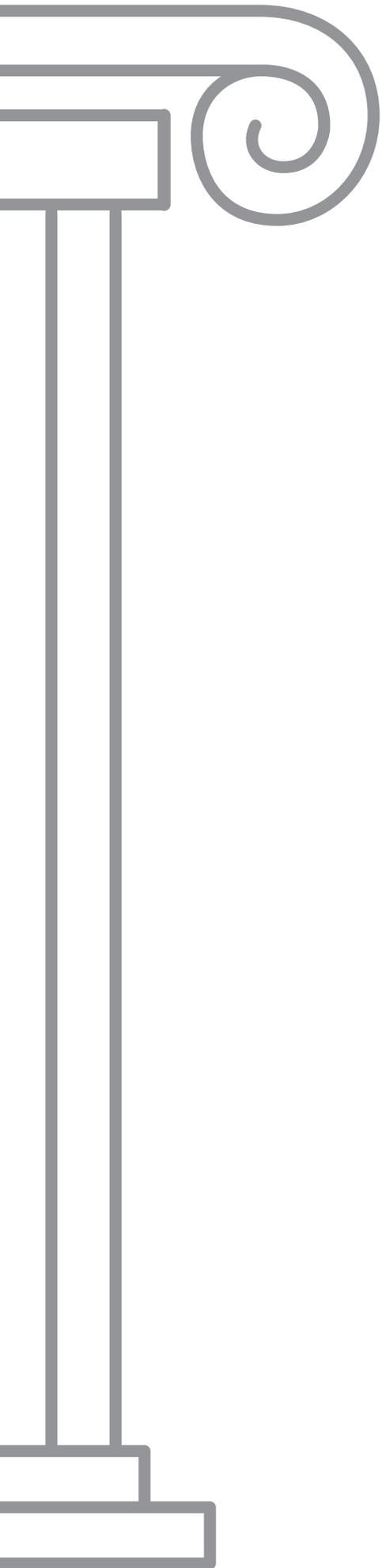




UDA
LAW REVIEW

II VOLUMEN

— 2024 —



Presentación

Bienvenidos a UDA Law Review:

Es un honor presentarles UDA Law Review V Edición II volúmen, una revista jurídica comprometida con la difusión de temas legales de relevancia y actualidad. Nuestro propósito es ofrecer un espacio de análisis profundo y discusión crítica sobre las problemáticas y avances más importantes en el ámbito jurídico.

UDA Law Review está dirigida a estudiantes, profesionales del derecho y personas interesadas en temáticas jurídicas. Nuestra revista brinda una herramienta esencial para complementar la formación académica, apoyar el ejercicio profesional y enriquecer el conocimiento de quienes buscan entender mejor los aspectos legales que impactan nuestra sociedad.

En cada edición, seleccionamos cuidadosamente artículos, ensayos y comentarios elaborados por destacados académicos, profesionales del derecho y jóvenes investigadores. Nuestro compromiso con la excelencia y la objetividad se refleja en cada uno de estos trabajos, que buscan contribuir al desarrollo de un pensamiento jurídico riguroso y consciente de los desafíos sociales actuales.

Finalmente, nos enorgullece anunciar que, en julio de este año, nuestra revista fue indexada en la Red de Repositorios de Acceso Abierto del Ecuador. Este significativo logro subraya nuestro compromiso con la calidad y la accesibilidad del conocimiento jurídico, permitiendo que nuestros contenidos sean accesibles a una audiencia más amplia y reforzando nuestra presencia en la comunidad académica tanto a nivel nacional como internacional.

Los invitamos a ser parte de este esfuerzo continuo por ampliar el conocimiento y la comprensión del derecho, explorando junto a nosotros los desafíos y oportunidades que presenta el mundo jurídico contemporáneo.



