obligación de restaurar integralmente los ecosistemas y la compensación, reparación e indemnización a las personas y comunidades afectadas por los daños.

Al mismo tiempo, se introducen penas específicas para las personas jurídicas cuando cometen delitos ambientales; entre ellas: multas, comisos penales; clausura temporal o definitiva del establecimiento; realizar actividades en beneficio de la comunidad sujetas a seguimiento y evaluación judicial; remediación integral de los daños ambientales causados; disolución de la persona jurídica; prohibición de contratar con el Estado temporal o definitivamente. Son de especial relevancia en la esfera ambiental la obligación de realizar actividades en favor de la comunidad y la remediación integral de los daños ambientales.



1.4 EPISTEMOLOGÍA EDUCATIVA AMBIENTAL

1.4. Epistemología educativa ambiental.

1.5. Epistemología de la educación ambiental.

En este apartado, e implementando la epistemología o en palabras sencillas el conocimiento basado en educación ambiental, haremos referencia a la nueva cultura digital que consumismo, como necesidad junto a los paradigmas señalados en la actualidad de la informática, la red, el chat, WhatsApp. Por tanto, se debe mencionar lo siguiente:

Se desarrolla una pregunta para continuar con la explicación. ¿La tecnología nos facilita en su minoría la contaminación ambiental o aumenta el estado de polución a nivel de la globalización?

Lo que requiere contestar, que es un tema en el ámbito social, económico, político, cultural, ecológico, educativo y axiológico. Lo que permite usar estas teorías para que muchos estudiantes apliquen el diseño mentalizado en ideas de no causar daños negativos e irreparables a la Pachamama o naturaleza y al medio ambiente, e incluya la cultura de valores.

El modelo socio constructivista se convierte en una herramienta importante en el plano educativo ambiental. La investigación científica de la mano de la conservación de la naturaleza y de sus entornos, conformado por ecosistemas (agua, suelo, aire), biodiversidad (flora, fauna, microclimas) y del desarrollo social permite crear modelos de conservación basados en las necesidades reales de la sociedad. La importancia surge desde las investigaciones universitarias, donde se pueden profundizar holísticamente, la problemática social y crear soluciones ecológicamente ambientales amigables, que permitan la conservación de los recursos naturales renovables y no renovables, a la par con el desarrollo económico sustentable o sostenible (en el Ecuador, se utilizan los dos términos).

Es necesario que la educación ambiental que se realiza en las comunidades involucre a los actores sociales que conducen la vida en la comunidad e incluya métodos y prácticas educativas diseñadas para acentuar su enfoque interdisciplinar e intersubjetivo. Al combinar la cartografía social y la educación ambiental comunitaria se establecen puntos de conexión y diálogo, que promueven la construcción de bases más definidas en la materialización de comunidades sostenibles. Milanés, O. A. G., Gallardo, L. M., & Bermúdez, Á. R. (2022).

El Estado Ecuatoriano asignará la más alta prioridad, como medios para la gestión ambiental a) a la educación y capacitación ambientales, como partes integradas a

todas las fases, b) modalidades y asignaturas de la educación formal e informal: c) la capacitación general; la información en todas sus modalidades; d) la ciencia y tecnología, privilegiando la investigación, la aplicación de tecnologías endógenas y la adaptación conveniente de las provenientes del exterior. e) Así mismo, impulsará el establecimiento de un sistema permanente de ordenamiento territorial como herramienta necesaria para promover el desarrollo sustentable y, por lo tanto, para la gestión ambiental adecuada.

Actualmente, existen diversos programas públicos y privados que las escuelas, colegios y universidades pueden adoptar para promover la conservación de recursos naturales, pero el que ha tenido más auge a nivel nacional es el programa bandera azul ecológico. Este impulsa el trabajo en equipo de la mano del socio-constructivismo, como herramienta de mitigación y gestión de impactos negativos en la comunidad escolar. Este tipo de programas fomenta la investigación, ejecución y conciencia socioambiental en el estudiantado en todos los niveles académicos.

El uso de las TICs, los nuevos modelos de aprendizaje unido al contexto de redes sociales alimentándose también de contenido que puede ser cognitivo si el investigador quiere aprender sobre educación medio ambiental, no usar la tecnología para distracción, sino también para construir educación. Conforme lo expresado por Mesén Mora (2019).

Por consiguiente, se trata de adaptarse a la educación digital comunicacional eco – virtual, lo que con lleva a la transformación del conocimiento, donde priorice a los jóvenes investigadores a situarse a la esfera del desarrollo socio-cultural para construir el proceso evolutivo buscando condiciones de vida para estudiar perseverando al medio ambiente.

Respecto a la educación ambiental y los objetivos en el Decenio de las Naciones Unidas sobre la Educación para el Desarrollo Sostenible, señaló que la herramienta clave que posibilite un desarrollo sostenible sería la educación ambiental; a su vez surge la Agenda 2030 junto con los ODS mencionando en el objetivo cuatro metas 1) Buscar de aquí a 2030 que los estudiantes a nivel mundial puedan adquirir conocimientos teóricos-prácticos y así mediante estilos de vida saludables, derechos humanos, con una cultura de paz, también generar una ciudadanía mundial en el que se valore la diversidad cultural para dar inicio a una cultura que fomente el desarrollo sostenible.(Naciones Unidas, 2018).

Cualquier enfoque de la educación ambiental sería aceptable siempre que esté referido a los objetivos de la institución educativa relacionados siempre con las problemáticas locales, con las necesidades y que los enfoques trabajados desde la parte conceptual permitan favorecer el cambio de elementos tanto críticos como socio-cognitivos.

Con la educación ambiental se trata de alcanzar una visión global del problema ambiental, donde no sólo se mire la relación hombre naturaleza, sino la triada:

hombre-hombre y ambiente. El ambiente nos ha hecho humanos, nos ha modificado y transformado, ha desarrollado nuestras conductas y actitudes; y, desde ellas hemos actuado a través de estrategias para incorporar el componente ambiental en el diseño de carreras técnicas y humanísticas. En el momento actual, con más urgencia se presenta la necesidad de asumir la educación ambiental en la población en general y en los profesionales en sí, se trata de mejorar nuestra cultura en todos los niveles, orientada a la comprensión, preservación y uso sustentable del medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado como principio incorporado no solo en el ordenamiento jurídico, sino en toda gestión ambiental, donde intervengan las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades.

A todo este entorno social, ambiental, hay que agregar la suma de valores, aprendizajes de educación ambiental, es lo que se propone actualmente a nivel educativo, recopilando el comportamiento de los seres humanos hacia la Pachamama o naturaleza, con la finalidad de aprendizaje:

- a) Campañas de protección en el medio ambiente en los colegios y las escuelas, explicando el plan de acción los motivos y la finalidad de proteger el medio ambiente.
- b) Campañas mensuales en las empresas para disminuir los riesgos laborales y así también aportar a las ODS.
- c) Proponer cursos mensuales de educación ambiental que motiven a la sociedad a realizar campañas digitales para preservar el medio ambiente.
- d) Exponiendo sobre ideas de corporaciones, hoy algunas empresas que reciclan grandes cantidades de ropa, ACTECO, ASIRTEX Y Madre coraje, la finalidad es la valorización de ropa usada para reciclar, no desechar el proceso del textil que implica el uso de la mano de obra en cuanto al daño que causan a muchos animales y asimismo a las plantas y a los árboles es el error de la contaminación y el consumismo sin control.
- e) El reciclaje de Pvc, cartones, botellas de vidrio, que ayudarán a contaminar menos y disminuir los niveles de basura, que en el caso de Guayaquil nuestra ciudad natal de 2500 a 3000 toneladas se produce y desechan a diario.

Sin embargo, se deberían proponer ideas educativas en relación con el medio ambiente, obligar en los colegios, las universidades enseñarles a proponer campañas para reciclar ropa, por lo que cada año se desecha muchos productos textiles, sin pensar cual es el proceso de elaboración. En el sector textil se añade

la contaminación por tintes, el proceso del tratado del textil con la suma de las prácticas culpables es del 20% polución del agua.

La estrategia a utilizar sería implementar acuerdos de la regulación disminuyendo el uso masivo de ropa, aplicando la acción de lo que se hacía muchos años atrás era prestarse ropa entre hermanos, recolección de ropa y hacer ventas de garajes, pero en este caso realizar una propuesta de marketing digital para vender ropa a favor de concientizar a la juventud del problema ambiental que está causando el aumento de la producción y el despilfarro textil.

La tecnología apporto masivamente el contacto visual virtual, hay que adaptarse, pero no estuvo al alcance de todos, personas con bajos recursos económicos no continuaron educándose, no existió equidad, pero el plan digital educativo colaboro con el sistema de educación mundial.

2. ORIGEN DE LA PANDEMIA COVID 19.

Surge de improviso, la pandemia del Covid 19 en China a finales del 2019, que se propagó inmediatamente a tal punto, que el mundo amaneció a partir de marzo del 2020 en aislamiento, afectando a más de 90 países y a la mitad de la población, además de las restricciones y confinamientos o reclusiones en casa, a lo que se agrega la presencia del Nuevo Orden Internacional, impuesto por las grandes superpotencias económicas en especial China y sus diferencias con los Estados Unidos y sus aliados, donde en la mayoría de los casos pasó la economía a ser defendida por las corporaciones y transnacionales por encima del principio prioritario a la salud y al derecho a la propia vida y con ello al medio ambiente sano y a los derechos de la naturaleza.

Las emisiones de energía de consumo y extracción provienen de hidrocarburos, gas, minería con el 46%, agricultura 18%, 15% transporte, China y Usa, la UE, la India, utilizan el 80%, américa el 9%, áfrica el 6%, Oceanía el 1.5%.

La pandemia afectó negativamente al entorno social, familiar, a la crisis sanitaria sin precedentes, con sistemas de salud en bancarrota como nuestro país, al aumento de la violencia de género, conllevó a la disminución y al incumplimiento de la agenda de desarrollo sostenible, que redundo en la lucha por la reducción de la pobreza, y más bien se aumentó las inequidades y desigualdades en la región, con la pérdida de empleo que se calcula para América Latina en 140 millones, según la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

La contaminación ambiental al ecosistema aire afectó el tracto respiratorio en el sector informal de la economía que estaban obligados a salir a trabajar para sobrevivir, en mega-ciudades como Sao Paulo, Río, Santiago, Bogotá y México,

se utiliza no solo calefacción, en los lugares donde habitan los menos favorecidos y excluidos, (favelas, villas miserias) se utiliza leña como calefacción, lo que conlleva a la deforestación ilegal, derivando en incendios forestales en la región amazónica de Brasil, afectó a las reservas indígenas en la Amazonía del Ecuador 11.500 casos (MSE). Los gobiernos se dedicaron el 100% a tratar de superar y controlar la pandemia, con la recuperación económica, la corrupción de funcionarios públicos, a costa de la vida de conciudadanos por negociados en las medicinas, a los trabajadores con leyes contrarias a los principios de irrenunciabilidad de derechos, de liquidación y reducción de horas en línea, contrarias al ordenamiento jurídico con leyes llamadas humanitarias, que precisamente no tenían nada de ello.

Asimismo, con la reducción en un 80% del transporte público y de las carreteras, se redujo en este caso el nivel de monóxido de carbono y anhídrido carbónico, así como el humo de las industrias, produciéndose lo inverosímil, que venados, por ejemplo, asomen en las grandes ciudades, que los nevados como el Chimborazo se los divise a kilómetros de distancia, las aguas de Venecia asomen sin contaminación y hasta con peces.

En consecuencia, el Covid - 19 nos demostró el aprendizaje de valorar a los seres humanos, el medio ambiente, a la Pachamama y ser solidario o por el contrario después de la pandemia se sumaron más actividades que promueven el consumo para tener más mentes vacías de información global ambiental, además valoramos el hecho cierto de asistir con más frecuencia a clases y tener contacto visual con la sociedad y explicar el contexto del consumismo capitalista en época de globalización, que en el nuevo orden internacional, se apreciaba más la economía, que la propia vida. Cuando en la práctica el principio del derecho a la vida, está por encima del derecho económico, demostrado por médicos, enfermeras, camilleros, laboratoristas, la sociedad civil, la policía, bomberos y el ejército, que ofrendaron incluso su vida por atender a los demás, son los verdaderos héroes. Las cifras de la OMS determinan que más de seis millones ofrendaron sus vidas y más de 150 millones de contagiados a nivel mundial.

El Secretario General de las Naciones Unidas, el físico portugués Antonio Guterres, ante la evidencia que se fracasó en asumir las grandes potencias el compromiso de reducir los gases de “efecto invernadero”: manifestó sobre todo a los jóvenes asistentes a la COP26 en Glasgow-Escocia en diciembre 2021 (*generación milenium y zetas, que se comunican eco-virtualmente*), a las comunidades indígenas, las mujeres lideresas del cambio climático: “Sé que están decepcionados, pero el camino del progreso no siempre es en línea recta”. Despidiéndose hasta la nueva cumbre en Egipto COP 27. 2022.

China una de las potencias contaminadoras al igual que USA en un 41%, se comprometieron verbalmente a reducir los gases de efecto invernadero, hay que ver en la práctica se cumplen o no, han pasado 30 años desde Kioto-Japón y no lo han hecho. Además, a impulsar la cooperación climática durante la década siguiente, introdujeron en su propuesta a lo que se sumó India, la “reducción progresiva del uso del carbono”, hay que recordar que no firmaron el Convenio Kioto de 1992. Otro compromiso asumido por líderes de 120 países, que representan el 90% de los bosques del mundo, es la reducción de la deforestación para 2030.

CONCLUSIONES

Los Estados deben dar la continuidad a la atención de la pandemia, sobre todo con la presencia de cepas como el *omicrón* y las que estén por venir, al igual que la emergencia climática, con cambios sistémicos debiendo procurar que los ecosistemas en conjunto con las vertientes de agua se recuperen.

La necesaria instrumentación y Uso de energías limpias, como la eólica, fotovoltaica solar, se emplean 627 Gigavatios en el mundo, equivale al 22% a nivel global China y USA primeros lugares, Alemania, Reino Unido y la UE, en Latinoamérica los países que mejor la emplean Brasil 165 Gv, Argentina, Chile, Uruguay, Perú y Colombia.

Para que se puedan realizar dichas gestiones, es necesario el cumplimiento de la Constitución y demás leyes, como el Código Orgánico del Ambiente, el Código Orgánico Integral Penal (COIP) para los daos al medio ambiente y la naturaleza y en diferentes doctrinas que hemos investigado radica en poder incentivar, proteger y priorizar el cuidado de la naturaleza y del medio ambiente.

La educación ambiental y los derechos de la naturaleza, es un imperativo que deben ser instrumentados en los proceso educativos de enseñanza y aprendizaje, no solo a los estudiantes, sino a sus padres y familiares desde primaria, a su vez plasmar esta defensa en toda la sociedad y en los diversos gobiernos del país, mediante la creación de gestión y de proyectos que ayuden a la incentivación de vivir en una ambiente sano y ecológicamente equilibrado que alcance la finalidad del buen vivir o *sumak kawsay*.

También vemos como en las diferentes normativas que se han utilizado en el presente artículo, se enfoca a la responsabilidad del Estado para la incentivación y la protección de la naturaleza y el medio ambiente, que en el caso ecuatoriano lo hace extensible a las personas naturales, jurídicas, comunidades, pueblos y nacionalidades. ya que, si no se cumple con dichas disposiciones, se debe aplicar lo que determina el COIP, como normativa especial que sanciona a las infracciones que sean cometidas dentro del territorio ecuatoriano que pueda afectar a la naturaleza, a los ecosistema y a la biodiversidad del territorio nacional, incluido el Régimen especial de las islas Galápagos único del mundo y de la Amazonía.

BIBLIOGRAFÍA

Gómez, J. A., Aguirre, M. C., Duran, J. D., & Salazar, C. J. (2004). *Gestión Pública de los Recursos Naturales*. Quito : Consorcio CAMAREN.

González, E. E., & Ronquillo, M. A. (2019). Gestión ambiental de las empresas públicas y privadas en la ciudad de Guayaquil. *Universidad oriente*, 1-5.

Mesén Mora, L. (2019). <https://www.revistas.una.ac.cr/index.php/ensayospedagogicos/article/view/11854/16115>

Milanés, O. A. G., Gallardo, L. M., & Bermudez, Á. R. (2022). Educación ambiental e cartografía social: experiencias en una comunidad de Holguín, Cuba. *Sociedade & Natureza*, 32, 560-572.

Paredes, T. D. (2010). *ONG Y ESTADO*. Quito : FLACSO .

<https://observatoriop10.cepal.org/es/instrumentos/codigo-organico-ambiente>

http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2218-36202018000200234#B4

Constitución de la República del Ecuador, Asamblea Constituyente (2008).

https://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/77344/Baylon_CRG-SD.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Diseño e impresión: EDILOJA Cía. Ltda. Telefax: 593-7-2611418 San Cayetano Alto s/n www.ediloja.com.ec • edilojainfo@ediloja.com.ec

<https://unl.edu.ec/sites/default/files/archivo/2021-02/EL%20COMPONENTE%20AMBIENTAL%20EN%20EL%20DISENO%20D%20%20E%20CARRERAS%20TE%CC%81CNICAS%20Y%20HUMANI%CC%81STICAS.pdf>

EVALUACIÓN DEL PAPEL DE LOS MASC'S DENTRO DEL SISTEMA DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Autora. Leonor Narcisa de Jesús Murillo Sevillano. Abogada de los Tribunales y Juzgados del Ecuador y Doctora en Derecho por la Universidad de Guayaquil. Especialista en Arbitraje y Mediación. Especialista en Derecho del Trabajo. Master en Derechos Fundamentales y Justicia Constitucional. Master e Derechos de Familia. Ex Jueza Provincial Sala de lo Laboral. Ex Presidenta Segunda Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia. Ex Asesora de la Corte Constitucional del Ecuador. Ex docente Universidad Laica de Guayaquil. Docente Universidad de Guayaquil, Facultad de Jurisprudencia. Social y Laboral.

RESUMEN

El tema que nos convoca, que se refiere a la Evaluación del papel de los MASC's (Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias o ADR, en sus siglas en inglés), dentro del sistema de administración de justicia en el Ecuador, que contienen Negociación, Conciliación, Mediación y Arbitraje, se constituyen hoy por hoy, en una verdadera alternativa, ante la justicia tradicional. Agravado por la presencia de la pandemia del Covid 19, a nivel global, utilizando la informática y los sistemas eco virtuales, para ayudar a encontrar una vía favorable y menos costosa, ahorrando tiempo, en la solución de conflictos por medio de estos mecanismos extrajudiciales. A no dudarlo, los medios alternativos de resolución de conflictos han sido los primeros en haber atravesado toda una historia de desavenencias por medio de trabación de Litis o litigación entre partes o contra el Estado, a lo largo de las diferentes etapas que lleva de recorrido la humanidad. En la última década del siglo XX pasado, se inicia el proceso de globalización, como consecuencia de la desaparición de la ex Unión Soviética y su sistema. Y a nivel internacional y nacional, se comienzan aplicar los MASC's, como nuevo paradigma o forma de resolución de conflictos, hasta este nuevo trimilenium, en que podemos decir que a través de la comunicación virtual sobre todo en los dieciocho meses de pandemia del Covid 19, se resolvieron mediante la vía de mediación, de arbitraje o laudo arbitral, como nuevo paradigma utilizado tanto a nivel público, como privado, como medios adecuados de resolución de conflictos.

ABSTRACT

The issue that summons us, which refers to the Evaluation of the role of the MASC's (Alternative Dispute Resolution Mechanisms or ADR, in its acronym in English), within the system of administration of justice in Ecuador, which contain Negotiation, Conciliation, Mediation and Arbitration, are constituted today, in a true alternative, before the traditional justice. Aggravated by the presence of the Covid 19 pandemic, at a global level, using computing and virtual echo systems, to help find a favorable and less expensive way, saving time, in the resolution of conflicts through these extrajudicial mechanisms. Without hesitation, alternative means of conflict resolution have been the first to have gone through a history of disagreements through Litis or litigation between parties or against the State, throughout the different stages that humanity has traveled. In the last decade of the last twentieth century, the process of globalization began, as a result of the disappearance of the former Soviet Union and its system. And at the international and national level, the MASC's begin to be applied, as a new paradigm or form of conflict resolution, until this new trimilenium, in which we can say that through virtual communication especially in the eighteen months of the Covid 19 pandemic, they were resolved through mediation, arbitration or arbitration award, as a new paradigm used both at the public and private levels, as adequate means of conflict resolution.

PALABRAS CLAVES

Laudo arbitral método alternativo teleológico eco -virtuales

KEY WORDS

Arbitral award alternative method teleological eco-virtual

I.-

ÌNDICE

II.- Introducción.....	2-3
III.- Desarrollo de la Tarea.....	4
1.- Antecedentes de los MASC's.....	4-6
1.1.- Qué son los MASC's.....	6
1.2.- Objetivos de los MASC's.....	6-7
1.3.- Ventajas al aplicar los procedimientos MASC's.....	7
1.3.1.- En el contexto de la Negociación.....	7

1.3.2.- La Mediación y Comediación.....	8-9
1.3.3.- El Arbitraje.....	9-12
1.3.3.1.- Los problemas presentados en el reconocimiento y ejecución de Laudos Arbitrales.....	12-14
IV.- Conclusiones y Recomendaciones.....	14-15
v.- Bibliografía y Linkografía utilizada.....	15-16

II.- INTRODUCCIÓN

El tema en referencia, sobre la Evaluación del papel de los MASC's (Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias o ADR, en sus siglas en inglés), que contienen Negociación, Conciliación, Mediación y Arbitraje), dentro del sistema de administración de justicia, se constituyen hoy por hoy, en una verdadera alternativa, ante la justicia tradicional. Agravado por la presencia de la pandemia del Covid 19, a nivel global, utilizando la informática y los sistemas eco virtuales, para ayudar a encontrar una vía favorable y menos costosa, ahorrando tiempo, en la solución de conflictos por medio de estos mecanismos extrajudiciales. A no dudarlo, los medios alternativos de resolución de conflictos han sido los primeros en haber atravesado toda una historia de desavenencias por medio de trabación de Litis o litigación entre partes o contra el Estado, a lo largo de las diferentes etapas que lleva de recorrido la humanidad. Recordemos que desde los estadios de las sociedades comunitarias y en la historia bíblica, han existido los conflictos, desde el orden familiar fratricidio (Caín y Abel), religioso, social, cultural, político y amoroso desde las cosmogonías griegas con (Helena y París), motivo de guerra y bíblicas (Sansón y Dalila)

Así nuestros antepasados los utilizaron para resolver en caso de violencia desde las tribus, donde el patriarca era consultado y tomaba su decisión la cual era acatada por todos sus integrantes, de aquí nace la costumbre, por ejemplo, cuando se disputaban entre dos guerreros el amor de una doncella, o cuando se disputaban una parcela de tierra. Al igual que la intervención en el Oriente de un tercero en la época de Confucio en China (551 a. C), la mantenía conciliando a través de la comprensión, el amor y la mediación, para lograr acuerdos entre la comunidad.

Durante el estadio del esclavismo, se pretendió solucionar los conflictos por medio de la imposición de la fuerza, física, económica de los esclavistas, sometiendo a los más débiles a la esclavitud, por deuda, por ser prisioneros de guerra. Así, lo hizo la minoría de gobernantes (reyes, príncipes, emperadores) en conjunto con los ciudadanos libres a la inmensa mayoría de seres humanos, que podían ser regalados intercambiados, vendidos y hasta se lo podía matar impunemente, acorde a las costumbres y leyes de la época. No teniendo otra opción, que la de aceptar dicha imposición de poder en base a la fuerza. Y, lo más curioso es que por medio de la fuerza del poder, se lo utilizó para resolver conflictos. Desde ese entonces, los conflictos políticos, han generado no solo amenazas, insultos,

agresiones físicas, violencia, incluso hasta guerras para imponer el poder del más fuerte. Según el general prusiano C. Clausewitz (https://es.wikipedia.org/wiki/Carl_von_Clausewitz), en su obra “De la Guerra”, manifestó: “La guerra es la continuación de la política por otros medios”. (Clausewitz, 2005)

De esta relación social y jurídica, llena de enfrentamientos generada a través de conflictos permitidos por gobiernos en su accionar político a lo largo de la historia, involucrando a todos los seres humanos que habitamos en nuestra casa el planeta Tierra. No se agotan en el espacio abierto y conocido del sistema jurídico, nacional e internacional, con la coercibilidad que no es otra cosa que el uso de la fuerza por medio del Estado, a través del órgano judicial, ya que recurre a la sanción. Los mismos pueden diferir en su alcance, naturaleza relación en las *categorías espacio y tiempo*, en la *resolución y en sus consecuencias*. Así acaecieron en el medioevo, donde el monarca tenía el poder absoluto concentrado de los poderes del Estado (ejecutivo, legislativo y judicial), de decidir, sin que nadie pueda mediar.

Pasando a la Revolución francesa, donde se inicia la relación del sistema capitalista deponiendo al caduco feudal, bajo la consigna libertad, amistad, fraternidad; y con ello, se establece en el siglo XIX, la imposición de la ley como fuente del Derecho.

Hasta, que surge luego de las dos guerras mundiales, el constitucionalismo a nivel internacional a mediados del siglo XX como fuente por encima de la ley, al igual que la Organización de las Naciones Unidas y con ello el reconocimiento de los derechos humanos. En las décadas de los ochenta al noventa, se inicia el proceso de globalización, como consecuencia de la desaparición de la ex Unión Soviética y su sistema. Y a nivel internacional y nacional, se comienzan aplicar los MASC's, como nuevo paradigma o forma de resolución de conflictos y de esta manera, la propuesta de nuestro artículo lo hemos realizado por medio de un resumen, palabras claves, introducción, el desarrollo del tema, contiene conclusiones, recomendaciones, bibliografía y linkografía consultadas.

III.- DESARROLLO

1. ANTECEDENTES DE LOS MASC's

La Evaluación del papel de los MASC's (Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias o ADR, en sus siglas en inglés), donde se recurre a la Negociación, Conciliación, Mediación y Arbitraje), dentro del sistema de administración de justicia, la cual atraviesa por un recorrido que se inicia como ya lo expresamos desde los albores de la humanidad. En que los seres humanos, resolvían los conflictos si se quiere por medio de la violencia, hasta que consiguieron llegar acuerdos. De las sociedades comunitarias hasta el esclavismo, en que todo el poder radicaba en el rey y los esclavistas. Por tanto, el poder es un objetivo teleológico (finalidad) per se (en sí mismo), para obtener satisfacción. Lo que significa que su uso es de vieja data, cruzó el medioevo con el poder de la

monarquía absoluto, hasta el triunfo de la revolución francesa, concentrando dicho poder en manos de la burguesía naciente, Pareciera que nunca ha pasado de moda. Así, por ejemplo, en el contexto social y familiar, el marido lo utiliza contra su cónyuge o al revés. Los padres con los hijos, los hijos con sus padres. Los ricos contra los pobres. Los Estados poderosos contra lo más débiles. El poder de los jueces contra la sociedad. El de las transnacionales o corporaciones (armas, petroleras, mineras y hoy en plena pandemia las de las farmacéuticas) sobre los Estados. Es permanente la utilización del poder. Los políticos los utilizan, los medios de comunicación utilizan su poder mediático. Las empresas, los bancos lo utilizan contra los clientes, al maximizar sus ganancias y, no compartirlas del mismo modo.

Según Max Weber (1864-1920) “el poder es la posibilidad de imponer la propia voluntad a la conducta de otras personas, consiguiendo que otros hagan lo que uno quiere, que de otra manera no lo hubiesen hecho” (<http://repositorio.uam.es>).

Para el tratadista, Remo Entelman, el poder “es el conjunto de recursos de cualquier índole, de que dispone cada actor, o cree disponer, para procurar su objetivo”.

Lo que significa, para el autor, que los recursos disponibles, se encuentran más cerca de la concepción del poder como una capacidad y no como una ejecución de esa capacidad. Asimismo, el uso del poder o de recursos, conlleva a un costo al que lo utiliza, que rebasa incluso el aspecto meramente económico. Es decir, que puede darse el caso que una persona, con recursos y el poder necesario, no esté dispuesto a pagar un alto precio por su utilización.

De igual manera, señalaremos como el correlato del poder, llega a la utilización de la negociación, ya que de no hacerlo así el poder se torna conflictivo. Constituye un obstáculo o una barrera para llegar a un acuerdo, en una negociación, ya sea por diferencias económicas, sociales, familiares, culturales, religiosas (producto del fundamentalismo, islámico, sionista), políticas, ambientales.

Es importante indicar, que en el ámbito del sistema jurídico para occidente es dualista. 1) El románico o concentrado europeo; 2) el anglo-norteamericano. En ambos, se utiliza la coercibilidad del derecho, con metodologías antiquísimas, que busca por medio de estrategias disuasivas, prevenir, manejar, mediante la motivación y argumentación, resolver los conflictos existentes, como instrumentos para su resolución, mediante sentencias o resoluciones, ya que lo que no está prohibido por las normas, principios, valores y reglas, se considera jurídicamente permitido.

De la evaluación realizada, conlleva a establecer que, en todo sistema jurídico, con su respectivo ordenamiento la mayoría de abogados, hemos sido formados, por medio de un largo proceso de transmisión epistemológica del derecho sustantivo o de la teoría general, para luego pasar a la parte adjetiva o procedimental y en el accionar práctico confinados a la categorización de la visión de resolución de conflictos a través de la única vía expedita que se nos enseñare, la litigación. Por consiguiente, no tuvimos la oportunidad o no nos dieron la posibilidad de descubrir la existencia de otros métodos que puedan usarse para los mismos fines, de cumplir con la resolución de conflicto que no sea la forma tradicional del derecho. Lo cual, se torna en perjudicial para nuestro acervo profesional, al no desarrollar el conocimiento del conflicto como objeto de estudio, de manera teórica, ni procedimental, ni siquiera se recibía noticia de las disciplinas que lo tratan, no obstante que el conflicto entre pretensiones jurídicas de signo contrapuesto (legítimas e ilegítimas) del que se ocupan sea referente de una sola clase las legítimas, rechazando las pretensiones de la otra parte por ilegítimas. No se nos formó a la gran mayoría exceptuando colegas que tuvieron la oportunidad de ser educados y formados en el sistema anglo-norteamericano, en la entelequia de la enseñanza- aprendizaje, de otros medios de resolución de conflictos, que se pueden utilizar para los mismos fines. (Mediación, negociación, conciliación y arbitraje), por tanto, esta es la oportunidad de sintetizar, profundizar y exponer esta temática alternativa.

Además, no cabe juicios axiológicos (malos o buenos) son fácticos, no se trata de encasillarlos entorno a la violencia o agresión (intrafamiliares, de negocios, de género), tampoco son sinónimos de conflictos, son maneras de expresarse, de manifestarse. Todos los conflictos adolecen de los mismos componentes o de factores que los caracterizan, lo que difiere es la manera de abordarlos y se encuentran influidas más del contexto socio cultural. Estando en la obligación según Marc Howard Ross: (Bs. Aires:1995) de analizar “Las situaciones objetivas, por si solas no causan o desencadenan el conflicto, las interpretaciones de tales situaciones juegan un papel trascendental”.

Por tanto, es necesario comprender y saber utilizar otras técnicas de resolución de conflicto mediante la aplicación de metodologías, como son los MASC's, que se constituyen, en todo un proceso acordes con el procedimiento que solucionen conflictos en las sociedades contemporáneas y si de alguna manera al evaluar estos medios alternativos de solución de conflictos contribuyen a que se haga justicia, ya que fortalecen al sistema legal ya colapsado, evitando a nuestro entender que muchos conflictos que no requieren un tratamiento legal convencional, congestionen más el sistema. Debiendo incluir en esta evaluación, sin lugar a dudas a la generación eco-virtuales (milenium y zetas), en la cual se

incluyen las del milenio y zetas, por haber nacido precisamente en este siglo y a comienzos del milenio, que sostienen relaciones familiares, de ser atendidos en su requerimiento económico, para la alimentación, vestuario, estudios, salud, por sus padres que deben ser corresponsables al igual que el Estado.

1.1.- Qué son los MASC's.-

Se denomina de esta manera a los Medios Alternativos de Resolución de Conflictos. Que están determinados por los procedimientos que ayudan a las partes a solucionarlos fuera del ámbito de los tribunales. Los Procedimientos que más se utilizan son: 1) Negociación; 2) Mediación; 3) Conciliación; y. 4) Arbitraje.

- La negociación debe realizarse cara a cara, cuando las partes involucradas en el conflicto, son los que deben intercambiar información y buscan un acuerdo satisfactorio.
- ❖ La mediación: Se produce cuando por medio de este proceso las partes involucradas, aceptan la intervención de un tercero neutral quién por su experiencia facilita la comunicación anteriormente rota, para sugerir que, mediante el diálogo, las partes asuman un acuerdo de manera voluntaria.
- ❖ La Conciliación. Es el procedimiento mediante el cual, un tercero neutral e imparcial, facilita la comunicación entre las partes, logrando formular propuestas de solución, con el objeto de delimitar y solucionar el conflicto.
- ❖ El arbitraje: Se da, cuando las partes aceptan a un tercero ajeno y neutral para que sea él quien decida y logre establecer la solución de la controversia.

1.2.- Objetivos de los MASC's.-

Tiene como objetivo principal, proporcionar a la ciudadanía herramientas eficientes, veraces y seguras, para resolver conflictos de una manera duradera y gratificante. Así, por ejemplo, en todo conflicto es posible ubicar una serie de componentes, que se hallan interconectados. 1) El asunto o problema, que tiene que ver con la controversia o conflicto. Colocar medidores para obtener luz para todos. Un sector lo acepta y otro minoritario no. 2) Actores comprometidos. Tiene que ver, como las partes visualizan el problema, plantean acuerdos, comprometiéndose todos, a lograr una solución mediante la integración. 3) Actitudes de las partes involucradas. Depende del estado anímico o psicológico, de unos y de otros, confluye con sus percepciones de ver el hecho, los unos creen tener la razón y los otros no, percibiéndolos como enemigos. 4) Estrategias, que se emplean, con el que hacer de los actores, para lograr soluciones, que sean convalidadas por las partes con las que se trabaja y hallar la solución.

1.3.- Ventajas al aplicar los procedimientos MASC's.-

Resultan ser menos desgastantes, rápidos, informales, confidenciales, flexibles, económicos, exitosos, justos y sobre todo permiten una solución duradera para las partes en conflicto. Debido a que al conciliar intereses resultan menos costosos

1.3.1.- En el contexto de la Negociación.-

Hay que tomar como referencia los factores que obstaculizan una negociación a) Se transforman en una lucha por el poder; b) las emociones pueden ser fuertes y no razonadas; c) impiden la comunicación fluida de las partes en conflicto, comunicación cero - cero; d) se mantiene una coraza en las posiciones que resultan violentas para las relaciones humanas de las partes; e) la inseguridad de las personas en un conflicto, hacen que se sientan temerosas; f) el temor a perder prestigio hacen que no bajen la guardia en sus pretensiones, con la otra parte no se puede negociar.

A que conlleva esta situación, de los factores que les cuesta negociar y son entre otras los siguientes: a) Les gusta pelear, siempre tener la razón y ser dueños de la verdad; b) No queremos escuchar a la otra parte (renuentes); c) Nos creemos más fuertes y por tanto los fuertes imponemos; d) Sólo les interesa la propia visión del problema, quieren obtener todo y ganar – ganar.

Vale la pena recordar, que en la negociación intervienen solo los involucrados en un conflicto. No hay terceros. El éxito o fracaso depende de las partes.

Por tanto, el conflicto hay que aceptarlo y es cuestión de percepciones. Los conflictos son pequeños, las partes lo agrandan a nuestro parecer ahogándose en un vaso con agua. La agresividad, debe ser cambiada por habilidades y destrezas. Es necesario para negociar olvidar el pasado y enfocarse en el futuro. Hay que recordar que el enemigo es el conflicto y no la persona. En una negociación, alguien o ambas partes deben tener algo que ofrecer y que a la contraparte le interese. Negocian bien, después del conflicto las partes quedan como amigos y siguen trabajando juntos. Cuando la resultante es SI NEGOCIAMOS BIEN GANAMOS TODOS.

Las clases o tipo de negociación son: Distributiva (competitiva) e Integrativa (cooperativa). Aunque en la práctica son ambivalentes se manejan las dos clases. Los negociadores manejan las mejores alternativas a un acuerdo negociador, con sus siglas (MAPAN). Ayuda a negociar en condiciones más favorables.

Además de la negociación con criterios objetivos, se procede a separar las personas del problema. Para el efecto se utiliza las percepciones, con la finalidad de desligar los problemas de las emociones, que generan conflictos.

Debiendo ser suave con las personas y duro con los problemas. Es necesario recordar el elemento comunicacional, sin él no hay negociación. No olvidar que es un proceso comunicativo. Debiendo traducir lo dicho por las partes en palabras claras que favorezcan los acuerdos.

1.3.2.- La Mediación y Comediación. -

En el ordenamiento ecuatoriano la mediación constituye un procedimiento con características propias, alternativo ya que es de carácter voluntario y ajeno al proceso judicial. En el Capítulo 4to. Función Judicial y Justicia Indígena, en la Sección 8va. Medios Alternativos de Solución de Conflictos, en el inciso 1ro. Del Art. 190 CRE, determina lo siguiente:

“Se reconoce al arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley; en materias que por su naturaleza se pueda transigir...”

Lo cual significa, que se le otorga un carácter extra-judicial, debido a que en el art. 43 de la Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación. Se concibe a la mediación:

“Como un procedimiento de solución de conflictos por el cual, las partes asistidas por un tercero neutral llamado mediador, procuran un acuerdo voluntario, que verse sobre materia transigible, de carácter extra judicial y definitivo, que ponga fin al conflicto”. Y, en el Art. 55 “para efectos de aplicación de esta Ley, se considera a la mediación como sinónimo de conciliación extrajudicial”. (Judicial, 2017)

Por lo que a nuestro juicio se configura el alejamiento de la mediación del proceso judicial. De la misma manera, que la mediación al estar ajena a un proceso arbitral no constituye una etapa del proceso, lo que sí es, un procedimiento completamente independiente.

Para el autor Christopher More (El proceso de mediación: 1995, p. 44), considera a la mediación como:

“La intervención en una disputa o negociación, de un tercero aceptable, imparcial y neutral que carece de un poder autorizado de decisión para ayudar a las partes en disputa a alcanzar voluntariamente su propio arreglo mutuamente aceptable”.

Lo que significa, según este autor que un tercero imparcial y neutral, puede ayudar a las partes a negociar, con el objetivo de alcanzar un acuerdo mutuo y aceptable. Por su parte, la Ley de Arbitraje y Mediación y la Codificación, fue publicada en el Registro Oficial 417 de 14 de diciembre de 2006. En nuestro país existen aproximadamente 104 Centros de Mediación, reconocidos por el Consejo de la Judicatura, que tiene la competencia de registrarlos, de acuerdo a lo estipulado en el artículo 52 de la Ley de Arbitraje y Mediación. Donde se pueden resolver principalmente asuntos de familia, fijación de pensiones alimenticias, régimen de visitas, tenencia y ayuda prenatal.

Se reconoce además la Mediación Comunitaria acorde al Art. 58 ejusdem, “como un mecanismo alternativo de resolución de conflictos”, pudiendo contar las comunidades indígenas, de negros o afro ecuatorianos, de organizaciones barriales y comunitarias, con sus propios Centros de Mediación con carácter gratuito, ofreciendo servicios de capacitación conforme a sus peculiaridades socio-económicas, culturales y antropológicas”, de acuerdo a lo establecido en el Art. 59. En todo Centro de Mediación, se trabaja para lograr acuerdo de voluntades, en donde no existe la famosa frase “ganar y perder”.

Es primordial recurrir al diálogo en busca de la resolución de conflictos, que determina el Centro de Mediación, lo cual tiene resultado de una sentencia, sin recurrir a funcionarios judiciales. De esta manera, *todos ganan*.

Es uno de los procedimientos de resolución de conflictos voluntario, donde las personas con el apoyo de un mediador designado y debidamente acreditado por el Centro de Mediación y avalado por las partes, pueden comunicarse y negociar de manera amigable y satisfactoria la solución legal de su problema de índole familiar, civil y mercantil, conforme la Ley-5-2012 de julio 6, siempre y cuando no afecten derechos y obligaciones que se encuentren fuera del ámbito de la legislación.

Vale la pena resaltar, que se puede recurrir a la mediación en cualquier etapa de una controversia, durante un litigio, siempre y cuando las partes desean interrumpir el litigio, con la finalidad de llegar a un acuerdo

Se ha comprobado que dichos centros, son los de más rápido crecimiento en nuestro país por lo menos en los últimos años. Debido entre otras cosas, a que proporciona mejores posibilidades de solucionar conflictos, por su bajo costo. Por el menor tiempo empleado lo que no produce mayor desgaste en lo económico y emocional. Permitiendo a las partes una resolución personalizada. Mantiene la relación entre ellas, implica además la solución del conflicto para el futuro.

Es importante destacar, el papel del mediador quién debe fomentar la negociación entre las partes en conflicto. En su trabajo como facilitador, no debe imponer sus criterios, decisiones y en vez de realizar recomendaciones, convence a las partes a encontrar el camino para llegar a la propia solución de la controversia o conflicto. Se conoce como *Comediación*, al procedimiento que se lleva a cabo con dos o más mediadores simultáneamente. Es recomendable para los casos de familia en que se requiere el conocimiento de profesionales y de peritos de distintas áreas, un mediador o mediadora terapeuta, psicóloga, educadora, socióloga.

Así por ejemplo, una pareja se está divorciando y se ha perdido la comunicación, afectando además la parte emocional de los hijos, el profesional del Derecho contaría con comediadores que proporcionarían mejores resultados en el divorcio y en la regulación de visitas que las partes tienen derecho, de acuerdo al principio universal y constitucional de *corresponsabilidad* compartida, en favor del principio del "*interés superior del niño*" Art. 44 Constitución de la República del Ecuador en adelante CRE.

A lo que agregaría, que en el proceso arbitral la inclusión de la mediación, busca una solución menos costosa y por tanto ágil en la solución del conflicto debido a que como hemos referido, la mediación es un *procedimiento per se* con características propias.

1.3.3.- El Arbitraje.-

Retomaremos para la sintetización del Arbitraje en el Ecuador, como parte integrante del MASC's, los conflictos que se han resuelto en un primer momento ante un tercero imparcial llamado juez, cuando se recurre a la justicia ordinaria. En cambio, cuando no se recurre a la justicia ordinaria, las partes quieren llegar a un

acuerdo eficaz, armonioso, utilizando el arbitraje para la solución de conflictos en el ámbito comercial.

En 1963 se incluye en la 1ra. Codificación del Código Adjetivo de lo Civil, la sección “*Juicio por arbitraje*”, disponiendo que las personas jurídicas estaban facultadas para comprometer la controversia en árbitros que se podían nombrar. Al no ser muy utilizada esta figura arbitral, se dicta la primera Ley de 1963 bajo la denominación de *Ley Especial de Arbitraje Comercial.*, sin mayor uso en la época. Luego, en la década de los noventa del siglo pasado, se promulga la Ley de Arbitraje y Mediación en adelante (LAM) de 1997. Luego en 1998, tras la promulgación de la Constitución Política del Ecuador de esa época, se señalaba en los artículos 191 y 284 al arbitraje y mediación como procedimientos alternativos para la solución de conflictos, privilegiando los métodos alternativos de solución de conflictos MASC’s.

De lo ya referido en el tema anterior, la Constitución de la República del Ecuador de 2008 en vigencia, se encuentra en el Capítulo 4to. Función Judicial y Justicia Indígena, en la *Sección 8va. Medios Alternativos de Solución de Conflictos*, en el *inciso 1ro. Del Art. 190 CRE*, determina lo siguiente:

“Se reconoce al arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley; en materias que por su naturaleza se pueda transigir...” (República, 2013)

Todo lo cual, se ratifica en el *Art. 1 de la Codificación a la Ley de Arbitraje y Mediación en vigencia*, como:

“El de ser considerado un mecanismo de solución de conflictos al sistema arbitral, por medio del cual, las partes pueden someter las controversias susceptibles de transacción, existentes y también las futuras, para que sean resueltas por los Tribunales de arbitraje administrado o por árbitros independientes previamente calificados y registrados, que se conformaren para conocer dichas controversias, siempre y cuando exista el mutuo acuerdo”. (Judicial, 2017)

De esta manera, el arbitraje al igual que la mediación es un procedimiento, que se somete a controversia, de acuerdo a las partes. A un árbitro o a un tribunal integrado por varios árbitros, que dictan una decisión sobre la controversia que resulta ser obligatoria para las partes.

Según, Vado Grajales (Medios Alternativos de Resolución de Conflictos: 2006).

“El arbitraje es un procedimiento por el cual un tercer imparcial, nombrado por las partes, de mutuo acuerdo, puede controlar el proceso”

Por otra parte, para que proceda el arbitraje en contra de las instituciones públicas reguladas por el Estado, se necesita el pronunciamiento del Procurador General del Estado, para que puedan ser sometidas al arbitraje.

Podrá presentarla cualquier persona, empresa privada o pública, que decida someter una controversia al arbitraje, direccionado por los Centros de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio y los aprobados por el Consejo de la Judicatura. Su procedimiento será el establecido por el tribunal arbitral de dichos centros, al igual que a nivel internacional. Las partes procesales deberán escoger a los integrantes del tribunal, que serán los encargados de resolver la disputa. Los que presentarán un reglamento de arbitraje, por medio del cual se define el marco

institucional estructurado y orientado a asegurar la transparencia, eficacia y justicia en el proceso de solución de controversias.

Al mismo tiempo, que permite a las partes ejercer su elección sobre varios aspectos del procedimiento, en donde las partes de mutuo acuerdo se someterán al fallo imparcial del tribunal, *donde no se emiten sentencias sino laudos arbitrales*. Debido, que al ser un método alternativo de resolución de conflictos y totalmente independiente al proceso jurisdiccional, las partes fijan las reglas y los procedimientos a que deben ajustarse los árbitros en el cumplimiento estricto de su misión. Entre ellas cumpliendo ciertas disposiciones antes que se realice la audiencia, como presentar la demanda cumpliendo con los requisitos que determina el Art. 142 del Código Orgánico General de Procesos, en adelante (COGEP), en armonía con la Ley de Arbitraje y Mediación (LAM), en que se dispone presentar la demanda al Director del Centro de Mediación y Arbitraje. A lo que se suma, el fijar las atribuciones que las partes han convenido en otorgarle al árbitro o al tribunal, debiendo el árbitro calificar la demanda y mandará a citar a la otra parte, dentro de los cinco días subsiguientes, y concediendo el término de diez días para que se cumpla con los requisitos exigidos por el COGEP, adjuntando las pruebas y se solicitará la práctica de las diligencias que justifiquen lo alegado en la contestación, de acuerdo a lo establecido en el art. 11 del LAM. Además, la decisión final del árbitro debe estar contenida en pruebas, que se hará conocer a las partes en la audiencia, establecida en el art. 29 *ibídem*, dando lectura del mismo y entregando copias a las partes.

Asimismo, el *laudo arbitral es vinculante* para las partes, al haberse convenido previa y voluntariamente someterse ante esta jurisdicción arbitral. No pudiendo las partes procesales, *iniciar un proceso legal ex post ante la justicia ordinaria*, por prohibirlo expresamente el artículo 32 de la Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación.

De la misma manera, *no se puede apelar un laudo arbitral*, debido a que la Ley art. 30 *ibídem*, expresamente determina la inapelabilidad de los laudos arbitrales, permitiéndose únicamente su ampliación o aclaración. Lo que sí se puede aplicar en contra de un laudo arbitral, es la figura de la acción de nulidad prevista en el art. 31, por que no se haya citado legalmente y el juicio ha terminado en rebeldía, lo cual impidió que el demandado deduzca sus excepciones y sus derechos; esto es, violación de los derechos constitucionales, 1) la tutela efectiva (art. 75); 2) el debido proceso (Arts. 76-77), y 3) la seguridad jurídica (Art. 82). (Judicial, 2017)

Ejecutoriado el laudo, conforme a lo determinado en el art. 32, las partes deberán cumplirlo de inmediato, ya que los laudos arbitrales están revestidos del efecto de *cosa juzgada formal y material (identidad subjetiva e identidad objetiva)*. Razón más que suficiente, para que sean los laudos arbitrales ejecutados de la misma forma que se ejecuta una sentencia de última instancia (Castillo Sandoval:2003).

En cuanto a la intervención de un tercero, el art. 33, no prohíbe la intervención de un tercero, en virtud de que sus derechos pueden lesionarse, debiendo fundamentar su actuación y los árbitros su admisión, ya que la tercería en este caso adquiere la calidad de partes procesales en el arbitraje.

El procedimiento de arbitraje se rige de dos formas a saber, conforme a lo establecido en el Art. 3 de LAM: 1) acorde al principio de equidad. En lo referente, a la decisión de resolver el conflicto utilizando la equidad, el Tribunal arbitral no

aplicará ni leyes, ni el reglamento para resolver el conflicto, el laudo debe expedirse solo a su entendimiento, a la sana crítica, a lo que es justo y equitativo. Por ejemplo, 1) en la disputa sobre arrendamiento de un inmueble, el tribunal arbitral no tomará en cuenta para resolver, ni la Ley de Inquilinato, ni el Código sustantivo Civil; por el contrario, estudiaría los elementos fácticos del caso y la manera como han actuado las partes para encontrar una solución justa, en equidad. Y

2) Conforme a Derecho. En este caso, si las partes procesales deciden emplear el arbitraje conforme a derecho, los árbitros del tribunal deberán ser abogados, pudiendo aplicar la normativa legal, tanto nacional como internacional, con la finalidad de que el laudo a expedirse sea de naturaleza legal, para resolver el conflicto.