**UNIVERSIDAD
DEL AZUAY**

UNIVERSIDAD DEL AZUAY

AUTORIDADES

Francisco Salgado Arteaga
Rector

Genoveva Malo Toral
Vicerrectora Académica

Raffaella Ansaloni
Vicerrectora de Investigaciones

Toa Tripaldi Proaño
Directora de la Casa Editora

**AUTORIDADES DE LA
FACULTAD DE
CIENCIAS JURÍDICAS**

Dr. José Chalco Quezada
Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas

Dr. Guillermo Ochoa Rodríguez
Subdecano de la Facultad de Ciencias
Jurídicas

Ing. María Inés Acosta Urigüen
Coordinadora de la Escuela de Estudios
Internacionales

Dra. Ana María Bustos Cordero
Coordinadora de la Escuela de Derecho

COMITÉ ACADÉMICO

María Paz Díaz Alvear
Editora en Jefe

Matías José Enderica Castillo
Editor en Jefe

Cristopher Mateo Álvarez Andrade
Editor Adjunto

Matías José Cordero Corral
Editor Adjunto

Mikaela Paola Tamariz Eguiguren
Editora Adjunta

Pablo Esteban Maldonado Garate
Editor Adjunto

Evelyn Mikaela Pineda Padilla
Agente de Comité

Mireya Fabiola Zhiminaicela Velecela
Agente de Comité

COMITÉ EDITORIAL

Pablo Leoncio Galarza Castro
Esteban Xavier Segarra Coello
Xavier Olmedo Piedra Andrade
Ana María Bustos Cordero
Ana Isabel Malo Martinez
Ana Regina Ojeda
Esteban Francisco Coello Muñoz

CORRECCIÓN DE ESTILO

Camila Peña

**COLABORADORES DEL
NÚMERO DE LA REVISTA**

Mariangel Andrade Cordero
Juan Andrade Orellana
Liliana Villalta
Eduardo Martín Flores Idrovo
Linda Soledad Flores Palacios
María Angélica Landy Ríos
Agustín Francisco Cordero Malo
Matías José Enderica Castillo

**DIAGRAMACIÓN Y
DISEÑO DE PORTADA**

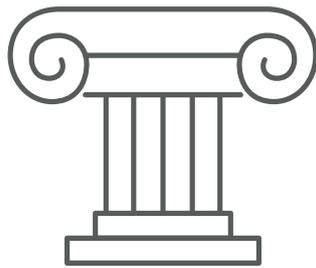
Anita Viñansaca Cabrera
Departamento de Comunicación y Publicaciones

IMPRESIÓN

Print Lab de la Universidad del Azuay



Cuenca , septiembre del 2024



— 2024 —

Contenido

- | | | |
|---------|----------|---|
| 13 – 20 | 1 | Ecuador en guerra: análisis desde el Derecho Internacional Humanitario del Conflicto Armado Interno No Internacionalizado en el Ecuador 2024
Mariangel Andrade Cordero |
| 23 – 29 | 2 | Justicia indígena en el Ecuador: fines, procedimiento, estructura y su alcance dentro del control de la criminalidad
Juan Andrade Orellana |
| 31 – 37 | 3 | Reflexiones acerca de la protección de datos, derechos fundamentales y los desafíos éticos en los algoritmos de recomendación en plataformas digitales
Liliana Villalta |
| 38 – 46 | 4 | La prisión preventiva en Ecuador, ¿realmente es una medida cautelar o una pena anticipada?
Eduardo Martín Flores Idrovo
Linda Soledad Flores Palacios |
| 48 – 54 | 5 | Proyecto Mirador: falso garantismo de los derechos de la naturaleza en el nuevo constitucionalismo latinoamericano
María Angélica Landy Ríos |
| 57 – 66 | 6 | Derecho Concursal y regulación jurídica en Ecuador, breve análisis de la legislación española como referencia
Agustín Francisco Cordero Malo - Matías José Enderica Castillo |



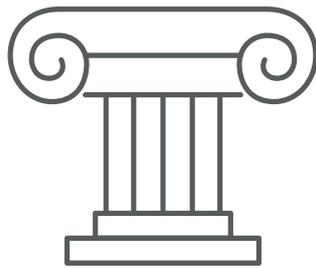


UDA LAW REVIEW

II VOLUMEN

CON EL APOYO DE:





— 2024 —

Ecuador en guerra: análisis desde el Derecho Internacional Humanitario del Conflicto Armado Interno No Internacionalizado en el Ecuador 2024

Mariangel Andrade Cordero

Estudiante de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas y Sociales, Universidad de Cuenca
(mariangel.andradec@ucuenca.edu.ec).