Además, los árbitros deberán observar y juzgar en virtud de las leyes y reglamentos instituidos en el sistema jurídico, sea bajo los principios universales del derecho, la jurisprudencia y la doctrina. Por ejemplo, Pérez Bustamante (2014), señala que, en las controversias relacionadas con contratos de arrendamiento de inmuebles, se aplicarán las normas del Código sustantivo de lo Civil y la Ley de Inquilinato; y, en lo referente a los contratos comerciales de venta de maquinaria se aplicarán el Código de Comercio y el Código Civil.

Asimismo, hay que verificar si las partes procesales, no se ponen de acuerdo para resolver la controversia, por medio de la equidad o del derecho. En este caso, la Ley de Arbitraje y Mediación codificada, determinará que el proceso se sustanciará a través del *principio de equidad*.

Por estos motivos, en todo procedimiento a seguir, los defensores técnicos o abogados de las partes, deben jugar un papel protagónico en la circunstancia de asesorar a sus clientes, al sugerir que proceso es el más conveniente, acorde al caso en concreto que se convierte en objeto de la Litis, conforme a lo establecido en la Constitución, los instrumentos internacionales y la Ley de Arbitraje y Mediación.

1.3.3.1.- Los problemas presentados en el reconocimiento y ejecución de Los Laudos Arbitrales Internacionales. -

Finalmente, nuestra evaluación estaría incompleta, si no incluimos al arbitraje internacional, reconocido en la CRE, en armonía con el Art. 41 Ley de Arbitraje y Mediación (LAM), que señala.

“Sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales un arbitraje podrá ser internacional cuando las partes así lo hubieren pactado, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en la LAM, conforme a lo determinado en las letras a) Que las partes al momento de la celebración del convenio arbitral, tengan sus domicilios en estados diferentes; b) Cuando el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones o el lugar en el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del estado en que, por lo menos una de las partes tiene su domicilio; o. c) Cuando el objeto del litigio se refiera a una operación de comercio internacional que sea susceptible de transacción y

que no afecte o lesione los intereses nacionales o de la colectividad. Y, lo que establece el art. 42.

“El arbitraje internacional quedará regulado por los tratados, convenciones, protocolos y demás actos de derecho internacional suscritos por el Ecuador. Para que el Estado o las instituciones del sector público puedan someterse al arbitraje internacional se estará a lo dispuesto en la Constitución y leyes de la República. (Judicial, 2017)

Lo que guarda relación con el Arbitraje, acorde al art. 422 de la CRE.

“No se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y las personas naturales o jurídicas privadas”. (República, 2013)

Todo lo cual, se armoniza a nivel internacional con la Convención de Nueva York, del 29 de diciembre de 1961, en que el Ecuador ratificó acogiéndose a las reservas comerciales y de reciprocidad de las que trata el artículo I. La Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1975 “Convención de Panamá”. La Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros de 1979 (“Convención de Montevideo) Adicionalmente los tratados bilaterales de inversión que el Ecuador ha suscrito con más de 20 países: Alemania, Argentina, Bolivia, Canadá, Chile, China, Cuba, El Salvador, España, Estados Unidos de América, Finlandia, Francia, Gran Bretaña, Irlanda del Norte, Países Bajos, Paraguay, Perú, Rumania, Suecia, Suiza y Venezuela; siendo importante remarcar, que en su mayoría remiten las controversias de los inversionistas con los Estados a un proceso de arbitraje internacional.

Con lo aprobado el 21 de junio de 1985 por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), reconociendo la soberanía de los Estados, para que esta Ley sea incorporada al Derecho Interno de los Estados parte, regulando todas las etapas del proceso arbitral, hasta el reconocimiento del *laudo arbitral*, reflejando un consenso mundial sobre la práctica arbitral siempre y cuando los Estados lo hayan aceptado.

Desde el 7 de julio de 2006, se prescribe en su Reglamento, que de no haber acuerdo entre las partes, no obstante que el laudo arbitral se haya tomado por mayoría de votos, el Presidente decidirá y su decisión podrá ser revisada. Lo que da lugar a la motivación del laudo, por parte de la mayoría de árbitros y el que estuviere inconforme, establecerá su opinión por escrito.

En nuestra LAM, no menciona la motivación, debiendo acogerse a lo establecido en el *Art. 76, letra I de la CRE que, si dispone la motivación de resoluciones y sentencias, que de no hacerlo acarrear la nulidad*. Es importante destacar, que al existir la figura del arbitraje en inversiones como consecuencia del proceso de globalización que a partir de la última década del 90 del siglo XX pasado se comienza a desarrollar en el contexto del derecho internacional público y en el arbitral, se debe acatar el procedimiento existente entre los inversores

extranjeros y los Estados, para garantizar la seguridad jurídica a los inversionistas que suscriben contratos con los Estados. (República, 2013)

Debido a que ningún Estado, no puede cerrar las puertas a los inversionistas extranjeros y generar problemas internos por no acatar los laudos arbitrales. Es que existe, uno de los organismos que tienen a su cargo arbitrar las disputas de los gobiernos y las empresas transnacionales o corporaciones con la denominación de Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), creado por el Banco Mundial, donde las partes deben estar de acuerdo 1) A someterse a la solución de las controversias y diferencias; 2) Las controversias deben de haber surgido entre un Estado contratante y un Estado Nacional de otro contratante; 3) Debe haber una disputa de carácter legal, una controversia. El control del CIADI, de los laudos arbitrales son ejecutables, aunque no son objeto de recurso alguno bajo la Ley de dicho Estado, y su Reglamento es riguroso, prevé controles, a decisiones, aclaración y anulación de laudos.

Lo que a nuestro juicio ocurre, al realizar una evaluación con el arbitraje impuesto por el CIADI, es que da la casualidad, que de la lista escogida de árbitros por este organismo y por tanto deben demostrar neutralidad los árbitros al resolver los laudos con equidad y no lo hacen. De los arbitrajes llevados a efecto por este organismo con países como Argentina, Brasil, Colombia, México, incluyendo Venezuela y el nuestro, no se ha ganado un solo laudo arbitral, en petróleos, minas, y nuestra preocupación es que justamente rompe con este principio. Entonces la pregunta a realizarse es: *¿de qué justicia internacional estamos garantizados los Estados, al someternos al arbitraje del CIADI?*

Sin embargo, ¿existe la equidad en materia de mediación y arbitraje? Si, como un principio conocido en la doctrina internacional, cuya utilidad precisamente consiste en poder dictaminar los laudos arbitrales, como *“fallo en equidad”*, conforme lo dispone el inciso 3ro., del artículo 422 CRE ya mencionado; y que en su parte pertinente determina que:

“En el caso de controversias relacionadas con la deuda externa, el Estado ecuatoriano promoverá soluciones arbitrales en función del origen de la deuda y con sujeción a los principios de transparencia, equidad y justicia internacional”. (República, 2013).

IV.- Conclusiones y Recomendaciones

- A nuestro entender, surgen los MASC's, como un procedimiento distinto al de administración de justicia en derecho, más tradicional en donde la resolución de conflictos recae en manos del Estado, por medio de la función de la Corte Constitucional, al pronunciarse y de la Corte Nacional en la función jurisdiccional, aplicando la Ley.
- Los MASC'S, según nuestra evaluación se han constituido en los nuevos paradigmas de solución de conflictos en favor de la justicia, al devolver a los ciudadanos, a los particulares la posibilidad de solucionar sus propias disputas o controversias, devolviendo la autonomía a los conflictos de

familia, regulación de visitas, alimentos, en el contexto de lo civil y mercantil.

- La naturaleza jurídica de los MASC'S, nos lleva a la conclusión que es original o autónoma y se lo ha podido demostrar como medios alternativos de solución de conflictos, que no dependen del sistema del aparato judicial en equidad, sobre todo en lo concerniente a los efectos de las sentencias o resoluciones en el caso de la mediación y a los laudos arbitrales en los casos sometidos al arbitraje como procedimiento en que las partes en conflicto así lo dispusieron de mutuo acuerdo y surten los efectos de cosa juzgada, generando en nuestra evaluación el principio de favorabilidad de la justicia más equitativa y ágil para todos.
- De la misma manera, se ha demostrado, que los MASC's, son mecanismos alternos de resolución de conflictos familiares, comerciales, con evidente eficacia, celeridad, a menor costo en el caso de la mediación, implica determinar los procesos de una forma más flexible, garantiza el debido proceso a las partes, convirtiéndose en líder nacional y al parecer mundial, para la resolución de litigios.
- En el caso del arbitraje el proceso garantiza la neutralidad de las partes, de los árbitros escogidos, sea por la Cámara de Comercio, como del Consejo de la Judicatura de un registro, autorizado. Por tanto, los costos se encuentran establecidos según escalas. Los gastos administrativos son más económicos y más accesibles en comparación a la justicia ordinaria.
- Nuestras recomendaciones, va en la línea evaluativa, en que se siga fortaleciendo conforme a la justicia de los colectivos indígena, de los pueblos afro o negros y los montubios, para que solucionen sus conflictos amistosamente, tanto en la mediación, negociación y el laudo arbitral.
- Finalmente, es necesario en nuestras recomendaciones evaluativas, que se siga culminando el arbitraje con el laudo arbitral, dictado por el tribunal después de haber escuchado a las partes, acorde a las pruebas presentadas, de las excepciones planteadas y contrastadas, para que se acoja el laudo por las partes y se siga aplicando los arbitrajes en pro de la justicia alternativa que ya está empoderándose por la ciudadanía y colectivos.

v.- Bibliografía y Linkografía utilizada.

Castillo Sandoval. La Cosa juzgada y sus secuelas. Cárdenas Editor. México, 2003. P. 128.

Clausewitz. De la Guerra. https://es.wikipedia.org/wiki/Carl_von_Clausewitz

Marc Howard Ross. La Cultura del Conflicto. Ed. Paidós, Bs, Aires, 1995.

More Christopher (El proceso de mediación: Métodos prácticos para la resolución de conflictos. Ed. Granica. España. 1995, p. 44),

Pérez Bustamante (20 de julio de 2014) <https://www.pbplaw.com>

Weber Max. (<http://repositorio.uam.es>).

Constitución de la República del Ecuador. Ed. Edino. 2014.

Código Orgánico General del Procesos. Ed. Edino, 2015.

Codificación a la Ley de Mediación y Arbitraje. Registro Oficial 417 de 14 de diciembre de 2006.

Pérez Bustamante. Qué es el arbitraje. 20 de julio de 2014. (<https://derechoecuador.com/que-es-el-arbitraje/>)

Vado Grajales. Medios Alternativos de Resolución de Conflictos. Mecanismos para acelerar la justicia a la sociedad". <http://www.cejamericas.org/doc/marc>

Registro Oficial 43 de 29 de diciembre de 1961. El Ecuador ratificó la Convención de Nueva York, acogiendo a las reservas comerciales y de reciprocidad de las que trata el artículo I. En virtud de estas reservas, el Ecuador aplicará esta Convención únicamente a laudos dictados en el territorio de otro Estado contratante y cuando ellos se refieran a cuestiones comerciales según la ley ecuatoriana.

Registro Oficial 386 de 3 de marzo de 1986

Registro Oficial 875 de 14 de febrero de 1992.

Registro Oficial 153 de 25 de noviembre de 2005.

EL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES JURÍDICAS EN LA PANDEMIA DEL COVID 19.

STALIN PATRICIO ARANA VERA Universidad de Guayaquil stalin.aranav@ug.edu.ec Abogado y doctor en Jurisprudencia por la Universidad de Guayaquil-Ecuador. Magister en Gerencia de Proyectos Educativos y Sociales por la Universidad Técnica de Babahoyo. Docente de la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad de Guayaquil, en el área de conocimiento del Derecho Civil, (desde 2000 – 2022). Ha sido Subdirector del Postgrado en Derechos Fundamentales y Justicia Constitucional de la Universidad de Guayaquil; impartiendo además los módulos de Metodología de la Investigación Jurídica (2010). Además, en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Guayaquil, ha sido Director de la Carrera de Derecho (2019); Coevaluador de pares académicos del área de Derecho Civil (2018-2019 * 2020 – 2022). Otros. RESUMEN. El trabajo analiza jurídicamente el incumplimiento de las obligaciones jurídicas durante el contexto de la pandemia del COVID 19 en el Ecuador, y su configuración como eximente de responsabilidad civil, al amparo de lo que prevé el artículo 30 del Código Civil, (fuerza mayor y caso fortuito); la pandemia siendo un imprevisto imposible de resistir, se configura jurídicamente como una eximente. Se analiza el incumplimiento de las obligaciones jurídicas, desde la óptica del ordenamiento jurídico constitucional, observando la ausencia de medidas adoptadas por los órganos de la administración pública para evitar un posible abuso del derecho de los acreedores en la exigencia del cumplimiento de sus créditos; el incumplimiento del pago de las pensiones alimenticias por parte del alimentante, a causa de las consecuencias económicas producidas por la pandemia. Así como la ausencia de políticas públicas adoptadas por el estado, como garante de los derechos de niños niñas y adolescentes, considerados como grupo vulnerable, y en correspondencia con la aplicación del principio del interés superior de éstos.⁸⁸ ABSTRACT. The work legally analyzes the breach of legal

obligations during the context of the COVID 19 pandemic in Ecuador; and its configuration as an exemption from civil liability, under the provisions of article 30 of the Civil Code, (force majeure and fortuitous event); the pandemic, being an unforeseen event impossible to resist, is legally configured as a defense. Noncompliance with legal obligations is analyzed from the perspective of the constitutional legal system, observing the absence of measures adopted by public administration bodies to avoid a possible abuse of the right of creditors in demanding compliance with their credits; and, in the non-compliance with the payment of alimony by the obligee, due to the economic consequences produced by the pandemic. As well as the absence of public policies adopted by the state, as guarantor of the rights of children and adolescents, considered as a vulnerable group, and in correspondence with the application of the principle of their best interests.

INTRODUCCIÓN. El presente estudio analiza los efectos que trajo consigo la pandemia del Covid 19, en sus distintas manifestaciones, correlacionando su incidencia en el incumplimiento de las obligaciones jurídicas contraídas por el deudor, frente a sus acreedores; entre ellas el incumplimiento de las obligaciones alimenticias. Se analiza este incumplimiento frente a la configuración del Covid 19, como una eximente de la responsabilidad civil, contemplada en el artículo 30 de nuestro código civil, y relacionándola con los basamentos doctrinarios y principios del derecho universal. Para ello se referencian los elementos que integran la fuerza mayor y el caso fortuito. El trabajo destaca la consagración del derecho de alimentos como un derecho humano y fundamental, enfocando el deber jurídico constitucional que tiene el Estado, de tutelar, proteger y garantizar el ejercicio pleno de los derechos que corresponden al menor, entre ellos el derecho de alimento. Se hace énfasis en la posibilidad de que el Estado cumpla con su deber jurídico mediante la aplicación de las garantías de políticas públicas prescritas en el texto constitucional.

DISCUSIÓN. A finales del 2019, e inicios del 2020, el mundo entero se vio afectado por la pandemia del Covid 19 que, si bien tuvo su punto de partida en la ciudad de Wuhan, provincia de Hubei, China, sus estragos se propagaron con gran rapidez a nivel mundial, dejando secuelas de dolor, por la muerte de aproximadamente 3,4 millones de personas, y cifras que superan los treinta millones de contagiados, por cualquiera de las variantes, producto de las diversas mutaciones que adoptó este virus; cifras que por cierto, han sido contrastadas por la Organización de Naciones Unidas, que considera que la cantidad de fallecidos bien pudiese duplicar, e incluso triplicar el número de fallecidos reportados, conforme se desprende del informe de Estadísticas Sanitarias, publicado en el 2021, por la Agencia para la Salud de la ONU. El impacto de esta pandemia se ha observado a gran escala a nivel mundial, en Europa, podemos identificar a Reino Unido, Italia y España, como los países más afectados, no solo por el número de fallecidos que reflejan las estadísticas en estos Estados, sino también, por las repercusiones que se produjeron en sus actividades productivas y económicas, y en el surgimiento de núcleos problemáticos de orden social, políticos y jurídicos, representadas por el despido de millones de trabajadores, el cierre de las actividades económicas de muchas empresas y negocios; lo que a su vez trajo consigo inestabilidades de distinta naturaleza, de las que, para efectos de los fines del presente estudio vamos a referenciar solo a las que, como hecho generador coadyuvan al

incumplimiento de las obligaciones jurídicas, materia del presente análisis. En Latinoamérica, aunque los efectos de la pandemia se evidenciaron meses después, la pandemia también ha dejado profundas secuelas, debido entre otros factores, a la falta de preparación para afrontar crisis sanitarias de esta naturaleza; Brasil, considerado como uno de los países más desarrollados económicamente, sufrió profundamente los estragos de la pandemia, constituyéndose en el país más afectado de la región. 1En el Ecuador, el drama no ha sido diverso, el Estado ecuatoriano, oficialmente reconoce que el número de fallecidos por contagio de Covid 19, asciende aproximadamente a 35695, divulgados por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos del Ecuador, y que fueron obtenidos del Registro de defunciones del Registro Civil Identificación y Cedulación, y de la 1 <https://github.com/andrab/ecuacovid> base de datos del Comité de Operaciones de Emergencias COE. El panorama es igual de desolador, en relación a lo acaecido en otros lares, repercusiones indistintas, de orden económico, laboral, social, con la concurrencia de los mismos efectos, despidos masivos, pérdida de plazas laborales, cierre de comercios, pérdidas humanas, modificaciones e innovaciones en la estructura jurídica normativa, en el escenario ecuatoriano, a las cuales necesariamente tendré que referirme, por constituir en ciertos casos la causa que motiva el incumplimiento de las obligaciones jurídicas, objeto de estudio, En ese contexto debemos señalar que, a partir de que la Organización Mundial de la Salud declaró como pandemia al COVID 19, se generó la preocupación en el pueblo ecuatoriano, y el señor presidente de la República Lenin Moreno Garcés, declaró el estado de excepción, con fecha 16 de marzo de 2020, mediante Decreto Ejecutivo N.º 1017, que contempla el estado de excepción por calamidad pública en todo el territorio nacional; y como consecuencia de aquello, dispuso la suspensión de los derechos de libertad de tránsito, de asociación y reunión; se autorizó a las Fuerzas Armadas para controlar el orden público, con la finalidad de establecer una cuarentena en forma general para limitar el contagio de la enfermedad, se declaró el toque de queda a partir del 17 de marzo de 2020, bajo los lineamientos emitidos por el Comité de Operaciones de Emergencia Nacional COE. Debido al estado de emergencia sanitaria por el COVID-19, el presidente de la República del Ecuador emitió cuatro decretos ejecutivos, comprendidos entre el 16 de marzo y el 14 de agosto de 2020. En virtud de esto, el pueblo ecuatoriano tuvo que enfrentar nuevas formas de convivencias; entre ellos acostumbrarnos a convivir juntos en familia las 24-7 encerrados en casa; por otro lado, se suspendió la jornada de trabajo presencial en el sector público y privado, salvo actividades esenciales; nos vimos obligados a aprender a trabajar vía on line, a realizar nuestras transacciones para la provisión de ciertos bienes y servicios mediante contratación electrónica. Además, el gobierno ecuatoriano adoptó acciones en el ámbito laboral, emitiendo a través del Ministerio de Trabajo los siguientes acuerdos ministeriales: Acuerdo Ministerial N.º MDT-2020-077 de 15 de marzo de 2020, manifiesta que se expiden las directrices para la aplicación de la reducción, modificación o suspensión emergente de la jornada laboral mientras dure la emergencia sanitaria; Acuerdo Ministerial N.º MDT-2020-081 expedido el 10 de abril de 2020, que contiene la reforma al Acuerdo Ministerial N.º MDT- 2017-135, en cual se expiden las directrices para el despido de los trabajadores por causa de fuerza mayor o caso fortuito; Acuerdo Ministerial N.º MDT-2020-022 de 28 de abril

de 2020, reformado a través de la Resolución N.º MDT-2020-023 del 29 de abril de 2020, manifestando que el coronavirus no se establece como un accidente de trabajo, ni una enfermedad profesional; Finalmente, el 11 de junio de 2020 se expide el Acuerdo Ministerial N.º MDT-2020-0124, mediante el cual se emite el procedimiento que permite a las instituciones del sector público realizar el proceso de supresión de puestos, como efecto de la crisis económica que vive el país por la emergencia sanitaria a causa de la COVID-19. Según el gobierno ecuatoriano aprobaron estas medidas para precautelar los derechos a la vida y el derecho de la salud de los trabajadores, con la finalidad de cumplir con sus actividades y cuidar del empleo y con esto la solvencia económica en sus hogares. Pero la justificación realizada bajo el criterio gubernamental, ha tenido connotaciones distintas a las de la efectividad anunciada; en el escenario de la realidad objetiva, no ha tenido efectos positivos, ya que degeneraron en aplicaciones de derechos de forma regresiva, vulnerando con ello derechos humanos y constitucionales, dando paso con ello a la precarización de la relación laboral. La actividad laboral profesional, también se vio afectada por la implementación de estas medidas, por ejemplo, existen más de 18.500 abogados legalmente inscritos en el Colegio de Abogados del Guayas; la mayoría son abogados de a pie que no cuentan con una remuneración mensual y se vieron imposibilitados de salir a laborar en algún caso y lo que tenían la suerte de tener un cliente; se vieron en la necesidad de adaptarse para realizar su audiencia virtual en la defensa de la causa patrocinada. En la declaratoria de la emergencia por el COVID 19, el Consejo de la Judicatura fortalece las medidas preventivas de salud para velar por el bienestar de nuestros funcionarios y ciudadanía en general; mediante la resolución 057-2 020, se restablecieron de forma progresiva las actividades jurisdiccionales en las diferentes dependencias judiciales a nivel nacional. Las dependencias judiciales atendieron con ventanilla virtuales para la recepción de presentación de escritos; se implementó además un sistema informático de turnos habilitado en la página web del Consejo de la Judicatura y poco a poco se fueron restablecimiento de audiencias presenciales y vía on line; se contó también con los casilleros electrónico y los casilleros judiciales físicos. En medio de todo lo expuesto se produjo también la desintegración de muchos núcleos familiares, motivados por las secuelas colaterales que trajo consigo la pandemia, y que están intrínsecamente correlacionados con la ausencia de solvencia económica en los hogares, y que denotaron en el incumplimiento de obligaciones jurídicas, muchas de ellas contraídas con la libre expresión de consentimiento y al amparo de lo previsto en el artículo 1461 del Código Civil ecuatoriano, con antelación a la manifestación del hecho pandémico. Por otro lado, el incumplimiento de obligaciones jurídicas prescritas en las disposiciones normativas, ajenas probablemente a la voluntad del obligado, pero si, producto de la preexistencia de una relación parento-filial. En torno a las primeras, debe destacarse que su campo de acción corresponde al derecho civil, y nacen conforme lo expresado en líneas anteriores bajo el cumplimiento de los requisitos preceptuados en el referenciado artículo 1461 del CC., cualquiera sea la tipología de obligación civil contraída, o indistinto el instrumento que la contiene; es decir ora sea, que la obligación sea la consistente en la adquisición de bienes y servicios, que pueden expresarse a través de la compraventa, y que tienen su punto de perfeccionamiento en la

tradición de la cosa; ora sea, las que devienen del préstamo de una cosa con finalidad de uso, como la que deviene de la tenencia de la cosa, instrumentalizada mediante un contrato de arrendamiento, u otras de naturaleza similar. Frente a la existencia de este nexo obligacional, que confiere a los acreedores la potestad de cobro de sus créditos vencidos; cabe preguntarse ¿cómo correspondería el sujeto pasivo al pago de dichas obligaciones? y con ello desvincularse de la relación jurídica; si a consecuencia de la pandemia no tiene una fuente de recurso económico que contribuya a cumplir con este propósito. ¿Debe el acreedor ejecutar acción alguna tendiente a lograr el cobro de su crédito? - ¿Existe la posibilidad de que se declare eximida la obligación, frente a la existencia de las llamadas eximentes de la responsabilidad civil? Precisamente por esto, es necesario tener en claro el contexto de aplicación de la fuerza mayor o caso fortuito, ante la circunstancia de la pandemia del COVID-19; para ello debemos referirnos a la definición que nos trae, por un lado, el artículo 30 del Código Civil ecuatoriano, que declara su utilidad como sinónimo la una respecto de la otra, y que las conceptúa como imprevistos, que deben de gozar de la imposibilidad de resistirse. Esta construcción argumentativa es bastante compleja porque se han configurado resultados amplios en el ámbito jurídico, por lo que, la interpretación por parte de abogados y jueces, puede llegar a ser confusa. Allí estriba la importancia de dar a conocer que el caso fortuito, y la fuerza mayor, en nuestro ordenamiento jurídico son términos que se utilizan como sinónimos; y que, referente a ellos, nuestra jurisprudencia sostiene que los efectos que producen son exactamente los mismos. Ahora bien, muchos se preguntan si el COVID-19 debe ser considerado un caso fortuito o fuerza mayor. En lo referente a la pandemia se puede enfocar que el caso fortuito sería (el virus) y la fuerza mayor (la cuarentena, los toques de queda y demás actos de autoridad derivados del estado de excepción). Siendo términos sinónimos, es probable que los casos fortuitos sean alegados por el hecho del hombre, es decir, aquellos en que no se ha podido cumplir una obligación, por ello, la mayoría de los ciudadanos que no han podido cumplir con sus obligaciones, alegan la existencia de caso fortuito. Hay quienes expresan también que el COVID-19 y no constituye un acto de autoridad, y como consecuencia de esto, no puede ser mirado como caso fortuito; esta apreciación es limitada, sobre todo si atendemos que si bien es cierto ambos términos se utilizan como sinónimos, la referencia conceptual no debe limitarse al sentido estricto de ejemplificar a los actos de autoridad, ya que, a la luz de la doctrina, en circunstancias distintas a las que contempla la normativa ecuatoriana, el caso fortuito es el imprevisto imposible de resistir, ocasionado por la fuerza de la naturaleza; y la fuerza mayor el imprevisto imposible de resistir provocado por el accionar del hombre; al amparo de la aplicación de los principios del derecho universal, y de lo que reglan las normas de interpretación del artículo 18 de nuestro código civil; si bien es cierto ambos términos se consideran como sinónimos, el contenido del mismo precepto al momento de ejemplificar nos trae una situación que es generada por la acción del hombre; pero también una que es ajena a esa voluntad, y que solo puede generarse por la fuerza de la naturaleza. Consecuentemente en sinonimia el Covid 19 es un hecho natural, es imprevisible e irresistible, producida sin culpa de quien lo alega; en subsidio desde mi modesta visión jurídica es aplicable como una eximente de fuerza mayor o caso fortuito, y

por ende, le son beneficiables los mismos efectos de eximencia de responsabilidad. Hemos dicho que, para considerar al hecho como un caso fortuito es importante conocer los elementos que lo estructuran: La imprevisibilidad quiere decir que no se ha podido prever, de allí que, aunque una persona con gran imaginación pueda prever un sinnúmero de sucesos; la aparición del COVID-19 fue imprevisible, al igual que las cuarentenas que ningún ecuatoriano pudo razonablemente prever meses antes de la pandemia. La irresistibilidad, juega un papel importante al obligar al deudor a resistir el hecho, a intentar librarse de los obstáculos o las dificultades que presenta; y, en caso que no pueda evitar el hecho, al momento de proceder, controlar o mitigar las consecuencias del caso fortuito. Falta de culpa, a pesar que, la jurisprudencia no establece de forma expresa a la falta o ausencia de culpa por parte del deudor como un requisito necesario para poder alegar el caso fortuito. Desde el escenario doctrinal, esto implica que, para que se configure el caso fortuito es necesario que quien la alega no haya sido el causante o el responsable del caso fortuito. En otro escenario, tenemos también la exigibilidad de las obligaciones alimenticias, cuyo incumplimiento se ha puesto de manifiesto, debido a los efectos de la pandemia Covid 19, mismas que se han visto seriamente afectadas por la falta de solvencia económica de los alimentantes. Esto conlleva a situaciones de vulnerabilidad de los derechos de los menores, ya que se dieron cambios urgentes por causa del virus, que afectó gravemente a la salud física y mental de la población, además también afectó la macro y microeconomía, causando por obvias razones el incumplimiento en el pago de pensiones alimenticias por parte de los progenitores. En lo relacionado a la afectaciones económicas, las diferentes empresas mostraron un desmoronamiento en sus ganancias debido a las limitaciones de los horarios laborales y por la obligatoriedad de la imposición del teletrabajo que significó pérdidas millonarias a los sectores de producción del país; el COVID ocasionó que las empresas originen el despido intempestivo de los trabajadores; dando por terminado sus contratos laborales, vulnerando gravemente los derechos del trabajador, y con ello afectar de forma directa a su familia. Con esta crisis económica, sanitaria la situación empeoró las diferencias sociales y las desigualdades de derechos, entre ellos está el derecho del trabajador y los derechos de los niños, niñas y adolescentes; afectó al sustento laboral y profundizó la crisis económica, no era fácil buscar un nuevo trabajo, ni siquiera de carácter informal, porque la restricción de salida de sus casas era muy limitada y el comercio, las fábricas estaban totalmente cerradas. Esta realidad del despido intempestivo, generó que la parte demandada por pensiones alimenticias, que no contaban con un ingreso fijo o un trabajo estable, al no tener dinero, se vieran imposibilitados de poder cancelar dicha pensión alimenticia; por lo que muchos solicitaron una rebaja en la pensión alimenticia ante el juez de la causa; justificándose que la situación del desempleo ha sido el origen para el incumplimiento de su pago de las pensiones de alimento a los menores; vulnerándose con ello el interés superior del menor alimentado. Esta reducción del pago de las pensiones alimenticias tuvo un repunte de 50% es decir, la mitad de los alimentantes incumplieron sus funciones con los alimentados. El Estado debe de garantizar el desarrollo integral del niño como un derecho fundamental de los menores. Sin embargo, en virtud de la disposición general sexta de la Ley de

Apoyo Humanitario en su artículo 20, que trata sobre la reducción emergente de la jornada de trabajo, los empleadores quedaron con el aval de reducir la jornada laboral, hasta un máximo del 50% del sueldo o salario del trabajador, lo que trajo como secuela, por tal que muchos de los alimentantes presentaran los llamados incidentes de rebaja de pensiones alimenticias; estas acciones de los empleadores, sin lugar a dudas terminaron afectando de manera indirecta al interés superior de los niños niñas y adolescentes, porque ese menor tiene que alimentarse, cubrir sus gastos de salud, educación, etc... Posicionándose en consecuencia, como la causa de mayor incidencia problemática para los alimentantes, que incurrieron en mora en el pago de sus pensiones alimenticias, que en ciertos casos degeneraron también en peticiones de aplicación de apremios personales. Ya en la praxis, aunque en presencia de los jueces de familia, las partes, tanto la actora como el demandado hubieren llegado a una mediación para pagar esa deuda en cómodas cuotas, la situación económica obligaba al alimentante a volver a incurrir en mora, incumpliendo su pago, y con esto incrementar el drama social y familiar, ante la inobservancia de lo resuelto judicialmente. Lo expuesto, nos lleva a las siguientes reflexiones jurídicas: Sabemos que el derecho de alimento nace de la relación parento-filial existente entre los progenitores y los hijos, este derecho de alimento es el sustento en que la ley se respalda para que los padres cuiden y protejan a los hijos, garantizando el desarrollo integral. El Estado ecuatoriano ha suscrito varios tratados internacionales que declaran “que toda persona tiene derecho al bienestar y a la alimentación”. El derecho de alimentos es un derecho inherente y le pertenece a todos los niños, niñas y adolescentes; además este derecho garantiza el acceso a otros derechos como el derecho al agua, el alimento sano y nutritivo, derecho a la seguridad social, derecho a la educación, derecho a un ambiente sano, todos enfocados en el desarrollo del buen vivir. Cuando se manifiesta que el derecho de alimentos es inherente a los menores de edad se lo considera como irrenunciable intransferible, inembargable, intransmisible, e imprescindible. Los progenitores deben demostrar ante el juez; toda su capacidad económica en el proceso de alimentos, con el objetivo que el alimentado sea protegido al conocer de manera exacta todos los ingresos fundamentados con documentos originales y detallados de la misma compañía o de alguna institución si es posible hasta notariado. Es importante que el abogado de la parte actora solicite como anticipo de pruebas, todas las certificaciones documentales, emitidas por las entidades correspondientes, con el fin de demostrar cual es el patrimonio que posee actualmente el accionado; para que con ello el juez pueda tener elementos de convicción al momento de establecer el monto de la pensión alimenticia definitiva; y de ser caso pueda el accionante requerir la aplicación de las medidas cautelares factibles.. Sin embargo, en estos casos la situación es distinta, porque el resultado final al que nos conducirán todas estas acciones será la de demostrar que el obligado alimentante, no tiene los recursos económicos necesarios para cumplir con su obligación; y no los tendrá, aun cuando nuestra legislación faculta la aplicación de medidas cautelares, como es el apremio personal; inclusive la aplicación de las medidas cautelares de naturaleza real; si probablemente el obligado no tiene los medios y recursos posibles ni para su propia subsistencia, y tiene que lidiar con esta dificultad y la del asedio y presión que pudieren ejercer otros acreedores. En concordancia con lo expresado, según

información del Consejo de la Judicatura, el pago de pensiones alimenticias reflejados en el Sistema Único de Pensiones Alimenticias SUPA, han reducido sustancialmente en un 11 a 36% durante la época de la pandemia. Por el contrario, hubo un considerable incremento de los Incidentes de Rebaja de Pensión Alimenticia, cuya motivación principal es la falta de recursos económicos, por razones de despidos laborales e imposibilidad de poder desarrollar normalmente el trabajo informal. Muchas han sido las autorías que se han expresado sobre la pandemia, pero resultan escasos los pronunciamientos en torno al análisis de los efectos causados en el incumplimiento de este derecho fundamental del cual gozan los menores, entre ellos podemos referenciar el publicado en la Revista de Derecho No. 21- 2020 de la Universidad católica del Uruguay, mismo que entre otras cosas concluye, que la situación económica de los alimentantes ha variado por causa del Covid 19, y que frente a ello se hace imprescindible modificar la normativa jurídica Uruguaya, sobre todo en lo relacionado a los obligados a pagar alimentos.² El derecho de alimentos está debidamente protegido y tutelado, no sólo por las normas jurídicas de carácter especial, orgánico o general, sino que, constituye una garantía plasmada en nuestra Constitución de la República; consecuentemente gozan de jerarquía frente a otras normas subsidiarias, y regula como debe el estado garantizar el ejercicio de este derecho. Con la puesta en vigencia de la Constitución de Montecristi, en el año 2008, el Ecuador pasó de ser un estado de derecho y convertirse en un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, que de forma expresa contempla en su artículo 424 la prevalencia jerárquica de la Constitución frente a otras normas. De igual forma se consagra 2El Covid 19 y el Derecho de Familia- Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay No. 21 2020. Constitucionalmente, al principio de aplicación directa de los derechos contenidos en los preceptos constitucionales, así como los contenidos en Tratados y Convenios Internacionales. En este sentido el Derecho de alimentos es considerado como un derecho fundamental a ser tutelado y garantizado por el Estado, organismo que no puede omitir su responsabilidad e incumplir con su obligatoriedad frente a su deber fundamental de ejercer la tutela y protección del derecho de alimento. Deber que puede desarrollar mediante las garantías de políticas públicas consagradas en el mismo texto constitucional. El Estado debe efectivizar su actuación de garantista frente al incumplimiento de pagos de deudas, ocasionadas por causa de la pandemia, mediante la creación de fondos de contingencia que permitan subsidiar a futuro situaciones imprevistas como las del Covid 19. Resulta inadmisibles aceptar que de parte de gobiernos indolentes se condonen 4500 millones de dólares a la banca y sector privado, como aconteció con el gobierno del Lcdo. Lenin Moreno; sin embargo, no se pueda establecer un fondo emergente que sirva para resolver situaciones que permitan proteger el derecho de alimento, afectado por situaciones ajenas a la voluntad del alimentante. CONCLUSIONES. El estudio permite demostrar que, en concurrencia de similitudes a lo acontecido en ciertos países, el Ecuador no estuvo preparado para afrontar los embates que trajo consigo la llegada de la pandemia, el gobierno no contaba con el contingente necesario para paliar los estragos económicos que ocasionó esta crisis sanitaria. Por lo que se tuvieron que recurrir de forma urgente a emitir instrumentos y resoluciones jurídicas para regular la situación generada

por el Covid 19, entre ellas las concernientes a la atención prioritaria de salud. Podríamos incluso señalar, que de no ser por la infraestructura hospitalaria construida en el gobierno de la revolución ciudadana, la consecuencia en el número de muertos hubiese sido más exorbitantes. Se evidenció la ausencia de políticas públicas de parte del gobierno, que contribuyan a paliar en algo los efectos y estragos de la pandemia en general; y de forma particular los que derivaron en el incumplimiento de las obligaciones jurídicas contraídas por los ciudadanos, sobre todo de bajos niveles económicos, frente a acreedores que buscaban la exigibilidad y cumplimiento de estos créditos a sus deudores. El análisis desde el ámbito jurídico nos permitió establecer que, frente a los créditos vencidos, por obligaciones contraídas, que no pudieron ser devengadas a causa de la pandemia, se configura al Covid 19 como una causa de eximente de la responsabilidad civil, al amparo de lo que prescribe el artículo 30 del código civil, criterio que posiblemente se contrapone al expresado por autores de otros trabajos; pero que personalmente sostengo, y sostendré desde mi modesta visión jurídica. Finalmente considero que la pandemia nos enseñó a ser solidarios entre hermanos ecuatorianos, aún frente a las incipientes medidas adoptadas por el gobierno central, con la expedición de normas y resoluciones, que en muchos casos contribuyeron a la vulneración de los derechos de los trabajadores y de la ciudadanía en general. Acoplarnos a esta nueva forma de convivencia ha sido complicado, sin embargo, nuestros mayores esfuerzos cotidianos alivian la pesada carga. Creemos profundamente, que el estado en fiel cumplimiento de sus obligaciones pudo y puede hacer más en beneficio sobre todo de las grandes mayorías; para lo cual debe dejar de mirar sólo hacia su círculo cercano y entorno de poder.

BIBLIOGRAFÍA. Ley Orgánica De Apoyo Humanitario. Quito: Registro Oficial Del Ecuador. (2020). Guerrero, S. (2020). Coronavirus En Ecuador: Una opinión desde la Académica. Constitución de la República del Ecuador. (2008). Art. 44. Quito: Lexis. Código Civil Ecuatoriano (2020). Art.30. Quito: Lexis. Código De La Niñez Y Adolescencia. (2015). Quito: Lexis. Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay, El Covid 19 y el Derecho de Familia- No. 21 – 2020. Derecho al Día - Año XIX - Edición 336 - 14 de mayo de 2020 - Jornada “La incidencia del COVID-19 en el cumplimiento de las obligaciones”. Zecenarro C. Enfoque derecho. Abril-2020. Disponible en: <https://www.enfoquederecho.com/2020/04/10/impacto-del-estado-de-emergencia-por-el-covid-19-en-los-contratos-con-prestaciones-reciprocas/> Osterling F, Castillo M. Compendio de derecho de las obligaciones. Lima: Palestra Editores; 2008. Aramburu M. Pandemia y fuerza mayor (Legis Ámbito Jurídico). Marzo del 2020. [25 de marzo del 2020]. Vega Y. El coronavirus y la fuerza mayor. LP Pasión por el Derecho. Marzo del 2020 Alterini A, Ameal O, López R, (eds). Curso de obligaciones. Tomo I. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot; 1988. Simmons & Simmons (Law Firm). Fuerza mayor: Acontecimiento imprevisible e inevitable marzo del 2020 [13 de marzo del 2020].

AUTOR:

Juan Pablo Rua Valencia. Juez de Unidad Judicial Norte 2 de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Guayaquil. Provincia del Guayas. Titulo Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad de Guayaquil. **Magister en Derecho Penal y Criminología.** Universidad Regional Autónoma de los Andes. **Especialista en Derecho Penal y Criminología.** Universidad Regional Autónoma de los Andes...**Diplomado en Criminalística.** Universidad Nacional Santiago Antunez de Mayolo. (Tumbes/Perú). Titulo **Diplomado Internacional Formación Jurídica en Materia Constitucional, Penal, Procesal General con Mediación en “Ciencias Forenses”.** Universidad Nacional (Tumbes/Perú).

“La justicia restaurativa de los adolescentes infractores en el marco jurídico del Ecuador”.

RESUMEN

La Justicia Restaurativa ha tomado fuerza tanto a nivel internacional, regional como local, se lo demuestra por medio de varios Congresos organizados por las Naciones Unidas, retomadas en nuestro país. Su contenido y propuesta puede ser muy viable en ciertos aspectos, como utópica en otros, pero lo importante es tener presente que como sistema de justicia se encuentra inmerso desde el 2008 y ahora ya abarca ámbitos más complejos del derecho, como la materia de menores y adolescentes infractores; así como en la esfera de lo penal; incluye una serie de socializaciones acorde a la participación voluntaria, el hablar con la verdad, la creación de un ambiente seguro y respetuoso, un compromiso positivo con la reparación, por lo cual, no es de sorprenderse con la posibilidad de que termine por circunscribirse en todas las ramas del derecho, tanto público como privado, como se lo está haciendo en el plano social y educativo.

Por lo expresado, las prácticas de justicia restaurativa abordan los conflictos desde un enfoque que protege el tejido social, afectivo, pedagógico y de derechos, orientados por los principios de protección integral y el Principio del Interés Superior de los niños, niñas y adolescentes. Diferentes investigaciones prueban que el modelo de gestión de conflictos basado en el enfoque restaurativo frena el

comportamiento negativo del estudiantado de manera mucho más efectiva que los modelos basados únicamente en sanciones y castigos.

Se ha reducido, mediante la justicia restaurativa considerablemente la probabilidad de reincidencia, facilitan la restauración de relaciones entre las personas implicadas, ayudan a instaurar un sentimiento de pertenencia a la comunidad, favorecen la reparación de los daños en el grupo de estudiantes víctimas y aumentan la implicación personal en la resolución del conflicto y los niveles de satisfacción general de las personas involucradas, tanto es así que se ha implementado en los medios alternativos de resolución de conflictos (MARC) entre adolescentes infractores y las víctimas..

ABSTRACT

Restorative Justice has gained strength both internationally, regionally and locally, as demonstrated by several Congresses organized by the United Nations, resumed in our country. Its content and proposal may be very viable in certain aspects, as utopian in others, but the important thing is to bear in mind that as a justice system it has been immersed since 2008 and now covers more complex areas of law, such as the matter of minors and adolescent offenders; as well as in the criminal sphere; it includes a series of socializations according to voluntary participation, speaking with the truth, the creation of a safe and respectful environment, a positive commitment to reparation, so it is not surprising with the possibility that it ends up being circumscribed in all branches of law, both public and private, as it is being done in the social and educational plane.

Therefore, restorative justice practices address conflicts from an approach that protects the social, affective, pedagogical and rights fabric, guided by the principles of integral protection and the Principle of the Best Interests of children and adolescents. Different researches prove that the conflict management model based on the restorative approach curbs the negative behavior of the student body much more effectively than models based solely on sanctions and punishments.

Through restorative justice, the probability of recidivism has been considerably reduced, they facilitate the restoration of relationships between the people involved, help to establish a sense of belonging to the community, favor the reparation of the damages in the group of student victims and increase personal involvement in the resolution of the conflict and the levels of general satisfaction of the people involved, so much so that it has been implemented in alternative means of conflict resolution (MARC) between adolescent offenders and victims.

Palabras claves

Justicia retributiva intercultural justicia restaurativa tejido social

Key words. retributive justice intercultural restorative justice social fabric

“La justicia restaurativa de los adolescentes infractores en el marco jurídico del Ecuador”.

1. Antecedentes del tema propuesto.

El presente tema, sobre la Justicia Restaurativa de los adolescentes infractores en el marco jurídico del Ecuador; forma parte integrante a mi juicio, de una ideología latente a nivel mundial, al estar contemplada de manera clara en la Constitución de nuestro país, es recomendable que se vislumbre la posibilidad de diseñar una materia propia que trate este segmento del derecho.

La Justicia Restaurativa ha tomado fuerza tanto a nivel mundial, a través de varios Congresos organizados por las Naciones Unidas, retomadas en nuestro país. Su contenido y propuesta puede ser muy viable en ciertos aspectos, como utópica en otros, pero lo importante es tener presente que como sistema de justicia se encuentra inmerso desde el 2008 y ahora ya abarca ámbitos más complejos del derecho, como la materia de menores y adolescentes infractores; así como en la esfera de lo penal; incluye una serie de socializaciones acorde a la participación voluntaria, el hablar con la verdad, la creación de un ambiente seguro y respetuoso, un compromiso positivo con la reparación, por lo cual, no es de sorprenderse con la posibilidad de que termine por circunscribirse en todas las ramas del derecho, tanto público como privado, como se lo está haciendo en el plano social y educativo.

Por tanto, las prácticas de justicia restaurativa abordan los conflictos desde un enfoque social, afectivo, pedagógico y de derechos, orientados por los principios de protección integral y el Principio del Interés Superior de los niños, niñas y adolescentes. Diferentes investigaciones prueban que el modelo de gestión de conflictos basado en el enfoque restaurativo frena el comportamiento negativo del

estudiantado de manera mucho más efectiva que los modelos basados únicamente en sanciones y castigos.

Reducen considerablemente la probabilidad de reincidencia, facilitan la restauración de relaciones entre las personas implicadas, ayudan a instaurar un sentimiento de pertenencia a la comunidad, favorecen la reparación de los daños en el grupo de estudiantes víctimas y aumentan la implicación personal en la resolución del conflicto y los niveles de satisfacción general de las personas involucradas.

Con estos antecedentes, es de vital importancia y relevancia que en torno a este tema propuesto, conforme a la realidad y problemática que se presenta, es la aplicación de la normativa constitucional, que contiene los Métodos Alternativos para la Resolución de Conflicto (MARC) (COMISIÓN DE LEGISLACIÓN Y CODIFICACIÓN CODIFICACIÓN, 2016) y en general el incremento y empoderamiento que paulatinamente ira obteniendo la perspectiva de la Justicia Restaurativa dentro de nuestro país, haciendo que sea beneficioso y necesario, para que todos tengamos presentes los preceptos, principios y demás contenidos en lo relativo a los temas que se van a ir analizando a lo largo del contenido del presente artículo.

1.1. Cambios en la normativa ecuatoriana en cuanto a la justicia restaurativa de Adolescentes infractores.

En mi país; Ecuador, se ha venido dando a través de los últimos doce años, una transformación completa dentro de lo que comprende el ámbito legal o sistema de justicia nacional lo que corresponde a la justicia restaurativa de los adolescentes infractores; es decir se han modificado de manera clara y contundente las diversas normas, leyes, reglamentos y demás cuerpos legales que rigen el desarrollo de la vida cotidiana de todos y cada uno de los ecuatorianos, en especial de nuestros adolescentes que están dentro del grupo de atención prioritaria.

Respecto al preámbulo determina: Decidimos construir:

“Una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el Sumak Kawsay”(nótese desde la declaración el propósito de alcanzar como meta teleológica (finalidad) el “buen vivir-Sumak Kawsay”).

Luego en el Art. 1 determina que:

“El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia social, y, en el Capítulo II Las normas en particular y el derecho globalmente considerado surgen en un principio, para dar respuesta, para regular y dar tratamiento jurídico a diversas situaciones sociales que se expresan alrededor de conflictos e intereses, desde el punto de vista jurídico, económico, político, filosófico, donde confluyen posiciones e intereses. Lo que demuestra que el Derecho no es un ente autónomo desvinculado de la sociedad, por el contrario, es interdependiente de ella y de sus subsistemas.

Este cambio tomó fuerza innegablemente a partir del año 2008; con la decisión vía referéndum (consulta popular) de realizar una Asamblea Constituyente que elabore una nueva constitución, norma suprema del ordenamiento jurídico público y privado de la cual se desprende el marco general al cual las demás leyes deben supeditarse y adaptarse; entre la serie de cambios y reformas que esta nueva Constitución trajo consigo al ordenamiento legal del país, desde el momento de su publicación en el Registro Oficial, encontramos que da origen a la temática que se va a desarrollar a lo largo del presente trabajo investigativo sobre la justicia restaurativa de los adolescentes infractores dentro del marco jurídico en el Ecuador; y que es el objeto propio de la investigación a realizarse, todo esto entorno a la incorporación en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, en el nuevo Código Orgánico Integral Penal (COIP); de los Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos, conocidos también como los (MARC)s, dentro del sistema procesal penal del Ecuador; que da lugar a la inseguridad e ineficacia procesal, todo como presupuesto de una Justicia Restaurativa utópica.

La misma nos da un parámetro de incorporación y reconocimiento constitucional, pero no es sino hasta la publicación oficial del Nuevo Código Orgánico Integral Penal (COIP), en febrero de 2014, que surge la problemática acerca de la Justicia Restaurativa como modificación o alternativa al enfoque que se ha venido tejiendo, acorde al procedimiento penal ordinario a lo largo de la historia del Ecuador.

Al referirme a la justicia restaurativa de los adolescentes infractores en el marco jurídico del Ecuador, es un proceso para resolver el problema de la delincuencia enfocándose en la compensación del daño a las víctimas, haciendo a los delincuentes responsables de sus acciones y también, a menudo, involucrando a la comunidad en la resolución del conflicto, .aplicando la justicia restaurativa en los pueblos indígenas me permito referirme a lo que indica el artículo 35 de nuestra Constitución en el sentido que se encuentran inmersos niños, niñas y adolescentes que son de los grupos vulnerables y de atención prioritaria, en aplicación al principio del interés superior de ellos, recogido y garantizado de conformidad con los artículos 44 y 45 de nuestra Constitución, en armonía a lo que determina los artículos 11 y 14 del Código de la niñez y adolescencia.