Resumen

Frente a la escalada de violencia en el Ecuador, después de numerosos e infructuosos estados de excepción y el aparente fracaso de la administración pública de frenar el avance del crimen organizado, el 9 de enero de 2024 el gobierno del presidente Daniel Noboa, declaró “estado de guerra” como un intento de poner un alto a la volátil situación en el país. Es entonces que surge la interrogante, ¿qué implica el estado de guerra?, ¿Ha configurado la situación del Ecuador un Conflicto Armado No Internacional (CANI)? El presente trabajo tiene como propósito hacer un contraste del contexto ecuatoriano con los elementos reconocidos por el Derecho Internacional Humanitario para los conflictos armados no internacionales, y dar respuesta a las interrogantes planteadas mediante una investigación de la literatura disponible e información relevante publicada en medios de comunicación oficiales.

Palabras clave

Estado de guerra, conflicto armado no internacional, Derecho Internacional Humanitario, crimen organizado, administración pública, estado de excepción.

Abstract

In light of the rise in violence in Ecuador, after numerous states of emergency and the apparent failure of public administration to stop organized crime, on January ninth, 2024 President Daniel Noboa declared “state of war” as an attempt to stop the volatile situation in the country. It is then that the following questions arises: What does state of war entail? Has the situation in Ecuador escalated to the figure of a non-international armed conflict? This paper aims to contrast the Ecuadorian context with elements recognized in humanitarian international law for non-international armed conflicts, and provide answers to the established questions, through research of available literature and relevant information published in official communication media.

Keywords

State of war, non-international armed conflict, International Humanitarian Law, organized crime, public administration, state of exception.

Introducción

Los conflictos armados o, como de manera común nos referimos a los mismos, la guerra, son un concepto tan antiguo como la humanidad misma. Es así que cuando los imaginamos, ilustramos una imagen violenta y desordenada, en donde no hay lugar para la razón ni el orden. Sin embargo, la guerra es una situación jurídica altamente reglada, en la cual existen normas internacionalmente aceptadas que determinan, no únicamente el concepto de esta, sino establecen la forma correcta de actuar durante su ejecución.

Según el Comité Internacional de la Cruz Roja (2004), el Derecho Internacional Humanitario (DIH), también referido como Derecho de guerra o Derecho de los conflictos armados, es un conjunto de normas derivadas de distintos convenios y protocolos, que buscan regular la guerra de forma que se minimicen las fatalidades civiles y los estragos de países involucrados en conflictos armados. Suponen una serie de imposiciones y protocolos de ejecución que obligan a los Estados a distinguir entre civiles y agentes participantes del conflicto.

El DIH diferencia entre dos grandes denominaciones: El Conflicto Armado Interno (CAI) y el Conflicto Armado No Internacional (CANI), a ambos se les han otorgado distintas cualidades. Sin embargo, siguen, en su mayor parte, las mismas consideraciones en cuanto a las reglas que deben acatar los Estados en sus operaciones bélicas.

La principal distinción entre CANI y CAI es que las partes beligerantes en el primer caso no son dos estados constituidos, debiendo entenderse como Estado a una organización territorial con población, poder político y soberanía, sino un Estado que se enfrenta a grupos armados no gubernamentales (CICR, 2012).

Lamentablemente, el narcotráfico, la narcoguerrilla y el crimen organizado han sido una realidad cercana al desarrollo de los países latinoamericanos en las últimas décadas. Ecuador ha sido uno de los países más afectados por este particular. Es difícil –sino imposible– poner una fecha exacta al inicio de la problemática, sin embargo, la situación actual se resume en una serie de grupos de crimen organizado comúnmente designados como “bandas”, asociados al narcotráfico, con una estructura jerarquizada y acceso considerable a armamento bélico. Se le suma el evidente control que poseen sobre los centros de rehabilitación social y su aparente influencia en el sistema carcelario.

El 7 de enero de 2024 escapó de la cárcel regional de Guayaquil Adolfo Macías alias “Fito”, líder de la pandilla los “Choneros”, se presume que dicha banda tiene control sobre un gran porcentaje del tráfico de estupefacientes que se exportan desde el puerto de Guayaquil (Muñoz-Ledo, 2024). Lo que siguió fue una ola de violencia sin precedente en las principales cárceles del país, además de atentados contra la población civil en todo el territorio nacional.