La Comisión de Prevención del delito y la justicia penal de la (ONU, 2013) ; establece que los principales componentes de un sistema de justicia ideal incluirían la prestación de asistencia a las víctimas, el mejoramiento del acceso a la justicia, la promoción de la justicia de menores, adolescentes; y el apoyo a las medidas alternativas al encarcelamiento. A estas alturas resulta fundamental que tengamos presente en que principios filosóficos se basa esta teoría de la Justicia Restaurativa y estos son:

1.- La Justicia Real, que a nuestro juicio exige que se trabaje por preparar de manera integral a quienes hemos dañado: víctimas, agrupaciones o comunidades e inclusive al mismo ofensor. Este principio nos invita a que reflexionemos sobre la verdadera función de la justicia.

2.-La justicia restaurativa de los adolescentes infractores es aquella que desea incorporar a dichos adolescentes que hayan cometido algún delito a la sociedad ya que se garantiza también el derecho a las víctimas; la Constitución (Asamblea Constituyente, 2008) en su artículo 175 se refiere:

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

En armonía a lo que determina el artículo 259 del (Codigo de la niñez y adolescencia, 2020), el mismo que me permito copiar textualmente: Art. 259 “Órganos jurisdiccionales”. La administración de justicia especializada de la niñez y adolescencia está conformada por los juzgados de Niñez y Adolescencia y los juzgados de Adolescentes Infractores”.

En cuanto a la denominada justicia intercultural, (Llasag, 2017) , se refiere en su artículo científico sobre el mecanismo de coordinación y cooperación para construir justicias interculturales; indica que la administración de justicia indígena como un derecho, la base fundamental de los sistemas jurídicos indígenas, es el derecho a la autonomía jurisdiccional y legislativa. La autonomía no es arbitrariedad, porque todas las justicias tienen como límites a los derechos humanos interculturalmente interpretados y garantizados por una Corte Constitucional intercultural.

Los colectivos indígenas en ejercicio de su derecho a la autonomía y a la justicia indígena, invocando razones suficientes y justificables desde sus puntos de vista y cosmovisiones, ya sea porque constituya un peligro para la integridad del colectivo indígena o que el sistema jurídico no prevé un mecanismo para resolver, éstos colectivos pueden dejar de conocer determinado caso, sin que esa decisión constituya denegación de justicia para el colectivo indígena. La justicia indígena no es simplemente un sistema alternativo de la justicia ordinaria, como la mediación, arbitraje o justicia de paz, es un sistema con sus propias especificidades, donde la capacidad de la autoridad para resolver los conflictos nace del poder autónomo del colectivo indígena, en ejercicio de su derecho a la autonomía

Partiendo desde este principio resulta fundamental que se tenga presente los principios filosóficos, los mismos que basan esta teoría de la justicia restaurativa y estos son:

La Justicia Real exige que se trabaje por reparar de manera integral a quienes hemos dañado: víctimas, agrupaciones o comunidades e inclusive al mismo ofensor. Este principio nos invita a que reflexionemos sobre la verdadera función que la justicia; a pesar de que no exista una sola definición que pueda asumirse como oficial, existiendo incluso varias denominaciones como “justicia comunitaria”, “hacer reparaciones”, “justicia positiva”, “justicia relacional”, “justicia reparadora” o “justicia restaurativa” empero, podemos mencionar, todavía el estigma del delito es

inamovible, al igual que la culpa y el daño que infringe el agresor, ofensor o victimario, a las víctimas que son las personas, individuos o la comunidad, que muchas de las veces no se les reconocen plenamente sus derechos y necesidades.

Sobre esta figura, los juristas han establecido una nueva manera de considerar a la justicia penal, la cual se concentra en reparar el daño causado a las personas y a las relaciones más que en castigar a los delincuentes, .como por ejemplo Criollo (2013), considera que: “Estas razones, tan buenas como aparecen en la teoría, tienden a invisibilizar cuestiones tan básicas y elementales como los principios de legalidad, de proporcionalidad de la pena, de mínima intervención, de presunción de inocencia, el principio de oportunidad, de culpabilidad atribuida en un juicio, de imposición de la pena como consecuencia lógica de un debido proceso en donde el juzgador obtuvo certeza del cometimiento de la infracción y de la responsabilidad del procesado, etc., es decir que asistimos en algunos casos a la no utilización y hasta la eliminación de las garantías formales y materiales del Derecho constitucional, de menores, penal y procesal penal, incluso por parte de operadores judiciales

Por lo tanto, es necesario dar una explicación y sobre todo una respuesta, a la conducta problemática de los autores en las comunidades, escuelas, lugares de trabajo, donde se escoge el transporte, en los estadios, en los lugares de distracción, los parques, donde la aplicación por parte de nuestros actuales sistemas de justicia penal, en conjunto con el aparataje de los sistemas disciplinarios no han dado por ser respuesta a la violencia instaurada y que forma parte del clima de agresión contra los adolescentes, por tanto, es necesario contar con nuevas formas de encarar estos problemas a través de la justicia real, verdadera y es lo que conlleva a determinar de qué manera: ¿La justicia restaurativa se presenta como un modelo alternativo en la investigación desde la flagrancia hasta la reclusión en los centros de aislamiento de los Adolescentes Infractores en el Ecuador?.

Lo que nos lleva, a referir las características esenciales de la justicia restaurativa, para alcanzar una justicia verdadera, acorde con la reparación del daño producido

a la víctima. Por lo cual, es importante no dejar de lado la humanidad y sensibilidad del ser humano del cual se habla en cuestión, la justicia verdadera debe ser real, y no utópica como se piensa, a pesar de que existen procedimientos correspondientes, estos no cumplen con lo más importante, los valores y el centro de la situación, las personas.

Debido a que todo problema tiene un origen, y se configura desde los hechos, pasando a la formación ambigua de las leyes, hasta la manera en la cual se toman las decisiones, de acuerdo al daño producido por los adolescentes infractores. En este caso, cabe recalcar que existen otros factores que también deben ser ajustados que, indirectamente, afectan a la toma de decisiones que afectan al sujeto infractor y a la víctima.

En lo referente al campo de las Ciencias Políticas y Jurídicas, la figura de la justicia restaurativa, debemos realizarlo bajo el andamiaje del metalenguaje jurídico, axiológico o de valores como la participación voluntaria, el hablar con la verdad, la creación de un ambiente seguro y respetuoso, un compromiso positivo con la reparación a la víctima, incluyendo la petición de perdón; del contexto hermenéutico o interpretativo, que nos permite insertarnos en el campo teórico y práctico-jurídico del constitucionalismo o neo-constitucionalismo en el Ecuador con su propuesta paradigmática de ser un Estado constitucional de Derechos y Justicia; lo que a mi entender reviste singular importancia acorde a la perspectiva en el ámbito académico y en la praxis jurídica.

1.1.2. La importancia, aplicabilidad y legalidad de los preceptos de la Justicia Restaurativa.

A través de los años, se han realizado una serie de congresos patrocinados por la Organización de las Naciones Unidas, desde el año 1955 en adelante, en los que se ha venido debatiendo sobre la importancia, aplicabilidad y sobre todo legalidad de los preceptos de Justicia Restaurativa de los adolescentes infractores; aplicables a los sistemas jurídicos propios de cada Estado. Siendo entonces el tiempo un factor determinante dentro de la evolución de la Justicia Restaurativa y de las constantes modificaciones a los sistemas jurídicos penales a nivel

internacional y particularmente en el nuestro. De acuerdo con las Naciones Unidas, el desarrollo social implica buscar las formas de operación de los sistemas de justicia que sean más eficaces y humanas. Una de las recomendaciones que da esta organización mundial es el fomento de la aplicación de sistemas alternativos de aplicación de la ley.

La Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal de la ONU; establece que los principales componentes de un sistema de justicia ideal incluirían la prestación de asistencia a las víctimas, el mejoramiento del acceso a la justicia, la promoción de la justicia de menores, adolescentes; y el apoyo a las medidas alternativas al encarcelamiento. A estas alturas resulta fundamental que tengamos presentes en que principios filosóficos se basa esta teoría de la Justicia Restaurativa y estos son:

Primero. La Justicia Real exige que se trabaje por reparar de manera integral a quienes hemos dañado: víctimas, agrupaciones o comunidades e inclusive al mismo ofensor. Este principio nos invita a que reflexionemos sobre la verdadera función de la justicia.

Segundo. A pesar de que no exista una sola definición que pueda asumirse como oficial, existiendo incluso varias denominaciones como “justicia comunitaria”, “hacer reparaciones”, “justicia positiva”, “justicia relacional”, “justicia reparadora” o “justicia restaurativa”; empero, podemos mencionar algunas relevantes que describen de modo muy puntual los alcances y características de la justicia restaurativa.

Así, por ejemplo, según Julio Andrés Sampedro Arrubla, en su trabajo La Justicia Restaurativa – Una Nueva Vía, define a ella como: “La justicia restaurativa constituye una visión alternativa del sistema penal que, sin menoscabar el derecho del Estado en la persecución del delito, busca, por una parte, comprender el acto criminal en forma más amplia y en lugar de defender el crimen como simple transgresión de leyes, reconoce que los infractores dañan a las víctimas, comunidades e incluso a ellos mismos; y por la otra, involucra más partes en respuesta al crimen, en vez de dar papeles clave solamente al Estado y al infractor, incluye también a las víctimas y a la comunidad.

En pocas palabras, la justicia restaurativa valora en forma diferente el éxito frente al conflicto, en vez de medir cuánto castigo fue infligido, establece si los daños son reparados o prevenidos”. El Manual sobre programas de justicia restaurativa de las Naciones Unidas (UNIDAS, 2006) (Office on Drugs and Crime), entiende la justicia restaurativa, como:

“Una forma de responder al comportamiento delictivo balanceando las necesidades de la comunidad, de las víctimas y de los delincuentes. Es un concepto evolutivo, que ha generado diferentes interpretaciones en diferentes países, respecto al cual no hay siempre un consenso perfecto”.

A su turno, José Benito Pérez Saucedo y José Zaragoza Huerta, en su trabajo titulado Justicia Restaurativa: del Castigo a la Reparación, defiende a la justicia restaurativa como:

“Un proceso en el que las partes implicadas en un delito determinan de manera colectiva las formas en que habrán de manejar sus consecuencias e implicaciones. Representa una respuesta evolucionada al crimen, que respeta la dignidad y la equidad de cada persona, construyendo la comprensión y promoviendo la armonía social, a través de un proceso de sanación de las víctimas, los ofensores y la comunidad. Dicha respuesta se base en virtudes como: sensibilidad, apertura, confianza, esperanza y sanación”.

1.1.3. El enfoque restaurativo en el campo educativo

En el ámbito educativo, el enfoque restaurativo permite construir un conjunto de valores, actitudes, tradiciones, comportamientos y estilos de vida que rechazan la violencia y previenen los conflictos, tratando de atacar sus causas para solucionar los problemas mediante el diálogo entre las personas. En los centros educativos, las prácticas de justicia restaurativas están dirigidas a crear y fortalecer el sentido de comunidad y prevenir, detectar y gestionar los conflictos y las manifestaciones de violencia el llamado bullying (maltrato verbal psicológico).

Entre las principales herramientas de justicia restaurativa que se pueden aplicar en el ámbito educativo se encuentran los círculos y las reuniones restaurativas, que ofrecen una amplia gama de posibilidades frente al abordaje de las controversias, los conflictos, el daño o el delito. Para mayor detalle y profundización del Enfoque Restaurativo, me permito remitirme a los siguientes enfoques:

Primero. Empoderarse, entre directivos y docentes sobre la normativa constitucional e integral educativa en el contexto de la Justicia Restaurativa.

Segundo. Interacción de la temática de justicia restaurativa entre docentes y estudiantes, en torno a los principios de restitución, que incluye el servicio a la comunidad y la reconciliación víctima-delincuente

Finalmente, el enfoque educativo integrador sobre la justicia restaurativa, debe estar socializado entre directivos, docentes, estudiantes y padres de familia.

1.1.4. El empleo de los Medios Alternativos de Resolución de Conflictos en la Justicia Restaurativa.

En el Ecuador se ha venido dando a través de los últimos diez años, una transformación completa dentro de lo que comprende el ámbito legal o sistema de justicia nacional, es decir se han modificado de manera clara y contundente las diversas normas, leyes, reglamentos y demás cuerpos legales que rigen el desarrollo de la vida cotidiana de todos y cada uno de los ecuatorianos. Este cambio tomó fuerza innegablemente a partir del año 2008 con la decisión vía referéndum (consulta popular) de realizar una Asamblea Constituyente que elabore una nueva constitución, norma suprema del ordenamiento jurídico público y privado de la cual se desprende el marco general al cual las demás leyes deben supeditarse y adaptarse.

Entre la serie de cambios y reformas que esta nueva constitución trajo consigo al ordenamiento legal del país, desde el momento de su publicación en el Registro oficial, encontramos que da origen a la temática que se va a desarrollar a lo largo del presente trabajo investigativo sobre la justicia alternativa y que es el objeto

propio de la investigación a realizarse, todo esto entorno a la incorporación en el Código de la Niñez y Adolescencia, en el nuevo Código Orgánico Integral Penal (COIP) de los Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos, conocidos también como los (MARC), dentro del sistema procesal penal del Ecuador que da lugar a la inseguridad e ineficacia procesal, todo como presupuesto de una Justicia Restaurativa utópica. No obstante, el reconocimiento que hace la actual Constitución de la República del Ecuador, en adelante CRE, a los Métodos Alternativos para la Resolución de Conflictos, en su articulado 190 que versa de la siguiente manera:

“Art.190.- Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir (...)” (CRE, 2008).

Es así, como los Métodos Alternativos para la Resolución de Conflictos traen consigo el aumento en la eficiencia del sistema de justicia en materia constitucional, educativa, de menores, penal, ya que los conflictos se resuelven de manera más rápido, generando menos costos para el Estado, además repara “integralmente” a los sujetos procesales del conflicto.

La misma nos da un parámetro de incorporación y reconocimiento constitucional, pero no es sino hasta la publicación oficial del nuevo Código Orgánico Integral Penal (COIP, 2014) , en febrero de 2014, que surge la problemática acerca de la Justicia Restaurativa de los adolescentes infractores, como modificación o alternativa al enfoque que se ha venido tejiendo, acorde al procedimiento penal ordinario a lo largo de la historia del Ecuador.

Esta modificación precisamente, ha sido incluida de manera novedosa dentro de la elaboración del Código Orgánico Integral Penal, en adelante (COIP) no es nueva puesto que en principio la mediación en materia penal ha sido considerada desde hace muchos años atrás en nuestro país, además en países latinos como por ejemplo México, Chile, Colombia y otros más la integración de los MARCs en su sistema penal fue el punto de partida para el desarrollo de la llamada Teoría de la Justicia Restaurativa propuesta por grandes autores como Tony Marshall, Daniel

Van Ness y de manera particular por Howard Zher, este autor, ha hecho posible que la Justicia restaurativa, haya pasado a ponerse en práctica y a ser materia de arduos análisis por parte de organismos internacionales como la Organización de las Naciones Unidas (ONU), que ha realizado una serie de congresos con la finalidad de tratar este tema en concreto y definiéndolo a la conciliación en este sentido como un mecanismo de justicia restaurativa, pues implica la resolución de un conflicto pero de manera rápida y directa.

En los términos de dicha organización y en el congreso de 2002 se pronunció de la siguiente manera: “(...) por proceso restaurativo se entiende todo proceso en el que las víctimas, el delincuente y, cuando proceda, cualesquiera otras personas o miembros de la comunidad afectados por un delito, participen conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito, por lo general con la ayuda de un facilitador” (Ahumada, 2011).

De igual manera organismos del Estado; han adoptado una serie de posturas, conceptos y demás, que han surgido en torno a este tema, han mantenido una idea central constante en la mayoría, lo que nos permite acercarnos a un concepto que se podría entender como cercano a la unanimidad, mismo que ve a la Justicia Restaurativa entendida como:

“El compromiso del Estado de aplicar la justicia desde el margen restaurativo, da un vuelco a la concepción de justicia, cobrando plena vigencia su concepción profundamente humana, en donde explícitamente ésta se preocupa y ocupa de la realidad de cada uno de los protagonistas del conflicto penal, procurando la armonización de sus relaciones o, en el más alejado de los casos, que continúen sus vidas habiendo experimentado cambios socio-cognitivos que les permitan superar sus respectivas condiciones (...)”. (Secretaría de Gobernación , 2010).

En otras palabras, de manera general se podría decir que la Justicia Restaurativa de los adolescentes infractores en el marco jurídico del Ecuador; es aquella que pretende buscar una solución integral para los conflictos en materia de menores y adolescentes, así como penal, haciendo que cada uno de los sujetos miembros del conflicto, ya sea el victimario, la víctima y la comunidad (sociedad) en general,

reciban, al tenor y en concordancia con los principios enunciativos propios de la Justicia Restaurativa, satisfacción en sus necesidades y se cumpla con 3 sus obligaciones y quede de esta manera subsanado el inconveniente de manera a) ágil, b) oportuna y c) eficaz. Estas características propias de la denominada “Posibilidad de Conciliación”, que contempla la vigente legislación penal, es necesario hacer la primera aclaración relevante a este tema, pues bien esta Posibilidad de Conciliación” cabe exclusivamente a determinados tipos penales que cumplen con las características señaladas en el Título Décimo, Capítulo I, Esta normativa es claramente taxativa al enunciar las características que deben englobar los tipos penales para que estos puedan, dada la elección de las partes, ser resueltos mediante la vía de la conciliación.

De igual manera es de vital importancia señalar los principios que la denominada conciliación debe respetar. Sin que esto guarde relación directa con los principios procesales penales generales que rigen el proceso penal como materia y rama del derecho.

La normativa señala para estos efectos el artículo subsiguiente que establece los principios que debe cumplir la conciliación. “Posibilidad de Conciliación” que contempla la vigente legislación penal, es necesario hacer la primera aclaración relevante a este tema, pues bien, esta Posibilidad de Conciliación” cabe exclusivamente a determinados tipos penales que cumplen con las características señaladas en el Título Décimo, Capítulo I, Art. 662 del Código Orgánico Integral Penal (COIP, Código Orgánico Integral Penal , 2013). Título que está encargado de regir el uso de los Métodos Alternativos para la Resolución de Conflictos, en específico la conciliación, que es el método reconocido expresamente, primer y exclusivo mecanismo que el legislador ha decidido plasmar y reconocer en la normativa.

“La justicia restaurativa se constituye en un mecanismo alternativo de enfrentamiento de la criminalidad, con el cual se modifica el entendimiento tradicional fundado en la idea de castigo o retribución, para optar por una visión basada en que para la sociedad no sólo tiene valor el castigo de la persona responsable sino que puede ser de mayor valía la reconstrucción

de las relaciones que resultan afectadas con el delito, planteando un acercamiento entre víctima y persona infractora, siempre que medie la voluntad de las partes”.

1.1.5.- La justicia restaurativa y el enfoque social, orientado a los Principios de Protección, enfoque restaurativo y del pensamiento complejo.

El modelo de justicia restaurativa parte de la premisa de que el delito perjudica a las personas y las relaciones, y que el logro de la justicia demanda el mayor grado de subsanación posible del daño, centrando su atención en la víctima. Su enfoque es cooperativo en la medida que genera un espacio para que las personas involucradas en el conflicto se reúnan, compartan sus sentimientos, y elaboren un plan o acuerdo de reparación del daño causado que satisfaga intereses y necesidades recíprocos”

“La justicia restaurativa es el proceso en el que la víctima, el ofensor, y cuando proceda, cualquier miembro de la comunidad, participan conjuntamente y de forma activa en la resolución del conflicto y en la reparación del daño causado por el delito, en busca de un resultado restaurativo.

Por tanto, las prácticas de justicia restaurativa, abordan los conflictos desde un enfoque social, afectivo, pedagógico y de derechos, orientado por los *principios de protección integral y el principio del interés superior*, según el contexto de la Constitución de la República del Ecuador (CRE, Constitución de la Republica del Ecuador , 2008) detalla en los arts. 44 y 45; el Principio del Interés Superior, de los niños, niñas y adolescentes; dichos artículos arriba antes citados, trata sobre este principio que es primordial para garantizar el interés superior de los niños, niñas y adolescentes que es un derecho que está por encima de los demás principios constitucionales, que para el Estado ecuatoriano son muy importantes e indispensables.

Diferentes investigaciones prueban que el modelo de gestión de conflictos basado en el enfoque restaurativo frena el comportamiento negativo del estudiantado de

manera mucho más efectiva que los modelos basados únicamente en sanciones y castigos. Reducen considerablemente la probabilidad de reincidencia, facilitan la restauración de relaciones entre las personas implicadas, ayudan a instaurar un sentimiento de pertenencia a la comunidad, favorecen la reparación de los daños en el grupo de estudiantes víctimas y aumentan la implicación personal en la resolución del conflicto y los niveles de satisfacción general de las personas involucradas.

Empero el costo procesal y de principios procesales es aceptable por lograr de cierta manera estos aspectos hasta cierto punto positivos. Sobre esto los juristas consideran que:

“Estas razones, tan buenas como aparecen en la teoría, tienden a visibilizar cuestiones tan básicas y elementales como los principios de legalidad, de proporcionalidad de la pena, de mínima intervención, de presunción de inocencia, el principio de oportunidad, de culpabilidad atribuida en un juicio, de imposición de la pena como consecuencia lógica de un debido proceso en donde el juzgador obtuvo certeza del cometimiento de la infracción y de la responsabilidad del procesado, etc., es decir que asistimos en algunos casos a la no utilización y hasta la eliminación de las garantías formales y materiales del Derecho constitucional, de menores, penal y procesal penal, incluso por parte de operadores judiciales”. (Criollo, 2015).

Finalmente, la justicia restaurativa de los adolescentes infractores se puede aplicar la caracterización del pensamiento complejo, en algunos artículos científicos por citar al filósofo (Morin, 1994) establecía que la teoría de la complejidad es como su nombre mismo lo indica, complejo, en ese sentido; en se pretende aplicar este pensamiento complejo, adaptado a los adolescentes infractores así como también a las víctimas producto de un acto ilícito cometido por aquellos adolescentes, el pensamiento complejo parte de principios fundamentales coincidentes con la lógica dialéctica que están relacionadas entre sí, como ser reconocimiento de la existencia de la realidad objetiva y sus cualidades; la existencia de la materia en sus múltiples formas de movimiento que el conocimiento es un proceso social

ininterrumpido y fundamentalmente el principio de la concatenación universal, que implica que en la realidad objetiva todos los procesos y fenómenos ocurren en una relación de la concatenación entre estos, incluyendo a los objetos.

La doctrina indica cuando se encuentran inmersos niños, niñas y adolescentes, son procesos humanos y no litigiosos, en las investigaciones o en los procesos dentro de una infracción penal cometidos por aquellos adolescentes infractores en conflicto con la ley penal, los procesos tienen varios componentes, que esto a su vez, son etapas de procesos que se deben llevar a cabo en cada uno de sus apartados, pero principalmente en este, donde el investigador va seleccionando el proceso metodológico, respecto a las cualidades que tiene dicho trabajo y no se debe saltar pasos durante el transcurso, de reparar por ejemplo un daño causado a la víctima, no solo la ofensa, sino las relaciones dañadas y el impacto en el tejido social y en la comunidad, y en segunda instancia el objetivo de lograr que el victimario reconozca su responsabilidad, que sea consciente del sufrimiento infringido a la persona y familiares y en este orden lograr reconciliarse con la víctima. Lo que configura una triada de R (Reparar, reconciliarse y reintegrarse), a fin de que la concepción que se tiene del delito en la justicia restaurativa, es superar, a lo preceptuado en la justicia retributiva, en que el delito además es una ofensa contra el Estado y por consiguiente se observa las consecuencias legales calificando a la conducta jurídica culpable, lo que representa además el delito como un atentado contra la sociedad, contra el orden jurídico instituido, en que los actores centrales son dos 1) el infractor de la norma; y, 2) y el Estado, ya que atenta contra la seguridad del mismo. Mientras en la justicia restaurativa, los actores centrales son tres: 1) La víctima, 2) el victimario; y, 3) la comunidad; siendo el delito un daño a la que afecta a la víctima, que se expresa por su dolor, sufrimiento, a la comunidad incluyendo al victimario quién debe estar dispuesto a reconocerlo a entender a la víctima, a sus familiares y a buscar reconciliación y sobre todo reparar el daño que causó, también a la Comunidad.

CONCLUSIONES

La necesidad, de explicar la justicia restaurativa a los directores de los centros de aislamiento de adolescentes infractores en conflicto, a los operadores jurídicos, abogados en libre ejercicio profesional y su relación con el Código Orgánico Integral Penal.

La ventaja de revisar los procedimientos del sistema de administración de justicia, conforme a la tutela efectiva, al debido proceso y a la seguridad jurídica constantes en la Constitución, en armonía con la necesaria aplicación de las medidas socioeducativas señaladas en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, en que se conozca el sufrimiento de la persona y el reconocimiento por parte del autor del sufrimiento causado a la víctima, familiares y comunidad.

Otra ventaja, resulta al determinar la manera de aplicar la justicia restaurativa de los adolescentes infractores, en torno a los “principios del interés superior de los niños, niñas y adolescentes; y a la protección de la víctima”.

Finalmente, no solo se debe indicar en que consiste la protección jurisdiccional conforme a los instrumentos internacionales de las Naciones Unidas, la Constitución, al Código Orgánico Integral Penal, al Código Orgánico de la niñez y adolescencia en torno al principio de reparación a la víctima, sino el de restitución, para mejorarlas, que incluye el servicio a la comunidad fortaleciendo el tejido social y la reconciliación víctima-delincuente.

Bibliografía

417, L. D. (14 de DICIEMBRE de 2016). COMISIÓN DE LEGISLACIÓN Y CODIFICACIÓN CODIFICACIÓN. ECUADOR.

Ahumada. (2011). La conciliación: un medio de justicia restaurativa; análisis y reflexiones de su implementación en el delito de inasistencia alimentaria en Colombia . *FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS*.

Asamblea Constituyente. (2008).

Código de la niñez y adolescencia. (2020). Obtenido de www.gobernacion.gob.mx/es_mx/SEGOB/Estudios_de_opinion

COIP. (2013). Código Orgánico Integral Penal .

CRE. (2008). Constitución de la Republica del Ecuador.

CRE. (2008). Constitución de la Republica del Ecuador .

Criollo. (2015). *Ejes para la participación individual en el proceso socioeducativo de jóvenes vinculados al Club Amigó Trinidad Galán de la Congregación Religiosos Terciarios Capuchinos.*

Llasag. (2017). Los Derechos de la Naturaleza y la Naturaleza de sus Derechos.

Morin. (1994). *La complejidad humana* .

ONU. (2013).

SEGOB. (2010). *Secretaría de Gobernación* . Obtenido de http://www.gobernacion.gob.mx/es_mx/SEGOB/Estudios_de_opinion

Ted Wachtel. Terry O! Connel. Reuniones de Justicia Restaurativa. Ed. International Institute, Primera Edición Lima, 2012.

UNIDAS, N. (2006). *UNODC*. Obtenido de https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Manual_sobre_programas_de_justicia_restaurativa.pdf

El Estatus del Embrión Humano en el Pacta Sunt Servanda

The status of the human embryo in the Pacta Sunt Servanda

Héctor Arcelio Mosquera Pazmiño¹⁹

Docente Maestría Universidad Católica de Guayaquil

Grado Universidad de Guayaquil. Práctica y Procesal Administrativa

(hector.mosquerap@ug.edu.ec) (abhectormosquera1@yahoo.com)

Resumen

En Ecuador no existen normativas que regulen la actividades de los centros clínicos de fertilidad como lo son en algunos países de Latinoamérica y de Europa, pues estos centros de fertilidad tienen asistencia reproductiva de acuerdo a los medios que posibilita la Ley, encargados específicamente de la reproducción no solo a favor de los derechos reproductivos sino a la familia en sí, incluso restringiendo experimentos que afectan a la genética, cabe indicar que Legislación española ha regulado que los embriones congelados a partir del tercer año son donados para investigaciones ya que al realizarse la fertilización in vitro causaría deficiencia en el crecimiento del niño incluso en el riesgo de la vida de la madre. El derecho civil considera al embrión como un bien, catalogándolo como objeto de relaciones jurídica donde se los pueda comercializar para objeto de investigación científica, pues el ser humano aparece desde la concepción, siendo acreedor de su tratamiento y de los derechos fundamentales que son la vida, libertad e igualdad; muchos autores mantienen su postura de que el embrión por si solo no es nada pues depende de proyectos prenatales y lugar donde reproducirse sin considerarlo como una persona. Es allí donde surge el pacta sunt servanda, como un contrato atípico entre el médico y el paciente, donde lo principal es el acuerdo de voluntades, de quien se somete al tratamiento y el que lo aplica responsablemente, es decir, también el consentimiento es importante tanto para las partes, como en el espíritu del contrato, que forman parte de

¹⁹ Universidad de Guayaquil. Ecuador

atención del médico y paciente. El “contrato de asistencia reproductiva” garantiza previamente el procedimiento, riesgos y las alternativas respecto al peligro previsible o no previsible, este tipo de contrato el Código Civil de Argentina lo considera como “consentimiento informado”, de manera que el paciente conoce las etapas del tratamiento y sus limitaciones. Sin embargo, críticos piensan que no puede considera la voluntad como el de consentimiento bipartito, cuando la decisión es del paciente y no del profesional. El embrión humano puede verse inmerso en las relaciones médico-pacientes. Constituyéndose de manera directa como sujeto y paciente, y a la vez de especial protección en el procedimiento. Por su parte, Catalina Arias de Ronchietto, considera que procedimiento debe ser provisto por un médico especializado en genética, y éste debe proveer información de los posibles riesgos de aborto, o alguna anomalía patológica. Además, aun cuando la Declaración Universal del Genoma Humano considera alterar el patrimonio genético, como una afectación a la “integridad e identidad indubitable”, que busca mejorar la calidad de vida del paciente mediante experimentos en embriones humanos viables a prueba de enfermedades.

El consentimiento informado es de gran utilidad para que el profesional lo utilice en la terapia o investigación, por lo tanto, el cumplimiento del procedimiento sería responsabilidad del paciente quien decide someterse, existiendo responsabilidad civil en el caso de que errores en el procedimiento de obtención y conservación de los mismos. Desde el año 2014, se detectó una gran parte de los embriones criopreservados no podían ser desvitrificado con fines reproductivos, por mayor tiempo en las cámaras de criopreservación, ya que no contaban con la tecnológica adecuada creándose microcristales , imposibilitándolos para la vida. Muchos críticos reaccionan a la naturaleza del acto de donación, mediante características implícitas en la misma norma ya que son gratuita, voluntario, irrevocable, para que se perfeccione necesita la aceptación de la otra parte. Los contratos de donación, constan con un acuerdo de estricta confidencialidad, pero este puede verse disminuido, cuando en virtud de derechos fundamentales, considere el “anonimato” como una limitante al reconocimiento de los derechos a conocer la filiación biológica. Con la aprobación de la Ley de Adopción Internacional (2007:

España), la cual disponía el derecho de conocer el origen biológico tanto para nacidos dados en adopción, como en concebidos mediante TRA, ha conllevado indagar en torno al derecho, sobre las aplicaciones en materia reproductiva. Este contrato posee características similares a la de cualquier contrato, entre ellos, el carácter de irrevocable, sin embargo, subsiste la posibilidad que el contrato de donación sea revocado cuando cuando de manera voluntaria el donante precise para si los gametos, siempre que se encuentre disponibles. El fin es poder ejercer sus derechos reproductivos, asistiendo a cuantos métodos posibles para poder procrear y formar una familia, sin embargo, asumir el deber ser como regla general es inobservar los conflictos en que puede verse inmerso una pareja. El dominio de quien ocupa el embrión recae sobre quien posee la representación al momento de firmar el consentimiento informado entre los padres, sin embargo, entre ellos la representación no recae exclusivamente sobre una de las partes, puede ser cualquiera de las dos, o ambas, incluso en la misma clínica. Los conflictos por los embriones pueden ser múltiples, entre ellos: a) la opción de un nuevo embarazo, - aún con una pareja ya separada-, con el reconocimiento de los derechos filiatorios en favor del embrión pre-implantario), b) la solicitud de una de las partes para la destrucción de los embriones, cuando este genera gastos para la pareja o se encuentran separados, etc. Las posibilidades pueden ser diversas de acuerdo a las circunstancias, sin embargo, la valoración del juez, al momento de decidir no observa al pre-embrión como objeto cabal, sino que le otorga medidas de protección, hasta que su destino y representación se dirime. Esta división pondría en manifiesto que al no existir acuerdo entre las partes, el destino de los embriones en el centro sería perenne, sin embargo, el Juez valoró la voluntad procreacional del demandado de manera cabal, definiéndola como suficiente y autorización previa para el ordenamiento de la desvitrificación de los embriones. Cuando uno se somete a este tipo de tratamientos, el Juez deja por sentado que, a petición de cualquiera de las partes, incluso a posterior de una separación, el mero hecho de haber firmado el consentimiento informado, este autoriza tácitamente constituirse progenitor como fundamento de la voluntad procreacional.

Palabras claves: embrión humano, consentimiento informado, pacta sunt servanta, procreacional, filiación.

Abstract

In Ecuador there are no regulations that regulate the activities of clinical fertility centers as they are in some Latin American and European countries, since these fertility centers have reproductive assistance according to the means made possible by the Law, specifically in charge of reproduction. not only in favor of reproductive rights but of the family itself, even restricting experiments that affect genetics, it should be noted that Spanish legislation has regulated that frozen embryos from the third year are donated for research, since when fertilization is carried out in vitro it would cause growth deficiency in the child even at the risk of the life of the mother. Civil law considers the embryo as a good, cataloging it as an object of legal relations where it can be marketed for the purpose of scientific research, since the human being appears from conception, being entitled to its treatment and the fundamental rights that are life. , freedom and equality; many authors maintain their position that the embryo by itself is nothing because it depends on prenatal projects and a place to reproduce without considering it as a person. It is there where the pacta sunt servanta arises, as an atypical contract between the doctor and the patient, where the main thing is the agreement of wills, of the one who undergoes the treatment and the one who applies it responsibly, that is, consent is also important. both for the parties, and in the spirit of the contract, which are part of the doctor's and patient's care. The "reproductive assistance contract" previously guarantees the procedure, risks and alternatives with respect to foreseeable or unforeseeable danger, this type of contract is considered by the Civil Code of Argentina as "informed consent", so that the patient knows the stages of the process. treatment and its limitations. However, critics think that the will cannot be considered as bipartite consent, when the decision belongs to the patient and not to the professional. The human embryo can be immersed in doctor-patient relationships. Constituted directly as subject and patient, and at the same time of special protection in the procedure. For her part,

Catalina Arias de Ronchietto considers that the procedure should be provided by a doctor specialized in genetics, and he should provide information on the possible risks of abortion, or some pathological abnormality. In addition, even when the Universal Declaration of the Human Genome considers altering the genetic heritage, as an affectation of the "indubitable integrity and identity", it seeks to improve the quality of life of the patient through experiments on viable human embryos that are disease-proof. Informed consent is very useful for the professional to use in therapy or research, therefore, compliance with the procedure would be the responsibility of the patient who decides to submit, existing civil liability in the event that errors in the procedure of obtaining and conservation of them. Since 2014, it was detected that a large part of the cryo-preserved embryos could not be devitrified for reproductive purposes, for a longer time in the cryopreservation chambers, since they did not have the appropriate technology, creating microcrystals, making them impossible for life. Many critics react to the nature of the act of donation, through implicit characteristics in the same norm since they are free, voluntary, irrevocable, in order to be perfected, the acceptance of the other party is needed. Donation contracts include a strict confidentiality agreement, but this can be diminished when, by virtue of fundamental rights, "anonymity" is considered as a limitation to the recognition of the rights to know biological affiliation. With the approval of the International Adoption Law (2007: Spain), which provided for the right to know the biological origin for both those born for adoption and those conceived through ART, it has led to inquire about the law, about the applications in reproductive matter. This contract has characteristics similar to those of any contract, among them, the irrevocable character, however, there is still the possibility that the donation contract may be revoked when the donor voluntarily needs the gametes for himself, provided that it is available. . The purpose is to be able to exercise their reproductive rights, attending as many possible methods to be able to procreate and form a family, however, assuming the duty to be as a general rule is to ignore the conflicts in which a couple can be immersed. The domain of who occupies the embryo falls on the person who has the representation at the time of signing the informed consent between the parents,

however, among them the representation does not fall exclusively on one of the parties, it can be either of the two, or both, even in the same clinic. Conflicts over embryos can be multiple, including: a) the option of a new pregnancy, -even with a partner already separated-, with the recognition of filiation rights in favor of the pre-implantation embryo), b) the request of one of the parties for the destruction of the embryos, when this generates expenses for the couple or they are separated, etc. The possibilities may be diverse according to the circumstances, however, the judge's assessment, at the moment of deciding, does not observe the pre-embryo as a proper object, but rather grants it protection measures, until its destiny and representation is resolved. This division would show that in the absence of agreement between the parties, the destiny of the embryos in the center would be perennial, however, the Judge fully assessed the procreational will of the defendant, defining it as sufficient and prior authorization for the ordering of devitrification of embryos. When one submits to this type of treatment, the Judge assumes that, at the request of any of the parties, even after a separation, the mere fact of having signed the informed consent, this tacitly authorizes becoming a parent as a basis for the procreational will.

Keywords: human embryo, informed consent, pacta sunt servanta, procreational, filiation.

I. Introducción

El estatus del embrión humano es un tema de preocupación jurídica, filosófica y científica y de mayor relevancia en el siglo XXI, debido a las múltiples posiciones entorno a su definición como bien o sujeto. Para muchos críticos, el embrión deber ser considerado como un bien especialísimo, diferente a los demás –y no como persona-, si bien este no es negociable, inhábil para el consumo, tampoco su uso y disposición depende de las posibilidades socioeconómicas del sujeto solicitante, por lo tanto, *no es un bien comercial*. El Tribunal Constitucional Español recalca

que “el embrión no viable debe ser considerado como abortado”²⁰, por consiguiente, no poseyendo rango de persona, es un elemento muerto y totalmente meritorio de disposición. Sin embargo, esta posición no respalda la pertinencia del embrión como objeto de comercio, la libre experimentación, o situaciones particulares que puedan dar como resultado el abuso de los mismos.

El embrión humano –de acuerdo a su naturaleza- se constituye en el medio indisoluble para la reproducción, por ende, se fin mediato radica en la protección y conservación de los mismos. No obstante, el progenitor posee la potestad sobre sus gametos mediante un Convenio de asistencia reproductiva firmado con los Centros de Fertilidad, con el fin de diagnosticar, procrear, conservar o donar embriones. Ecuador es uno de los países latinoamericanos con normativa deficiente en torno al tratamiento de embriones en estos Centros. Mediante la regulación a sus mecanismos, de manera sugestiva se deduce el estatus del embrión, las restricciones al uso y disposición de los mismos, y de la misma forma las implicaciones bioéticas defendido por los países más conservadores. El caso de Ecuador es crónico, en el sentido que dispone de un código de bioética aprobado por el Ministerio de Salud, pero no existe una norma que de manera especial regule las actividades de los centros o clínicas de fertilidad. Es común que parejas acudan a estos centros para ser asistidos, sin embargo, se vuelven discrecionales al momento de ser contemplados exclusivamente por el Centro y la pareja.

En países como Argentina, Costa Rica, Colombia, Brasil y demás países de Europa, los contratos de asistencia reproductiva se constituyen de acuerdo a los medios que posibilita la ley, es decir, que el ejercicio de estas clínicas debe limitarse a la reproducción, en favor de los derechos reproductivos y de familia. Incluso establece pautas acerca de las reglas atinentes a la experimentación, los controles, la voluntad, y la línea de peligro o eje permitido respecto a las posibles aberraciones genéticas –tales como la clonación y demás tipos de experimentos

² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL, Madrid, en autos “José María Ruiz Gallardón, comisionado y Diputados c/ Proyecto de Ley Orgánica de reforma del art. 417 bis del Código Penal”, exp. n° 53/1985, 18-5-85.

prohibidos- que puedan ser objeto. Además, debemos destacar que la función de los mismos centros no radica en garantizar el éxito de las prácticas, sino tratar con el debido rigor, diligencia y profesionalismo de acuerdo a los métodos esperados y previamente informados.

El consentimiento informado es el documento legítimo que solemniza la necesidad de procrear, en la línea del respeto jurídico y ético, salvaguardando la potestad para decidir sobre aquellos que ejercen la voluntad procreacional. Esta voluntad procreacional instrumenta el deseo de someterse a las pruebas necesarias para conseguir el fin solicitado. No obstante, también se arrojan elementos que están comprendidos en el consentimiento tales como, la representación, es decir, quien ejerce potestad sobre los embriones resultantes –denominado no viable-, los cuales podrán ser utilizados en una posterior ovoanidación. Desde el año 2010 se logró esgrimir ciertos aspectos entorno al riesgo de realizarse una fertilización in vitro con embriones congelados por más de 3 años, aduciendo que tan prolongado tiempo causaría que los embriones generaran micropartículas congeladas en su interior, dando como resultado la muerte del mismo, o que el niño naciera con ciertas deficiencias, incluso poniendo en riesgo la vida de la madre. No obstante, aquella situación pudo preverse a raíz del examen de capacidad para la vida, al determinar que los embriones no se encontraban aptos para vivir. De tales situaciones, tanto la legislación Argentina como diversos países del cono sur y Europa, observan un régimen de responsabilidades por daños, incluso de sanciones específicas a las actuaciones imprudentes y negligentes por parte de los Centros de Asistencia Reproductiva.

Consecuente a los embriones humanos que pasan mucho tiempo en los bancos de crio preservación –cinco años para ser específico- y con otro método de vitrificación, se da apertura a la posibilidad para que estos puedan ser utilizados por otra persona o destinados a fines de investigación. La legislación española acentúa esta posición, sin embargo, sean donados o utilizados para investigación, no ha significado una constante superlativa para disminuir el número de embriones acumuladas, o liberarlos de futuros conflictos legales. Limitados a la estricta

potestad de los beneficiarios, no queda descartado que existan conflictos genéricos derivados de situaciones insanas o conflictos de carácter familiar que pueden defenestrar la situación de los embriones a un estado pasivo en los bancos de crío preservación, o empujarlos a un conflicto en torno a la representación de los mismos.

La representación de los embriones no viables se constituye en un fin inmediato cuando este es objeto de conflictos legales –comúnmente en divorcios, o separaciones conyugales-, cuyo objetivo es desvitrificar los embriones restantes para implantarlos, aun en contra de la voluntad de uno de los progenitores, sobre quien recaen las obligaciones emergentes de los derechos filiatorios. El resultado de las prácticas genéticas trae consigo situaciones de conflicto en torno al ejercicio de la voluntad procreacional, junto con las implicaciones jurídicas y éticas que corresponden. Las nociones jurídicas en torno a la voluntad procreacional enfatizado en el deseo de procrear debe ser de dos, mas no privativo de una parte, pues el interés del embrión pre implantorio, es poseer sus dos padres con el fin de garantizar un desarrollo ideal para el concebido. Sin embargo, fallos como el caso de argentina (Bartolozzi) enfatiza la posición de la Corte al considerar la voluntad procreacional previa, suficiente para la existencia, dejando de un lado los derechos subjetivos del neonato, como lo serían una familia plenamente unificada y estable, etc.

Desarrollo del Tema

1.- Connotaciones jurídicas del no nacido en el derecho civil romano.

1.1.- El no nacido y su *statu hominun*. -

El *statu hominun* en el Derecho Civil Romano clásico, se identifica –en cierto aspectos- con el modelo actual. Para Pierangelo no existe una dicotomía entre la condición *homine* y *prsonae*²¹, sino que poseen la misma identidad, “la pertenencia a la raza humana”, sin embargo, Gayo diferencia el prototipo de

²¹ CATALANO, Pierangelo, *Diritto e persone. Studi su origine e attualita de sistema romano*, Torino, Giapichelli Editore, 1990, p. 169.

hombre de acuerdo a la calidad que representa socialmente, como “hombre libre y esclavo”²² (*personae servi*²³). Esta calidad era valorativa en cuanto al *nasciturus*, siendo este concebido por un esclavo, automáticamente se convertía en un *homo* de igual condición que su progenitor. De tal forma, durante el embarazo su destino estaba supeditado a la voluntad del propietario.

El *nasciturus* como tal, devela la concepción clásica jurídica en torno al momento que se computa la existencia del ser humano. Para el Derecho Civil Ecuatoriano, se reputa persona y existe jurídicamente cuando es separado totalmente de la madre, y permanece vivo al menos dos días, sin embargo, para el derecho Romano, habiendo nacido vivo, se le “computaba el tiempo que permanecía en el vientre materno desde la concepción”. Aquello justificaba la especial tutela que poseía el *nasciturus* en el Derecho Romano, vistas desde el digesto de Justiniano como *principio de paridad*. Este principio hace énfasis en que el *nasciturus* –sin importar su constitución- “debe ser considerado nacido”. Por consiguiente, si su existencia se computa desde la concepción, entonces no se verá afectado por las relaciones de su progenitora, –aún en estado de gravidez-, siendo jurídicamente independiente de cualquier percance externo. Justiniano resalta en *Institutas Título IV, libro 1*, que el concebido libre, -por azar mayor- haya de nacer de madre esclava, este no pierde su *status de hombre libre*.

1.2.- El deber tutelar del concebido en el digesto de Justiniano.

El concebido alcanza significación cuando su existencia en el mundo material lo hace acreedor de derechos, por consiguiente, no es de sorprenderse que los Magistrados romanos hallan concedido curadores en casos específicos. La obra *Institutas* de Justiniano observa el deber tutelar de los hijos póstumos, y su derecho de poder acceder a un tutor por testamento. Ya que este, da haber nacido, habría contado como heredero y estado sujeto a patria potestad. Sin embargo, este puede perder estos derechos en el caso de nacer 9 meses posterior a la muerte de quien se reputa la paternidad (Digesto V).

²² DI PIETRO, Alfredo: *Derecho Privado romano*, Buenos Aires, Editorial de Palma, 1999, p. 79.

²³ IGLESIAS, Juan, *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado*, Barcelona, Editorial Ariel, 1983, p. 118.

2.- Estatus jurídico del pre-embrión humano en el Derecho Civil contemporáneo ¿persona o bien?

El Derecho Civil es la rama de las ciencias jurídicas que observan las relaciones de las personas en torno a su capacidad, y como estas se obligan de hecho y de derecho mediante la convención. El Derecho Civil tiene como principio y fin las personas –denominado sujeto de derechos-, quienes ejercen dominio sobre las cosas –refiriéndose a los bienes-. Atendiendo a los principios del derecho civil, “*todos los bienes son cosas y no todas las cosas son bienes*”, por consiguiente, *bienes* son todas las cosas susceptibles de apropiación y objeto de relaciones jurídicas (compra, venta, donación), sin embargo, las *cosas* se mueven en un eje genérico que incluyen objetos imposibilitados de apropiación, como el sol, la luna, las estrellas, fenómenos de la naturaleza, etc, imposibilitado de negociar con los mismos, o que carezca de valor. Aunque esta concepción cambiaría radicalmente, cuando existen contratos de compra y venta de terrenos en la luna, o cuando se utilizaría sus efectos para brindar un servicio.

Dirimir la calidad del embrión, en cuanto a un sector específico, manifiestan que reúne los requisitos formales para ser considerado como bien, entre ellos, es susceptible de apropiación y es objeto de relaciones jurídicas (donación). Siendo así, atendiendo al principio primario del derecho civil, el término apropiado para denominar al embrión no sería *cosa*, sino un *bien*. Sin embargo, sea “*bien y cosa*” a la vez, valorar al embrión como *sujeto de derechos*, sería la parte antagónica necesaria materia de estudio.

El Código Civil Francés provee una cosmovisión distinta, manteniéndose escéptico a las dos posturas. En el artículo 16. 1 –del mismo código-, instituye dos etapas de la vida humana: a) la de ser humano, b) la de persona. Cada una con atribuciones otorgadas en el curso del desarrollo del mismo. El *ser humano* aparece con la “*concepción*” –termino discutido en el caso *Artavia murillo vs. Costa Rica*-, siendo acreedor de respeto en su tratamiento, y es *persona* con el nacimiento, acreedor de derechos fundamentales, tales como la vida, libertad, igualdad, etc. El legislador francés al considerarlo no tributaria de derechos fundamentales,

tampoco lo esgrime como cosa, materia genética, o bien superfluo, sino que crea un régimen especializado de protección al mismo, categorizado en un estatus preparatorio o pre persona. De esta forma, el legislador establece un principio nuevo en el derecho civil, que “no todas las personas son seres humanos, y no todos los seres humanos son personas”²⁴.

El Código de Salud Pública francés, dispone un trato especial al denominado pre-embrión, pues regula de manera sistemática la asistencia reproductiva, sobrentendiendo una categoría adicional entre personas y cosas. Además, se encuentra categorizado como *sujeto pasivo* de derecho, pues este depende de un proyecto prenatal, y no puede ejercer acciones en contra de terceros como lo hacen las personas. La protección al pre-embrión no es legalmente absoluta, pero tampoco se considera objeto de derecho, pues no es un elemento factible de propiedad, es decir, que se pueda comercializar o exigir patentes, etc. Sin embargo, el embrión in vitro posee cuatro destinos distintos definidos legalmente, entre ellos, el que sea objeto de investigación científica. Razón por la cual, se observa el ejercicio de un razonamiento destinado a subsumir principios, ponderando la existencia del mismo de acuerdo a su fin.

Diversos autores sostienen que “*el embrión por sí solo no es nada*”²⁵, considerado como un humano sin cualidades de persona, por razón que: a) depende de un proyecto pre natal, b) depende de genitores o un lugar donde producirse. C) no posee derechos oponibles. Sin embargo, la incógnita prolifera las expectativas de una supuesta naturaleza fluctuante respecto al embrión, –distinta a las consideraciones binarias hombre-cosa- cuando el Tribunal francés no admite inclinarse a ninguna de las dos posturas. Siendo absurdo para el Tribunal considerarlo persona, y también su “*cosificación*”²⁶, entendemos que su valor

²⁴ BELLIVIER, Florence y BRUNET, Laurence, *Evolution des catégories normatives de jugement de la vie en droit de la bioéthique*, Paris, La découverte, 2001, p. 186.