El martes 9 de enero, dichos grupos organizados irrumpieron de manera violenta el canal de noticias TC y tomaron como rehenes a presentadores y demás trabajadores. En respuesta, el Gobierno de turno, liderado por el presidente Daniel Noboa, declaró el estado de guerra o conflicto armado interno, con una lista que señalaba los grupos criminales que ahora serían denominados grupos terroristas.

Ahora bien, la mera categorización por parte del primer mandatario de un conflicto armado no internacional no significa que se han configurado los elementos necesarios para hacerlo. Lo que cabe ahora es analizar si la situación tenía o no mérito de CANI, o si su calificación fue una herramienta imprudentemente utilizada para beneficiarse de las libertades legales que le permiten al Ejecutivo manejar con mayor eficiencia la situación.

Desarrollo

Antecedentes de las hostilidades:

A primera vista, la situación del Ecuador podría resumirse en una crisis de seguridad subsumida en el control de los grupos de crimen organizado, sin embargo, este conflicto se caracteriza por su complejidad y amplia cantidad de aristas. Para el propósito del análisis es prudente iniciar la línea de tiempo en cuanto a las hostilidades en el año 2021, cuando se presentaron por primera vez ataques simultáneos en varias cárceles del país. El 23 de febrero de 2021, en las cárceles de: Turi (Cuenca), Regional del Guayas (Guayaquil), Centro de Privación de Libertad Cotopaxi (Latacunga) y en la Penitenciaría del Litoral (Guayaquil); se desataron motines liderados por los reclusos, que cobraron la vida de 79 personas privadas de la libertad (González, 2022).

Se presume que el desencadenante de esta jornada de violencia es atribuible a la muerte de José Luis Zambrano, alias "Rasquiña", quien se sospechaba era líder del grupo delictivo los "Choneros" (González, 2022). Es importante mencionar que esta organización poseía un amplio espectro de control sobre los centros de rehabilitación social del país y que, tras el fallecimiento de su líder, grupos asociados encontraron una posibilidad de conseguir poder y se desató la guerra entre ellos. Aquí se mencionan tres grupos principales: "Los Tiguerones", "Los Chone Killers" y "Los Lobos", bandas criminales que han mantenido su protagonismo en el desarrollo del conflicto hasta el momento.

Desde febrero de 2021, se suscitaron masacres organizadas por los ahora denominados grupos terroristas en varias cárceles del país, que hasta finales del 2022 totalizaron 413 víctimas. La más grande de estas tuvo lugar el 29 de septiembre de 2021 y ocasionó la lamentable muerte de 119 personas (González, 2022). La causa sigue el mismo tenor: una pugna de poder entre las células de "Los Choneros" y otras organizaciones delictivas.

Como se mencionó con anterioridad, las hostilidades se desarrollan principalmente por conseguir el control sobre las cárceles del país, pues mantener poder sobre las personas privadas de libertad supone para los grupos delictivos un aumento en su número de asociados. Sin embargo, no es la única razón del conflicto, también se configura dentro de su agenda la necesidad de conseguir territorio, dado que significa el aumento de zonas para el tráfico de estupefacientes y se vuelve particularmente atractivo para todos los grupos conseguir control sobre el puerto de Guayaquil, pues las oportunidades que ofrece como punto de exportación e importación de productos ilícitos son inigualables.

Los años que siguieron se caracterizaron por el traslado de la violencia desde las cárceles hacia la población civil. Se desprendieron de los cuatro grupos madres células pequeñas, pero igualmente violentas, que buscaron mediante la extorsión asegurar territorio y acrecentar sus filas. De tal forma, surgió un fenómeno violento conocido como "vacunas". Los años 2022 y 2023 se caracterizaron por noticias de negocios pequeños y grandes del noroeste de Guayaquil que recibían amenazas por parte de sujetos asociados a grupos delictivos, estos exigían un pago a cambio de mantener sus establecimientos libres de los estragos del crimen.

Las vacunas tenían un doble propósito, no era únicamente conseguir financiamiento, como podría parecer, sino una forma de delimitar el territorio y asegurar su poder sobre él (Expreso, 2024). Este fenómeno marcó el inicio de una crisis de seguridad que ya no podría aislarse en la situación carcelaria, pues los grupos delictivos comenzaron a ser un agente presente y visible para la población civil. Si bien existieron puntos focales donde la situación era más reconocible (entre ellos Guayaquil, por su situación portuaria), este particular se extendió a todo el país.

La indignación popular se hizo conocer mediante la asociación de vecinos, comunidades y parroquias afectadas, que mediante carteles y pancartas amenazaban con represalias violentas a cualquiera que intentase extorsionar o asaltar sus negocios. Esto creó un sentimiento de "ellos" y "nosotros" que sirvió como base para un futuro conflicto interno.

La noche del 8 de enero, tras el escape de alias “Fito” y el despliegue de 3.000 operativos en su búsqueda (BBC News Mundo, 2024), el Ecuador vivió una serie de ataques, más la toma de la cárcel de Turi, amotinamientos, coches bombas y asaltos a establecimientos varios en el territorio nacional. Finalmente, la invasión de un grupo de hombres no identificados en un canal de televisión en vivo, infundió terror en la población y concluyó con la declaratoria de guerra por parte del presidente Noboa.

Conflicto armado no internacional desde el DIH:

En párrafos anteriores se hizo una primera mención a qué significa el Derecho Internacional Humanitario, de manera más detallada, se lo define como: “un conjunto de normas que, por razones humanitarias, trata de limitar los efectos de los conflictos armados” (Cruz Roja Internacional, 2004, p.1). Pues, en un mundo ideal, si los esfuerzos internacionales de mantener la paz fuesen siempre exitosos, los ejércitos se volverían obsoletos, sin embargo, las naciones reconocen una exigencia militar por parte de los Estados de la misma forma que se preocupa por las consecuencias humanitarias de dichas necesidades bélicas de protección de intereses estatales.

El desarrollo tecnológico, en especial la amenaza de una guerra nuclear, ha dejado como consecuencia que escenarios internacionales de conflictos armados sean escasos en la actualidad. Es así que eventos catastróficos como la Segunda Guerra Mundial no han conocido nuevos capítulos, sin embargo, esto no quiere decir que la guerra en su acepción más tradicional haya dejado de existir. Lo que sí significa es que el Derecho Internacional Humanitario ha evolucionado para considerar conflictos que no ocurren en el espacio internacional sino nacional.

En la actualidad, los conflictos armados internacionales pueden ser ejemplificados con la guerra entre Ucrania y Rusia (2022-actualidad), en donde encontramos dos estados internacionalmente reconocidos que por intereses geopolíticos se encuentran en hostilidades. Otro caso, meno perfecto en cuanto a su cumplimiento de elementos reconocidos por el DIH, sería el de Israel y Palestina, en donde evidentemente existen hostilidades entre dos grupos organizados, pero aún se debate si uno de ellos (Palestina) constituye o no un Estado, pues carece de reconocimiento internacional y de un territorio delimitado.

Por otra parte, el conflicto armado interno no internacional es definido por el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra (Corte Internacional de la Cruz Roja, 1949), como: “conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes” (p.1). Una explicación más detallada se añade en el Protocolo Adicional II (Corte Internacional de la Cruz Roja, 1977) de los mismos convenios, que establece que se desarrolla entre las fuerzas armadas de un Estado y fuerzas armadas disidentes, y señala una serie de requerimientos sobre estos grupos para constituirse como tal:

- a. Elemento territorial: Que ejerzan un control territorial dentro del espacio nacional que les permita ejecutar operaciones militares.
- b. Elemento organizacional: Los grupos deben estar organizados de manera jerárquica, con un mando claro y constituido.

H. P. Gasser (1993) menciona otros elementos en su obra, derivados de la lectura del Protocolo Adicional II y el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949; entre ellos que la intensidad del conflicto haya exigido al gobierno el despliegue de las fuerzas armadas, no únicamente las fuerzas policiales que son las comúnmente obligadas a mantener el orden civil. Entonces, entendemos estos elementos adicionales a considerar: intensidad y prolongación de las hostilidades. Se esboza ya un primer borrador de lo que ha de entenderse por conflicto armado no internacional: dígame de las hostilidades de gran magnitud entre las fuerzas armadas de un Estado en contra de un grupo insurrecto altamente organizado y delimitado a un territorio dentro del espacio nacional.