²⁵ De Rempel, Noemí, La protección jurídica del embrión, Buenos Aires, Ediar, 2016, p. 67.

²⁶ HUNTER-HENIN, Myriam, “Bioéthique”, en *Pour une redefinition du statut personnel*, Aix en Provence, Presses Universitaires d’Aix-Marseille, 2004, p.107.

jurídico alcanza mayor relevancia dependiendo del *“futuro que lo llama”*²⁷, es decir, que del proyecto prenatal pasa a formar parte de una planificación familiar.

La situación es distinta en torno a un *embrión viable*, es decir, se encuentra dentro de un proyecto prenatal, por consiguiente, posee un “estatus médico”, definido como “paciente”, cuya protección radica en la observancia de la misma hasta su posterior nacimiento y desarrollo. Esta condición ético-jurídica, fue acuñada por la Academia Nacional de Medicina de Francia, en el año 2002, afirmando que la experimentación sobre los embriones *“independiente de su naturaleza”*, (viable, no-viable), debe formar parte de ese *status medico* como “paciente”, sin embargo, para muchos es una excusa formal, en aras de permitir la experimentación indiscriminada sobre embriones en beneficio del comercio reproductivo, para otros, un objetivo inmediato para la supervivencia de los mismos. No obstante. la disparidad de pensamientos, hay quienes consideran que todo forma parte de una *“ficción filosófica- jurídica”*²⁸.

3.- El pacta sunt servanda en la relación médico-paciente

Etimológicamente este término latino hacer referencia a la obligación de las partes en torno al convenio o tratado. Este lazo vincula a las personas involucradas en la convención, quienes al momento de solemnizarlo condicionan su voluntad al cumplimiento íntegro del mismo. Aunque el principio –desde el Derecho Romano- se mantiene en el derecho contemporáneo, ha sido objeto de ciertas actualizaciones manteniendo el mismo sentido. Entre estas nuevas consideraciones al principio esta: a) la transmutación del término “vínculo a relación” –introducido por Savigny-, mediante el cual, se deja por sentado que la obligación es la que relaciona a los contratantes. B) la consideración de los elementos objetivos del contrato, es decir, perseguir el fin dispuesto, en lugar de las razones subjetivas que dieron origen al contrato. C) la índole jurídico-privada de la obligación propiamente dicha, debido a que no toda prestación integra el objeto de la relación obligatoria.

²⁷ SIBONY, D., “Lembryon entre chose et personne humaine”, París, Centro Rachi, 1995, p. 107.

²⁸ ATLAN, Henri, *L’Utérus artificiel*, París, Seuil, 2005, p.58.

Por lo expresado, subyace un modelo de *contrato atípico* entre el médico y el paciente, cuyo fundamento repercute en el acuerdo de voluntades, de quien se somete al tratamiento y el otro de aplicarlo responsablemente –so pena de castigo por negligencia o mala práctica médica-. Diversos Autores afirman que esta relación debe ser considerada como la del contrato de mandato (Cód, Civil Ecuador, art. 2020), haciéndolo extensivo al médico –como mandatario-, a quién le confiere o encarga determinado negocio, bajo riesgo del comitente. De esta consideración, Alessandri concluye que, agravando la relación –en este caso médico-paciente- por razón de las remuneraciones que percibe, tendría que poner en manifiesto el cumplimiento de toda la diligencia. Barros Bourie –respecto a la naturaleza de los contratos de servicios- afirma que son aquellos cuyas reglas correspondientes al mandato son aplicables, además, minimalistas en torno al “arriendo de servicios inmateriales”.

Por cuestiones de fondo, esta posición ha sido objeto de cuestionamiento, por ser la posición de Barros: a) un encargo jurídico y, b) una contraprestación de servicios. Además, para muchos juristas no es justipreciable considerar las relaciones médico-paciente como “negocios jurídicos”, –conducidos por el paciente-. El médico de manera facultativa confiere una prestación de carácter médico, denominado “obligaciones de ejecutar”, el cual, mediante el denominado contrato podemos deducir que este es un contrato de servicios médicos. Según Stitchkin, jurídicamente no existe una categoría jurídica que permita clasificar este tipo de servicios, sino que debe ser considerado de acuerdo a las premisas del mandato, es decir como arriendo de servicios inmateriales. Sin embargo, aunque obedezca a las reglas del mandato, no puede ser calificado como mero mandato. Además, incluye a su afirmación que “si la prestación de determinados servicios, no repercute en la comisión de uno o más negocios, entonces la figura jurídica aplicable es el arriendo o prestación de servicios inmateriales –haciendo

referencia a la relación médico-paciente, como la consulta al profesional del derecho, quien asesora o provee conocimiento acerca del derecho discutido²⁹.

Desde la lógica jurídica, el contrato de servicios médicos no podría introducirse bajo mandato, pues este se caracteriza por ser “gratuito y de honor”³⁰. Además, se encuentra implícito la relación de confianza entre el mandante y el mandatario, que por circunstancias múltiples no se da en la relación médico-paciente, que difiere de acuerdo a las posibilidades del que requiere un tratamiento, incluso de esta relación se deduce diversas obligaciones y derechos. De ello se mantiene la idea de que determinada relación forma parte de los contratos atípicos, pues no se ha definido de manera orgánica, sino que influye, por una parte: a) el deber de ofrecer la debida diligencia al tratamiento, y b) y el seguir las pautas indicadas, por la otra. Además, tampoco podría considerarse como “arriendo de servicios inmateriales”, que converge en el predominio de las capacidades intelectuales sobre el trabajo manual, que no es lo mismo a la labor que realiza el médico que provee un tratamiento.

Es fascinante deducir –desde aquella perspectiva- que la relación entre el médico y el paciente se configura en la forma de *contrato atípico*. Denominado atípico por razón de que su constitución no depende de un régimen legal específico, sino que proviene de un convenio privativo entre las partes –uno de someterse al tratamiento, y el otro de aplicarlo con responsabilidad-. Además, este es complejo, bajo las premisas de *consientes obligaciones*, deberes, o cosas por hacer, que no específicamente comparte un cuerpo legal, sino que confluyen en un sinnúmero de normas dispersas, o adyacentes que conforman un todo relacional, al cual se le denomina “lex artis”. Es reprochable confundir el estado atípico del contenido del contrato con la exactitud del mismo, siendo conciso de acuerdo a sus fines. Además, por su carácter complejo, lo hace diferente a cualquier juicio que se puede hacer similar al Código Civil, por no ser consecuente con la relación entre el paciente y el profesional de la salud.

²⁹ STITCHKIN, David. *El mandato*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1975, p. 75.

³⁰ MANTILLA, Fabricio, *El contrato de prestación de servicios médicos en el derecho colombiano*, Bogotá, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2008, p. 483.

La relación médico paciente, puede deducirse en un contrato de tipo complejo, cuya categorización o naturaleza responde a un proceso, es decir el tratamiento, ha hecho que diversos autores consientan de esta relación una aplicación consecutiva de contratos. De ser posible cartografiar todas las actividades realizadas en el marco de la relación médico paciente, sería factible deducir exclusivamente su atipicidad a las reglas generales de un contrato, en lo asequible dejando en claro su contenido. De ello es apropiado ventilar su contenido siendo una un requisito para su constitución, definiendo puntos específicos de la relación médico paciente, sin embargo, no es consecuente a todos los métodos y sistemas que este puede proveer. Existe situaciones declarativas entono a esta relación médico paciente, que se configuran necesarios para establecerse mediante un contrato, pero no en garantía de resultados, sino de medios aplicados, no del fin, sino del éxito del proceso. Entre los aspectos a introducirse tenemos: a) los deberes, b) las obligaciones, que no quedan excluidos de una forma de contrato³¹. Es factible establecer que el derecho contractual del contrato atípico medico-paciente, no se relaciona en su magnitud a las demás relaciones deducidas en un contrato convencional –como las que observa el código civil-, por lo tanto, no puede ser excluido de manera categórica de una manifestación contractual. Por consiguiente, es un deber inmediato del intérprete de la ley, identificar en la relación atípica los medios normativos que facilitan la solución de conflictos en torno al cumplimiento del contrato.

4.- Los tipos minimalistas del contrato Médico-Paciente y su relación con el Código Civil.

Deducir un contrato entre el médico y el paciente, trae consigo el cumplimiento de las obligaciones, que puede deducirse a escrito, los cuales buscan justificar el cumplimiento de los medios en el proceso, y no el éxito o resultado esperado. Desde aquella perspectiva, antes de intervenir o aplicar el tratamiento, el médico informa acerca de las medidas que se debe seguir antes de proseguir su

³¹ BARROS, Enrique, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 115.

intervención, y los medios que dispondrá para brindar una solución. El médico no puede garantizar el éxito del tratamiento, sino que su deber es aplicar el proceso con toda la responsabilidad, pericia, a tendiendo a los posibles riesgos de manera profesional.

Es notable que previo a la intervención, este solicita un documento en el cual no responsabiliza al médico, ni la clínica que asiste, sino que el proceso se perfecciona por la voluntad del paciente, caso contrario deberá buscar otro centro médico. En caso de aceptar, la corresponsabilidad del médico es intervenir con la mayor diligencia posible. Esto genera obligaciones y derechos subsumibles de la relación, pero inciertas en torno al resultado. De manera indirecta parece ubicar esta relación al modo de los contratos aleatorios, los cuales se constituyen debido a la intervención de un elemento dependiente, que es incierto desde cual cualquier punto que se lo evalúe³².

También existe una postura que ubica al contrato médico-paciente con el contrato de compra de esperanza, que es el más típico en caso de riesgo al momento de esperar fin del servicio, en este caso sería la vida o salud del paciente. De ser imposible el cumplimiento del fin, la esperanza subiste en la observancia a los elementos no previstos que sean subsidiarios al resultado esperado. No obstante, los honorarios no son valores que se contraen con las expectativas del tratamiento, sino que permanecen en el haber del profesional independientemente de los resultados. Además, el consentimiento juega un rol importante tanto para las partes, como en el espíritu del contrato, que forman parte del régimen de atención integral médico paciente, y de derechos sustantivos, el cual no puede ser intervenidos sin aceptarlo de manera previa, e informada.

Este tipo de contrato también denominado bilateral, al momento que comparece tanto el interesado como el que asiste medicamente. Se considera como un contrato consensual, que de acuerdo a la voluntad de las partes contratantes, no

³² ALESSANDRI, Arturo. *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*, Santiago, Editorial Universitaria, 1943, p. 73.

necesariamente debe ser solemnizado, por lo tanto es válido³³. Así también, se reputa la validez del mismo contrato sea tácito o expreso. Que se puede manifestar de manera verbal, escrita o cualquier signo que presupongan el consentimiento del mismo. La Asociación Internacional de Médicos define el objetivo de la relación: facilitar los medios necesarios, establecer los mecanismos de seguridad y proveer de resultados. La omisión del médico constituiría un hecho ilícito sancionado, tanto del personal asistencial, como aquel personal que por negligencia actué en perjuicio del bienestar del paciente. Estos deberes se deducen de la siguiente manera:

- a) Los medios necesarios: son los medios que debe ofrecer el centro asistencias, sea en infraestructura y maquinaria.
- b) Estas obligaciones de seguridad: poseen como fin precautelar el bienestar del paciente, mediante la aplicación de los mecanismos necesarios para favorecer las condiciones necesarias para el éxito del procedimiento. El tratamiento médico de manera práctica busca asegurar el éxito del tratamiento a través del cumplimiento de los medios.
- c) Las obligaciones de resultados. Son los fines que persigue la aplicación del tratamiento, - cuando se sigue el protocolo correctamente, sin embargo el médico no puede garantizar el éxito final.

Un contrato de éxito profesional, no es factible en el caso de que circunstancias pueden sobrevenir en el seno de una realización riesgosa, en el cual existen menos del 40 por ciento de posibilidades de éxito. En las practicas genéticas, los riesgos son indubitables, de la misma forma como la medicina no es ciencia exacta, la posibilidad el medico es ofrecer las garantías de seguridad, pero no garantizar el resultado esperado. Se configura negligencia, cuando el médico no aplica los medios previstos o necesarios para la intervención, causando perjuicio de manera directa al paciente.

³³ ALESSANDRI, Arturo "El contrato dirigido", en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Universidad Santiago de Chile, Editorial Universitaria, 1940, XXXVIII/V. p. 5.

5.- El contrato de asistencia reproductiva

El “contrato de asistencia reproductiva” se constituye en el instrumento que legitima las actuaciones de quien previo proferir el procedimiento, las expectativas, los riesgos, o las alternativas en torno al peligro previsible o no previsible, ejecuta los actos médicos en virtud del fin propuesto para el tratamiento. Este tipo de contrato –establecido en el artículo 59 del Código Civil y Comercial Argentino– denominado jurídicamente como “consentimiento informado”, se efectiviza mediante la “autonomía de la voluntad”, de manera que el paciente asume conocer a cabalidad las etapas del tratamiento y sus limitaciones, provistas directamente del médico.

5.1.- La naturaleza jurídica del consentimiento informado

El consentimiento ha sufrido un desarrollo masivo a través de las diferentes formas que regulan las prácticas médicas³⁴. Desde el iusnaturalismo se ha desarrollado formalmente en la jurisprudencia y la doctrina³⁵, tanto en los derechos personales como patrimoniales. Para el Código Civil Argentino, este consentimiento enfoca un tipo particular de la voluntad del paciente, no como un mero acto de asentimiento, sino la expresión o el resultado de la interferencia médico-paciente. Afirma Paolo Zatti, que mediante esta interferencia intersubjetiva es cuando la voluntad del paciente se configura³⁶, convergiendo la necesidad de participar y colaborar, por un lado, mientras por otro, el deber de informar con claridad los métodos y los riesgos. Por lo tanto, la voluntad del paciente es el resultado de la interrelación bipartita entre dos sujetos. Sin embargo, críticos afirman que no puede considerarse la voluntad como el de consentimiento bipartito, cuando la decisión de someterse al tratamiento –o rechazarlo– es privativa del paciente y no del profesional. De manera que, someterse al tratamiento constituye una “manifestación unilateral de la voluntad”.

³⁴ MOSSET, Jorge, *Responsabilidad civil del médico*, Buenos Aires, Astrea, 2006, p. 167.

³⁵ HIGHTON, Elena, *La relación médico paciente: el Consentimiento informado*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1991, p. 69.

³⁶ ZATTI, Paolo, *Masachere del diritto volti delle vita*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 253.

Esta autonomía superlativa de la voluntad del paciente, contradice el paternalismo médico –al prescindir de la opinión del profesional- al momento de prescribir un tratamiento, o deponer del mismo. Proscribir la autonomía de la voluntad del paciente, significaría limitar –además del imperium del paciente- los derechos personalísimos del paciente, entre ellos, satisfacer necesidades no necesariamente de tratamiento urgente, sino también, cuando se refiere a funciones biológicas limitadas por alguna patología. La infertilidad en el derecho argentino, no se constituye como una imposibilidad patológica –exclusivamente-, sino que se considera como una condición de vulnerabilidad, cuyo deber del estado –en virtud del derecho de salud- es proveer de los mecanismos necesarios que posibilite la procreación como derecho de salud y familia.

La voluntad del paciente determina la licitud de la intervención³⁷, independiente del derecho en que se sustenta, sea que provenga de derechos personales –entre ellos la libertad de disponer del cuerpo, o la salud psicofísica³⁸-, o la libre autodeterminación. Por lo tanto, es el paciente quien asiente el tratamiento, asumiendo los riesgos, las etapas de dolor, las limitaciones, incluso la movilidad temporal o permanente. Sea que las posibilidades de éxito sean muchas o precarias, es discrecional del paciente que se perfeccione. El epígrafe o anteproyecto –respecto al artículo 59 del Cod. Civ. Y Comercial- contenía el nombre de Consentimiento informado para actos médicos, que posteriormente fue cambiado por “investigaciones en salud” la cual observa tanto actuaciones del médico, como las investigaciones concernientes al tratamiento propiamente tal. Cuyo consentimiento debe ser deducido a escrito.

Este consentimiento deducido a escrito se constituye en un instrumento de consentimiento expreso. La misma que pormenoriza las actuaciones del médico y presupone los riesgos asumidos previamente por el paciente. La Ley 41 / 2002 –española-, denomina este consentimiento escrito, como la voluntad expresa del paciente en ejercicio de su autonomía, la cual se obtendrá, con posterioridad a la

³⁷ CRISCUOLI, Giovanni, *Ragionevolezza e Consenso Informado del paziente*, Ras. Dir. Civ., 1985, p.480.

³⁸ CIFUENTES, Santos, *Derechos personalísimos*, Buenos aires, Astrea, 1995, p. 313.

información provista por parte del médico de manera escrita, pormenorizando el procedimiento. Mediante la cual, el paciente no solo tendrá la posibilidad de asentirlo sino también de rechazarlo³⁹. No obstante, esta forma de consentimiento no es absoluto en lo posterior a su asentimiento, sino que le corresponde al paciente continuar o dejarlo en el momento que crea conveniente –como lo establece la ley 26.529 (artículo 52)-.

La complejidad del rechazo al tratamiento se constituye en un derecho adyacente al derecho intervenir en determinado procedimiento, sin embargo, no se considera el lucro cesante que experimente centro de investigaciones o de asistencia médica al momento que el paciente decide declinar del mismo. Revocar el asentimiento en cualquier etapa del proceso es parte de los derechos personalísimos del paciente, por lo tanto, establecer responsabilidades de índole civil frente a la revocación del tratamiento, es limitar los derechos personalísimos y de autodeterminación del paciente. Considerar una cláusula que determine la obligación del paciente al momento que este declina del procedimiento, sería factible en el sentido de gastos parte del asentimiento anterior.

5.2.- La disponibilidad jurídica del pre-embrión humano en el contrato de asistencia reproductiva ¿paciente?

El embrión humano –libre de las consideraciones en torno a su naturaleza- se constituye en un elemento que puede verse inmerso dentro de las relaciones médico-pacientes, cuando de manera inmanente corresponda al acto médico propiamente tal. Para Alberto Bueres, el acto médico es aquel que lo ejecuta un profesional (medico) legitimado, el cual ejecuta el tratamiento con el fin de curar de manera directa o indirecta⁴⁰. Por lo tanto, en materia reproductiva los actos médicos se orientan a satisfacer el bienestar de causa-asistente, así como la nueva vida objeto de procedimiento. Por consiguiente, la naturaleza jurídica del

³⁹ WIERZBA, Sandra, “Disposiciones sobre la propia salud en el Código unificado. Consentimiento informado y directivas anticipadas”, en *Bioética en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, La Ley, p. 206.

⁴⁰ BUERES, Alberto, *Responsabilidad civil de los Médicos*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 1994, p. 69.

embrión viable se constituye de manera directa como sujeto y paciente, y a la vez de especial protección en el procedimiento.

El status del embrión como sujeto y paciente, configura la necesidad de ser asistido respecto a las posibilidades de supervivencia. El diagnóstico prenatal se integra a los actos médicos, buscando acercarse al conocimiento de las condiciones médicas previamente al alumbramiento del neonato. Los mecanismos auxiliares –aunque nada ortodoxos- provee un análisis exhaustivo, individualizando patologías mediante un sistema depositario de pronósticos y prevenciones, que en línea germinal podrían ser tratadas exitosamente. Sin embargo, las cuestiones éticas entorno a su aplicación podrían derivar conflicto en torno a su aplicación. Eduardo Sambrizzi, –de acuerdo la finalidad de la aplicación-, afirma que “el diagnóstico prenatal podría ser positivo, en el sentido de prevenir enfermedades, por lo tanto, no podrá interrumpir el embarazo”.⁴¹ Por su parte, Catalina Arias de Ronchietto, lo considera de manera excepcional, cuyo procedimiento debe ser provisto por un médico especializado en genética, quién debe proveer información sobre los posibles riesgos de aborto, o que mediante el tratamiento pueda derivar alguna anomalía patológica. Además, debe participar de manera activa un grupo de asistencia psicológica previo al procedimiento.⁴²

Gonzalo Herranz hace énfasis en el deber de respetar la licitud de la práctica, por lo tanto, los tratamientos en línea germinal no pueden exacerbarse en el sentido de beneficiar aspectos privativos de los progenitores. Dentro de las prácticas genéticas en línea germinal prohibidas tenemos:

1. Manipulación genética de tipo perfectiva. – la cual no busca contrarrestar patológicas congénitas, sino seleccionar características somáticas mediante la recombinación de genes. Es considerado una forma optativa de ingeniería genética, la cual actúa sobre aspecto personales como la talla, la piel, el color de los ojos y el cabello.

⁴¹ SAMBRIZZI, Eduardo, *Derecho y eugenesia*, Buenos Aires, Educa, 2005, p. 106.

⁴² ARIAS, Catalina, *Procreación humana, Ingeniería genética y procreación artificial*. Horizontes, atajos, principios y trincheras de nuestro tiempo, en *La Persona Humana*, Buenos Aires, La Ley, 2001, p. 51.

2. Manipulación de tipo eugénica. - Es aquella que determina las condiciones personales del mismo, es decir, el sexo del neonato.

Todas estas prácticas avanzadas, son consideradas atentatorias contra el patrimonio genético, cuyas derivaciones se reputan ilícita en su máxima expresión.

La terapia genética en línea germinal franquea tópicos cuestionables en materia de bioética, cuando el embrión manipulado se direcciona a la procreación. Los resultados inciertos al tratamiento reputan el escepticismo en virtud de las posibles derivaciones genéticas. Además, aun cuando la Declaración Universal del Genoma Humano considera alterar el patrimonio genético, como una afectación a la “integridad e identidad indubitable”, estos presupuestos no han frenado el avance hacia un nuevo posthumanismo, que busca mejorar la calidad de vida del paciente mediante experimentos en embriones humanos viables, constituyéndolos en elementos humanos a prueba de enfermedades, entre ellos, caso de las gemelas en China, que nacieron a prueba de VIH, mediante el procedimiento CRISP CAS-9 de edición genética.

5.3.- La responsabilidad civil por daños emergente de la mala práctica médica

El fin del consentimiento informado es proveer el mecanismo que el profesional utilizará para realizar la terapia o investigación, por lo tanto, el cumplimiento cabal de los procedimientos derivaría exclusiva responsabilidad del paciente quien decide someterse. No obstante, el número de reclamos a los centros de Asistencia Reproductiva crece paulatinamente. Según lo señalado por el Jurista Pantaleón Prieto, esta responsabilidad civil puede ocurrir cuando producto de las practicas genéticas –en línea somática o germinal- implica deficiencias o deterioramiento de la salud, sea por introducir material genético defectuoso sin tomar las debidas precauciones, o por errores en el procedimiento de obtención y conservación de los mismos. Desde el año 2014, se logró detectar que gran parte de los embriones crio-preservedos no podían ser desvitrificado con fines reproductivos, por razón de que el tiempo extensivo en las cámaras de criopreservación –que no contaban con

la tecnológica adecuada- creaban microcristales al interior de los mismos, imposibilitándolos para la vida. Sin embargo, desde el 2015 este problema logro solucionarse. No obstante, es una de las tantas situaciones que puede preverse, ante las constantes afectaciones que pueden producirse, aun cuando los efectos no se materializan de manera inmediata.

De tal forma, las responsabilidades por daños pueden derivarse por incumplimiento de las obligaciones, que pueden ser de “medios y de resultados”. Rene Domongue produjo una teoría sobre las obligaciones de gran difusión, propugnada por Mazeaud, la cual ubicaba las obligaciones contractuales en dos categorías: *i) obligaciones de medios*: el deudor se halla comprometido a cumplir con los requerimientos que conllevan al fin esperado, sin comprometer el resultado; *ii) obligaciones de resultado*: el deudor mediante el contrato se obliga a cumplir con los fines propuestos. En teoría para que el deudor se libre de la responsabilidad de las obligaciones de medios, debe probar la pericia y falta de culpa, y en caso de las responsabilidades por resultados, deberá probar la incursión de un elemento exógeno –suficiente- que libere de la responsabilidad en torno al daño

Esta teoría ha sido aplicada consecuentemente en casos concretos por responsabilidad médica. La Jornadas de Derecho Civil en Ciudad de Rosario – Argentina- destacó esta clasificación, encasillado el deber mismo del médico, de acuerdo al medio –como subjetiva-, y de acuerdo al fin –como objetiva-. Penneau –en torno a las categorías de la responsabilidad médica y los casos prácticos-, encasilla las responsabilidades en grado concurrente *de acuerdo a los medios*, y de manera excepcional y poco usual, *por resultados*. No obstante, puede deducirse en cualquiera de las dos formas, sea por la convención, naturaleza de la prestación o la ley. Para determinar la responsabilidad de las mismas, mediante la carga de la prueba, –en la V Jornada Rioplatense de Derecho (1989)-, San Isidoro concluyó que “correspondiendo la carga de la prueba al actor, y siendo el profesional demandado quien posee las condiciones más favorables para proveer de instrumentos técnicos, por lo tanto, corresponde este último la carga de la

Prueba”. Atiio A. Alterini descarta que la carga de la prueba sea exclusiva de una de las partes, sino que corresponde a ambas partes. Por lo tanto, el actor debe probar los extremos de la demanda, mientras que el demandado lo atinente a la defensa. Además, la prueba debe recaer siempre se encuentre en la mejor posición de probar.