Para ilustrar esta definición, podemos mencionar el caso de Colombia y su conflicto contra las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia, en donde se cumplen todos los requisitos mencionados anteriormente. Las FARC poseían espacios territoriales amplios en Colombia, sin mencionar

un alto poder bélico y económico organizado de manera jerárquica similar a un mando militar, además de una agenda política clara. Es menester recalcar que por el carácter de “no internacional”, es necesario para la configuración de este tipo de conflicto la no injerencia de potencias extranjeras como partes beligerantes.

Contraste y análisis:

Una vez establecidos los elementos constitutivos del CANI, nos corresponde analizar las características del conflicto ecuatoriano y si constituye o no esta categoría. Cabe aclarar que no se pretende hacer un juicio de valor sobre si esta herramienta debió o no haber sido utilizada, ni establecer una crítica hacia el gobierno de turno, sino simplemente hacer un ejercicio académico en derecho de contraste de definiciones.

Elemento organizacional:

La declaratoria de conflicto armado interno, mediante el Decreto Ejecutivo No. 111, señala a los siguientes grupos como terroristas –grupos insurrectos armados:

Águilas, Águilas Killer, Ak47, Caballeros Oscuros, Chone Killer, Choneros, Corvicheros, Cuartel de las Feas, Cubanos, Fatales, Gánster, Kater Pilare, Lagartos, Latin Kings, Lobos, Los p.27, Los Tiburones, Mafia 18, Mafia Trébol, Patronos, R7, Tiguerones (Decreto Ejecutivo 111/2024).

El mismo documento realiza una exposición de motivos, en donde el presidente ofrece un sustento legal y fáctico sobre su decisión, el mismo se fortalece sobre los informes policiales que destacan el uso de armamento bélico de carácter militar por parte de estos grupos terroristas, lo que parece ser un primer y definitivo motivante. Sin embargo, si recordamos los anteriores elementos, la capacidad de las armas que utilicen los grupos insurrectos no son parte de las consideraciones necesarias para establecer un CANI.

Ahora, el decreto no hace mayor mención sobre la capacidad de mando y organización jerárquica, aunque sí establece que poseen un “nivel mínimo de organización”. Por tanto, sería impensable que sea compatible el alto grado de jerarquía militar exigido con organizaciones dispersas y carentes de estructura.

Sin embargo, según el Observatorio Ecuatoriano de Crimen Organizado, en su informe titulado “Caracterización del Crimen Organizado” (2023), la criminalidad ecuatoriana encuentra que cuatro organizaciones cuentan con una organización jerarquizada: los Choneros, los Tiguerones, los Chone Killers y los Latin Kings. De estas, únicamente los Tiguerones siguen una estructura bajo doctrina paramilitar. Este mismo informe señala que la mayoría de estas organizaciones funcionan mediante divisiones territoriales que operan independientemente en otros territorios del país.

Por lo tanto, en cuanto al primer elemento de la alta capacidad de mando y organización jerarquizada, podría decirse que se cumple parcialmente, pues únicamente uno de los mencionados grupos terroristas cuenta con el nivel de complejidad militar para suponer un grupo insurrecto de alto nivel.

Elemento territorial:

Este particular se vuelve complicado desde la perspectiva de que una gran cantidad de activos de grupos terroristas opera desde las cárceles del país, entonces la doctrina no es clara en cuanto si este territorio debe ser exclusivo de un grupo o si es que la presencia de varios supone el cumplimiento de este elemento. Si nos decantamos por la segunda opción, y consideramos al fallo de la red carcelaria, podemos concluir que los grupos criminales del Ecuador cuentan con un territorio considerable: las cárceles del país.

En concordancia con lo anteriormente expuesto, el criterio de territorialidad únicamente se refiere a un espacio dentro del territorio nacional que permita ejecutar operaciones de carácter

militar, las cárceles cumplen con ambos supuestos pues son delimitaciones geográficas, es decir, espacios, desde los cuales las bandas criminales han ejecutado de manera exitosa sus operaciones beligerantes.

Además, se suma la presencia de estos grupos en 17 de 24 provincias del país, si bien esta influencia no es la totalidad de la provincia, y en la mayoría de los casos implica específicamente a un barrio o una comunidad, siendo “generosos” en esta consideración, podría decirse que sí existe un elemento territorial.

Intensidad y prolongamiento de las hostilidades:

En cuanto al prolongamiento de las hostilidades, el análisis una vez más se dificulta, pues el Decreto 111 (2024) no identifica a un solo grupo sino a 21 grupos terroristas, muchos de estos se constituyeron hace pocos meses, mientras que otros (como por ejemplo los Choneros) tienen cerca de una década de actividad, con hostilidades que no han sido dirigidas al Estado. Esto trae otro foco de atención hacia el análisis, pues las hostilidades no significan únicamente el uso de violencia porque en ese caso cualquier enfrentamiento entre bandas criminales sería un conflicto civil o interno, más allá de la presencia o ausencia de intervención estatal.

Entonces, bajo esta consideración, las hostilidades dirigidas hacia el Estado han sido únicamente las que se desarrollaron entre la noche del 8 y el 9 de enero, pues si recordamos la información anterior, las masacres carcelarias fueron entre la población carcelaria y no en contra del Estado. Es por tal que, en cuanto al prolongamiento de las hostilidades, este elemento no se configura.

La intensidad como elemento constitutivo es difícil de definir, aún si el DIH lo establece como un “umbral de intensidad”, para identificar con certeza este concepto debe considerarse lo siguiente:

(...) una ruptura profunda del tejido social, una severa crisis de gobernabilidad, que se prolonga en semanas e incluso meses a causa verbigracia de los fanatismos religiosos, los nacionalismos exacerbados, las tentativas de golpes de estado, el descontento generalizado de la población civil. por la corrupción estatal o por políticas de segregación. La intensidad de la confrontación se manifiesta materialmente entre clanes o grupos civiles o contra miembros de la policía del estado. (Ramelli Arteaga, 2003, como se citó en Fonseca Lidueña, 2020)

Es innegable que el Ecuador sufrió un alza en sus índices de criminalidad, sería injusto decir que no existió una situación generalizada de inseguridad. Sin embargo, no hubo una corrupción tal de las entidades estatales que haya ocasionado el colapso del aparato estatal, en donde los ciudadanos se vieran desprovistos de servicios tales como el acceso a la justicia, a trámites administrativos o mecanismos de participación popular.

De similar manera, no existió un incremento en la función represiva del Estado, como por ejemplo la creación de mecanismos extraordinarios de represión, es decir, que el aparato penal se mantuvo con “normalidad”. No hubo la suspensión de garantías penitenciarias, ni la omisión de procesos reglados y garantes de derecho en cuanto al arresto y procesamiento de personas infractoras. Es decir que, bajo esta consideración, la intensidad de las hostilidades tampoco se configura. Cabe la posibilidad que, bajo un parámetro distinto, el umbral sí se haya cumplido. Por ejemplo, la necesidad del despliegue de las fuerzas armadas, que en el caso del Ecuador ya habían estado presentes en ciertos sectores del país en el marco del estado de excepción.

Elemento de no injerencia de otros Estados:

Este último elemento es más sencillo, pues en ningún momento ha habido participación activa de una fuerza extranjera en el Ecuador, más allá de la simple colaboración armamentística que es natural del intercambio internacional y es parte de las relaciones internacionales que comúnmente se desarrollan tanto en países en guerra como en aquellos que conocen la paz.

Conclusiones:

Haciendo una síntesis de lo expuesto en títulos anteriores, podemos decir que un conflicto armado no internacional se configura cuando se cumple lo siguiente: la presencia de hostilidades de gran magnitud durante un tiempo prolongado entre las fuerzas armadas de un Estado y grupos bélicos no gubernamentales altamente organizados, con un territorio delimitado y sin que haya existido injerencia extranjera.