6.- El pacta sunt servanda en la donación de embriones.

Debemos destacar que definir “disponibilidad” presumiría que el embrión se considera como bien, por lo tanto, corresponder a determinada naturaleza, no quiere decir que posee el *imperium* absoluto sobre el mismo. Ontológicamente el embrión posee categorías de disposición, entre tanto lo determine la ley, siempre y cuando este se encuentre exógeno al vientre materno. Esta facultad de disponer del mismos se entiende como otorgar de manera total o parcial el derecho respecto de una cosa bien, sea por convenio o por sucesión. Diversos autores estiman plausible el comercio de embriones, siempre y cuando pretendan los mismos fines prefijados en la constitución de familia. Miguel Ángel Soto Lamadrid afirma que no habría problema alguno en justipreciar la apropiación de embriones, mediante el comercio de sus dadores a entes particulares, mientras cumpla los fines de fondo⁴³, como favorecer la procreación, la familia, y garantizar un mejor nivel de vida.

Además, Soto enfatiza de acuerdo al propósito, no puede confundirse el acto de comerciar con el de un acto mercantil propiamente tal. Siendo dos figuras distintas, señala que a donación se encuentra dentro de las categorías de las relaciones comerciales. A diferencia de comercio, un acto mercantil es el resultado de las contraprestación pecuniaria entre dos partes, –uno que compra y otro que vende-⁴⁴. Sin embargo, aunque el término “comercializar” posea un vasto número de acepciones, su concepto genérico –incluso vulgar- ha limitado su implementación en las leyes sobre donación de embriones. Incluso, en muchas

⁴³SOTO, Lamadrid, “Procreación asistida, un análisis a luz de la legislación chilena”, Santiago, Editorial Jurídica Conosur, 1997, p. 65

⁴⁴ SOTO, Lamadrid, *Op. Cit.* p. 27

ocasiones se utiliza el termino transferencia en lugar de donación. El Informe Palacios provee de un ejemplo expreso acerca de estos motivos, la Recomendación 72, la cual establece que: “los embriones disponibles en los bancos de crio-preservación, podrán ser utilizados y transferidos cuando estos se constituyan viables, no se permitirá su comercialización, o utilización en experimentos”. Este anunciado marca una escisión entre mercantilidad y comercialidad. Para Soto la mayoría de los marcos legales tienden a confundirlos, atribuyendo al comercio como sinónimo de las relaciones mercantiles en general, bajo el esquema de fines de lucro.

Este error por consiguiente es repetitivo en muchos marcos legales, ejemplo expreso de esta consideración es la ley 35/1988, la cual contemplaba –en su artículo 20- como infracción “el comercio de pre-embriones o células germinales”. Sin embargo, en el artículo 5, posibilita la donación de embriones humanos, sin fines de lucro. La última reforma observó este error, por lo cual significo la enmienda en el marco de las infracciones, corrigió el término “comerciar”, propuso como infracción “la retribución económica a la donación tanto de células germinales como de embriones”. No obstante, aún persiste aquella diferenciación subjetiva, por razones de posibles confusiones de acuerdo a la naturaleza misma del término. En adelante, se observarán los diversos contratos que tiene como objeto los embriones humanos, con sus elementos característicos en general.

6.1.- La Donación de embriones humanos desde el derecho civil

Una de las consideraciones críticas en torno al embrión es su naturaleza jurídica que responde a modo de bien, agravándose más esta categorización cuando este se transfiere a título de donación. El código civil español, definió –en el artículo 1386-, la donación como “la transferencia gratuita, y de manera irrevocables de parte de sus bienes”. De ello, muchos críticos reaccionan a la naturaleza del acto de donación, mediante características implícitas en la misma norma, tales como: a) es gratuita, b) voluntario, c) irrevocable, d) para que se perfeccione necesita la aceptación de la otra parte, d) tiene que ser un bien. Partiendo de estas características, la ley 14/2006, en su artículo 5, formaliza el concepto de donación

a modo de contrato, estableciendo características particulares respecto a las demás formas de contrato, entre ellos: a) gratuito, b) formal, c) confidencial, d) interviene dos sujetos, el donante y el centro de asistencia reproductiva autorizada.

Es gratuita, porque el embrión no es objeto de intercambio por bienes, valores y servicios. *Es formal*, porque consta de un acta o documento escrito, mediante el cual decide transferir sus derechos sobre el pre-embrión, para destinarlo de manera gratuita a una pareja que decida adquirirlos. *Es confidencial* respecto de los datos del donante que se mantienen en reserva, siempre y cuando la ley lo permita. *Interviene dos sujetos* el donante y el centro de asistencia reproductiva. Esta categorización es necesaria al momento de destacar que el único posibilitado en donar es el dador de directo de los gametos. No pueden ser donados pre-embriones ni gametos a título de clínicas para otra clínica. La cual puede ser utilizado para eliminar la carga de embriones almacenados, cuando este excede en números de manera abrumadora.

6.2.- Del pacto de reserva o derecho de confidencialidad de los donantes.

Los contratos de donación, por regla general constan con un acuerdo de estricta confidencialidad, sin embargo, este puede verse disminuido, cuando en virtud de derechos fundamentales, considere el “anonimato” como una limitante al reconocimiento de los derechos a conocer la filiación biológica. Suecia, en el año de 1984, mediante la “*Ley sobre inseminación artificial*”, fue el primer país de Europa en reconocer el derecho de los hijos concebidos mediante fertilización in vitro, a conocer sus orígenes biológicos. Esto ocasionó que muchos de los concebidos mediante estos métodos solicitaran información sobre su origen, así como disminuyeran las cifras de donaciones de gametos. El conflicto suscitado entre el *derecho de intimidad de los donantes* contrapuesto al de conocimiento de su origen biológica del nacido, ha conllevado a distintas reformas legislativas entre los países que conforman la Unión Europea.

A raíz de distintas iniciativas legislativas en Europa, conocer el origen biológico o el progenitor se ha constituido como un derecho de identidad

fundamental para el desarrollo integral del adoptado. Sin embargo, este derecho es objeto de discusión, cuando su aplicación se extiende a las técnicas de reproducción asistida, y sus inconmensurables expectativas en torno a su reconocimiento. Con la aprobación de la Ley de Adopción Internacional (2007: España), la cual disponía el derecho de conocer el origen biológico tanto para nacidos dados en adopción, como en concebidos mediante TRA, ha conllevado al escrutinio obsesivo en torno al derecho, sobre las aplicaciones en materia reproductiva. Un ejemplo evidente, es la aplicación de la ovodonación, y las connotaciones en torno a la paternidad. Un ovocito puede poseer hasta tres tipos de material genético de distintos padres, entre ellos, la del vientre de alquiler, la que dono el ovulo, y en el caso de una biopsia⁴⁵ al embrión, un tercero implicado a quien proveyó de genes para sustituirlos por los dañados. En esta situación, la posibilidad de referir una filiación particular sería moralmente reprochable. No obstante, favorecer el escrutinio de los orígenes biológicos en pro de los concebidos bajo técnicas de reproducción asistida, no influenció a la postre en una reforma adicional en la ley 14/2010. España se ha mantenido escéptico entorno a develar la identidad de los donantes de células germinales, sin embargo, países de la Unión Europea consideraron que mantener el anonimato respeto de los donantes constituía una grave afectación los derechos de identidad. En tan solo dos años, decayeron el número de donantes registrados, entre ellos el Reino Unido. Aunque actualmente el índice de donantes se ha equilibrado a cifras anteriores de manera relativa, pero no coincide con el perfil de los donantes anteriores, los cuales son de mayor edad.

Sin embargo, reconocer la filiación bilógica, no garantiza una filiación jurídica, es decir, que posibilite el reconocimiento de bienes en virtud de sucesiones. En el derecho argentino, en Proyecto Adriana Raquel Bartolozzi de Bogado, configura la responsabilidad jurídica únicamente al solicitante, con ocasión del animus de

⁴⁵ LAFFERRIERE, Jorge, Bioética y Derecho Humanos: Convergencias y divergencias, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2017, p. 80.

procrear. Por lo tanto, se exime de cualquier responsabilidad al donante. Sin embargo, deja a juicio del titular el conocimiento de su identidad biológica. El Proyecto Haide Delia Giri esboza algo similar, pero enfatiza que el solicitante es el “pariente biológico” con ocasión de la responsabilidad jurídica, desplazando al dador de cualquier responsabilidad civil. De esta forma, se considera que la ley determina la posibilidad del reconocimiento de la identidad como una actividad privativa de los legisladores, incluso por encima del contrato⁴⁶.

Países como España, Francia, Italia y Portugal, han mantenido la opción del anonimato respecto de los donantes de células germinales. Lo que ha significado una significativa migración reproductiva, con fines de ser asistidos por centro cuya reserva de identidad biológica se mantiene. Sin embargo, expertos en genética afirman que el conocimiento de los orígenes biológicos de un ser podría ser crucial, cuando de este dependiera su vida del mismo. Agravándose la situación, cuando la vida del nasciturus depende del donante en primer grado de consanguinidad. Estos y otros argumentos se consideraron suficientes al fin principal de las reformas que desde la década de los ochenta preconizaron la reforma al conocimiento de la identidad.

6.3.- De la Voluntad y la revocabilidad de la donación

La voluntad es un elemento que perfecciona todo contrato, por lo tanto, la expresión del consentimiento debe considerársela como una voluntad dupartita de los progenitores al momento de transferir los mismos en reserva, para que posteriormente sean implantados en favor de una pareja que desee procrear. La pareja posee la titularidad de los embriones tanto viables como no viables, entendidos también los que se encuentran dentro del vientre materno, como los que se mantienen crio-preservados. Por lo tanto, para solemnizar el consentimiento debe ser como acto conjunto de las dos partes, deducido a un instrumento escrito especificando los fines para los cuales se utilizarán. Debemos

⁴⁶ DELLACQUA, Mabel. Avances y Retrocesos Legislativos de la Fertilización Asistida, en *Bioética y Derecho, Dilemas y Paradigmas en el siglo XXI*, Buenos Aires, Cathedra jurídica, 2008, p. 274.

entender que el embrión –de acuerdo a la Ley 2014- contempla dos fines del pre-embrión, tanto para donación como para investigación, por lo tanto, prefijar los fines de los mismos, es limitar el arbitrio de los bancos para decidir respecto a los embriones, quienes –según la ley española- poseen la titularidad al no manifestarse posterior a los 5 años de crio-preservación.

Este contrato posee características similares a la de cualquier contrato, entre ellos, el carácter de irrevocable, sin embargo, subsiste la posibilidad que el contrato de donación des revocado cuando: Según la Ley 14/2006 –en el artículo 5 numeral 2- dispone la revocabilidad del contrato cuando de manera voluntaria el donante precise para si los gametos, siempre que se encuentre disponibles”. La ley expresa claramente sobre la posibilidad de revocar la donación de gametos, la cual se extiende a los preembriones en caso de que sea posible (no haya sido donado). Es decir, puede darse el caso que los que donaron embriones no puedan producir más, sea por la necesidad de procrear, cuestiones de enfermedad, o el fallecimiento de uno de los cónyuges. Sobre esta disertación, Fernando Pantaleón afirma que “hacer irrevocable la donación carecería de constitucionalidad, además una limitación a la dignidad y la libertad individual, y de decidir en concreto el instante de reproducción”⁴⁷. En el caso de embriones donados para fines investigativos, sería factible la revocación de igual manera, siempre y cuando no haya sido utilizado en experimentos⁴⁸.

7.- El pre-embrión en cuestiones legales

Una pareja que se somete a un convenio de asistencia reproductiva con la clínica autorizada, pocas veces vaticina conflictos futuros respecto a la relación de pareja. El fin inmediato es poder ejercer sus derechos reproductivos, asistiendo a cuantos métodos posibles para poder procrear y formar una familia, sin embargo, asumir el deber ser como regla general es inobservar los conflictos reales en que puede verse inmerso una pareja. Tal es el caso de los embriones crio-preservados, cuyos

⁴⁷ BLASCO, Francisco, “La ley sobre técnicas de reproducción asistida: constitucionalidad y aplicación”, en Anuario de Derecho Civil, Madrid, Boletín Oficial del Estado, N°2, 1991, p. 70,

⁴⁸ GUMUCIO, Juan, *Procreación asistida, un análisis a luz de la legislación chilena*, Santiago, Editorial Jurídica Conosur, 1997, p. 73

padres están en conflicto. Del tema ético, al momento de tratarse jurisdiccionalmente, se invierte el estatus del embrión de “personae in procesum” a “propiedad”. Todas las cuestiones sobre la calidad del embrión, como persona, o sujeto de derechos, dignidad nace de la dicotomía al momento de esgrimir una definición en los problemas legales.

El dominio de quien ocupa el embrión recae sobre quien posee la representación al momento de firmar el consentimiento informado entre los padres, sin embargo, entre ellos la representación no recae exclusivamente sobre una de las partes, puede ser cualquiera de las dos, o ambas, incluso en la misma clínica. Esta es la razón, por la que optan en resolver conflictos de esta naturaleza en centro de mediación, cuando la representación recae sobre ambos. De no existir un acuerdo común entre las partes, se dirime el conflicto en instancias judiciales. Los conflictos con ocasión los embriones pueden ser múltiples, entre ellos: a) la opción de un nuevo embarazo, -aún con una pareja ya separada-, con el reconocimiento de los derechos filiatorios en favor del embrión pre-implantorio), b) la solicitud de una de las partes para la destrucción de los embriones, cuando este genera gastos para la pareja o se encuentran separados, etc. Las posibilidades pueden ser diversas de acuerdo a las circunstancias, sin embargo, la valoración del juez, al momento de decidir no observa al pre-embrión como objeto cabal, sino que le otorga medidas de protección, hasta que su destino y representación se dirime. Es cuando tratándose del destino del embrión, las cuestiones éticas afloran.

7.1.- La paternidad individual consentida una visión desde el caso Caso Ana Perazzo (MJ-JU-M-68081-AR)

La Cámara Nacional de Apelaciones de lo Civil, en el año 2011, mediante sentencia autorizó el embarazo por implantación de embriones de padres separados, a favor de la actora. Este caso es controversial, y marca un precedente desde cierto punto, cuando de conflictos por embriones se trata. No solamente autoriza la implantación de los 5 embriones congelados, sino que obliga a reconocer la filiación al dador del gameto masculino, quien se encontraba

separado de hecho. La Cámara afirmó que el hecho de someterse a tratamiento de FIV, tácitamente expresa su aceptación respecto de la paternidad de los mismos –producto de la voluntad procreacional-, sin embargo, en el mismo contrato firmado con el Centro, específica que “en caso de disolución del vínculo matrimonial”, no se podrá tratar los embriones congelados sin previa autorización de ambos.

Sin embargo, la cámara inobservo esta cláusula del sometimiento voluntario, por lo cual, decidió dirimir la situación, argumentado su negativa al tratamiento como un incumplimiento a la misma cláusula. Esta dicotomía pondría en manifiesto que al no existir acuerdo entre las partes, el destino de los embriones en el centro sería perenne, sin embargo, el Juez valoró la voluntad procreacional del demandado de manera cabal, definiéndola como suficiente y autorización previa para el ordenamiento de la desvitrificación de los embriones. Esta situación deja claras dudas sobre los alcances de la voluntad procreacional. Cuando uno se somete a este tipo de tratamientos, el Juez deja por sentado que, a petición de cualquiera de las partes, -incluso a posteriori de una separación-, el mero hecho de haber firmado el consentimiento informado, este autoriza tácitamente constituirse progenitor como fundamento de la voluntad procreacional.

7.2.- La determinación de la filiación en torno a la voluntad pre-procreacional

Desde finales del siglo XIX a la actualidad, no ha existido un prototipo jurídico definido en torno a la determinación del *estatus filiatorio*, sino que su definición ha sido transitoria debido a las transformaciones jurídico-sociales, implícitos en las exigencias preconizadas a favor de las nuevas formas de familia, las controversias materia de estudio en respaldo de la planificación familiar, y los derechos pseudo-existenciales inherentes respecto al imposibilitado de procrear. Los métodos de asistencia reproductiva, no se vislumbran como un espectro facultativo, sino que desde las legislaciones “vanguardistas”, se incorporan como una obligación jurídica adyacente y minimalista de los derechos de salud. La imposibilidad de procrear no es más un cerco inquebrantable del infortunio patológico, sino un status de vulnerabilidad –objeto de tratamiento por parte de los estados-, cuya

imposibilidad biológica de procrear, extendido “al *imperium* de la naturaleza humana”, ha sido acuñado por grupos del nuevo orden familiar, (homoparental, monoparental, ensamblada) quienes han estigmatizado el valor tradicional de familia en pro de sus convicciones neo-sociales.

Las cuestiones éticas se hacen evidentes en torno a la filiación, cuando de los factores de selección artificial se circunscribe el devenir jurídico, atrayendo todo tipo de criterios focalizados exógenos a cualquier cosmovisión tradicional en materia civil y de familia, objeto de regulación. Debido a ello, la filiación posee dos figuras jurídicas que originan el vínculo parental “el vínculo biológico y la voluntad procreacional”. La “voluntad procreacional” no se constituye más, el resultado de las capacidades biológicas del interesado, sino que también responde al interés mismo de procrear, quien al observarse imposibilitado, recurre al escrutinio de las posibilidades que brinda la medicina genética-reproductiva, sin importar su condición civil (matrimonio, unión de hecho, etc). En estos casos, el vínculo biológico no da como resultado la filiación, sino que cuando se desprende de métodos de asistencia reproductiva, el vínculo jurídico filiatorio es la voluntad procreacional del interesado.

Para muchos tratadistas, no debería confundirse esta voluntad procreacional del interesado -en métodos de reproducción asistida- con el vínculo legal optativo como lo es adopción. Sin embargo, siendo también el resultado de la misma voluntad procreacional, aunque la figura jurídica es distinta, axiológicamente son considerados equivalente. La identidad jurídica del embrión por destinación, aunque precede de la voluntad procreacional, no se considera adyacente a la adopción, pues estos son susceptibles de donación, al igual que un bien privado, pero con claras implicaciones éticas.

Conclusiones

El *pacta sunt servanda* es en principio del derecho civil que enfatiza el deber de las partes a cumplir lo pactado desde el instante en que se obligan mutuamente.

También corresponde a un principio del Derecho Internacional público, cuando los estados firman un convenio obligándose a cumplir el objeto de la convención. Convención o contrato son sinónimos en el sentido que preconizan un fin mediante la intervención de las partes que voluntariamente se obligan. Esta relación subsiste en las formas, como una parte se obliga para con otra, de manera que el incumplimiento del mismo acarrea una responsabilidad de índole civil. De acuerdo al tipo de obligación –y la multiplicidad de las relaciones- es posible recrear una forma de obligarse atípica a las demás relaciones contractuales. Un ejemplo de esto, es la relación médico-paciente, la cual consiste en un tipo de contrato atípico, diferente de los demás tipos de contrato, la cual intermedia la voluntad, la capacidad, irrevocabilidad, sin embargo, con caracteres especiales, diferente a los demás contratos.

El consentimiento informado es un tipo neurálgico de esta forma de obligarse, en la cual, la voluntad radica en la disposición de paciente en someterse al tratamiento, siendo informado previamente de la factibilidad del procedimiento, la esperanza de éxito del tratamiento, y los consecuentes riesgos. La voluntad es unilateral, no como los contratos típicos cuya voluntad depende las dos partes que se obligan para que se perfeccione. Por lo tanto, como la voluntad recae sobre el paciente, los efectos del mismo son corresponsales a su voluntad. No obstante, el deber del médico–al acepta al contrato-, es proveer los medios necesarios para garantizar el cumplimiento del procedimiento, en observación a lo informado previamente. Por consiguiente, el deber del médico es actuar con la responsabilidad, pericia y experticia del caso. De no hacerlo, de acuerdo a los efectos podría significar una responsabilidad de índole civil, en casos particulares de índole penal.

Requiere de la capacidad de quien puede ejercerlo, es dependiente de los marcos normativos, quienes proveen este derecho a familias legalmente constituidas bajo el matrimonio. España otorga a las familias con mínimo 2 años en unión de hecho- el problema subsiste en el acceso para familias homosexuales o monoparentales, quienes pretenden el acceso. Sin embargo, esto es privativo de

las legislaciones quienes pretende mantener un marco legal tradicional o no. Sobre la revocabilidad del contrato, al momento de rechazar el procedimiento, este puede hacerlo en cualquier instante que el paciente lo decida, sin embargo, puede darse el caso que el médico –a título del centro- demande indemnización por razón del desgaste económico causado.

A efectos de la obligación, en contratos de asistencia reproductiva no se puede considerar paciente exclusivamente al solicitante. El embrión viable al momento de formar parte del proceso, se constituye en sujeto de especial protección, cuyos esfuerzos del medio no se orientarán a garantizar la vida del solicitante, sino de proveer las condiciones necesarias para la subsistencia del neonato. Sobre este fin inmediato, el diagnóstico prenatal se configura en una opción para recabar la factibilidad o las condiciones necesarias para la subsistencia del paciente. Por lo tanto, el contrato de asistencia reproductiva se constituye en tripartito.

Referencias

ALESSANDRI, Arturo “El contrato dirigido”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Universidad Santiago de Chile, Editorial Universitaria, 1940, XXXVIII/V. p. 5.

ALESSANDRI, Arturo. *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*, Santiago, Editorial Universitaria, 1943, p. 73.

ARIAS, Catalina, Procreación humana, Ingeniería genética y procreación artificial. Horizontes, atajos, principios y trincheras de nuestro tiempo, en *La Persona Humana*, Buenos Aires, La Ley, 2001, p. 51.

ATLAN, Henri, *L'Utérus artificiel*, París, Seuil, 2005, p.58.

BARROS, Enrique, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 115.

BELLIVIER, Florence y BRUNET, Laurence, *Evolution des categories normatives de jugement de la vie en droit de la bioethique*, Paris, La decouverte, 2001, p. 186.

BLASCO, Francisco, “La ley sobre técnicas de reproducción asistida: constitucionalidad y aplicación”, en *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, Nº2, 1991, p. 70,

BUERES, Alberto, *Responsabilidad civil de los Médicos*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 1994, p. 69.

CATALANO, Pierangelo, *Diritto e persone. Studi su origine e attualita de sistema romano*, Torino, Giapichelli Editore, 1990, p. 169.

CIFUENTES, Santos, *Derechos personalísimos*, Buenos aires, Astrea, 1995, p. 313.

CRISCUOLI, Giovanni, *Ragionevolezza e Consenso Informado del paciente*, Ras. Dir. Civ., 1985, p.480.

De Rempel, Noemí, *La protección jurídica del embrión*, Buenos Aires, Ediar, 2016, p. 67.

DELLACQUA, Mabel. *Avances y Retrocesos Legislativos de la Fertilizacion Asistida, en Bioetica y Derecho, Dilemas y Paradigmas en el siglo XXI*, Buenos Aires, Cathedra juridica, 2008, p. 274.

DI PIETRO, Alfredo: *Derecho Privado romano*, Buenos Aires, Editorial de Palma, 1999, p. 79.

GUMUCIO, Juan, *Procreación asistida, un análisis a luz de la legislación chilena*, Santiago, Editorial Jurídica Conosur, 1997, p. 73

HIGHTON, Elena, *La relación médico paciente: el Consentimiento informado*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1991, p. 69.

HUNTER-HENIN, Myriam, “Bioethique”, en *Pour une redefinition du statut personnel*, Aix en Provence, Presses Universitaires d’Aix-Marseille, 2004, p.107.

IGLESIAS, Juan, *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado*, Barcelona, Editorial Ariel, 1983, p. 118.

LAFFERRIERE, Jorge, *Bioética y Derecho Humanos: Convergencias y divergencias*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2017, p. 80.

MANTILLA, Fabricio, *El contrato de prestación de servicios médicos en el derecho colombiano*, Bogotá, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2008, p. 483.

MOSSET, Jorge, *Responsabilidad civil del médico*, Buenos Aires, Astrea, 2006, p. 167.

SAMBRIZZI, Eduardo, *Derecho y eugenesia*, Buenos Aires, Educa, 2005, p. 106.

SIBONY, D., “Lembryon entre chose et personne humaine”, París, Centro Rachi, 1995, p. 107.

SOTO, Lamadrid, “Procreación asistida, un análisis a luz de la legislación chilena”, Santiago, Editorial Jurídica Conosur, 1997, p. 65

STITCHKIN, David. *El mandato*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1975, p. 75.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL, Madrid, en autos “José María Ruiz Gallardón, comisionado y Diputados c/ Proyecto de Ley Orgánica de reforma del art. 417 bis del Código Penal”, exp. nº 53/1985, 18-5-85.

WIERZBA, Sandra, “Disposiciones sobre la propia salud en el Código unificado. Consentimiento informado y directivas anticipadas”, en *Bioética en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, La Ley, p. 206.

ZATTI, Paolo, *Masachere del diritto volti delle vita*, Giuffre, Milano, 2001, p. 253.