Bajo estas consideraciones encontramos en el presente estudio que las bandas criminales del Ecuador carecen, en su mayoría, de una alta organización que sea similar a aquella que poseen los mandos militares, poseen en cierta medida un territorio, aunque está lejos de ser delimitado, considerando que está altamente fragmentado. La magnitud de las hostilidades no se ha cumplido bajo los parámetros de la doctrina, el umbral requerido por el DIH en cuanto a intensidad y tampoco se ha desarrollado de manera prolongada en contra del Estado, sino entre las bandas criminales.

En palabras simples, las características de las bandas criminales en el Ecuador hacen incompatible la calificación de la situación de inseguridad en el país como un conflicto armado no internacional en el marco de los Convenios de Ginebra de 1949 y la existente normativa internacional. Las normas aplicables al DIH se vuelven de imposible aplicación dejando desamparados a aquellos que se ven envueltos en las hostilidades, esto nunca en un sentido de apología al delito o de simpatía con antisociales que han violentado nuestro país, sino dentro de la lógica legal y humana que exige la garantía de derechos humanos a todos aquellos que compartan esta consideración.

El DIH permite al Estado abrir fuego únicamente contra objetivos militares, con mínima cantidad de bajas civiles. La pregunta es, ¿cómo puede garantizar un objetivo militar cuando el beligerante carece de estructuras militares? Supongamos que el Estado encuentra una casa dentro de una ciudadela común, desde donde se hacen operativos criminales, está autorizado entonces para irrumpir en esta morada y abrir fuego contra aquellos que se encuentren dentro. ¿Cómo podrán saber los involucrados que la totalidad de los habitantes de dicha morada común son asociados con un grupo terrorista? Es entonces, que las o los convivientes de miembros de bandas delictivas podrían ser fatalidades de este conflicto sin haber participado activamente en ningún delito.

El arresto masivo de miembros de bandas delictivas sólo es efectivo en cuanto los infractores sean condenados por un juez. La forma desorganizada y carente de procesos y protocolos legales, si bien ha alejado a los agentes de las calles y de donde podrían hacer mayor daño, no garantizan una sentencia condenatoria, sin mencionar que no ha solucionado la crisis carcelaria; lo que significa que se arrestan a más personas de las que las instituciones de rehabilitación social tienen la capacidad de sostener. Es entonces que el hacinamiento, que ya se encuentra en más del 50% solo está en riesgo de crecer y, con ello, crear la situación ideal para que las bandas criminales ofrezcan a PPL un cepillo de dientes, acceso a un colchón o el uso de servicios higiénicos por el precio de unirse a sus filas.

El Ecuador vive actualmente una crisis de seguridad de altos niveles, esta exige de sus gobernantes actuaciones eficientes y contundentes que garanticen a la ciudadanía el goce total de sus derechos y el desarrollo libre de sus proyectos de vida. Sin embargo, estas decisiones deben ser fundamentadas en derecho, de manera tal que sus efectos sean a largo plazo y garanticen no únicamente el cese en las hostilidades sino el mantenimiento de la paz para futuras generaciones.

Referencias

Basantes, A. C., (2024). Daniel Noboa declara un “conflicto armado interno” en Ecuador tras la irrupción de un comando armado en un canal de televisión. *El País América*. <https://elpais.com/america/2024-01-09/daniel-noboa-declara-un-conflicto-armado-interno-en-ecuador-tras-la-irrupcion-en-directo-de-un-comando-armado-en-un-canal-de-television.html>

BBC News Mundo, (2024). «No negociaremos con terroristas»: el presidente de Ecuador declara estado de excepción tras la fuga de un peligroso líder narco. *BBC News Mundo*. <https://www.bbc.com/mundo/articulos/c13y5d712gxo>

Camelos, G. (2024, 10 enero). *Desde Los Choneros hasta los Latin Kings, radiografía de las bandas delictivas del Ecuador*. Mundial Medios. <https://mundialmedios.com/desde-los-choneros-hasta-los-latin-kings-radiografia-de-las-bandas-delictivas-del-ecuador/>

Comité Internacional de la Cruz Roja. (2012) Conflictos internos u otras situaciones de violencia: ¿cuál es la diferencia para las víctimas? [Entrevista] <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/interview/2012/12-10-niac-non-international-armed-conflict.htm>

Comité Internacional de la Cruz Roja. (2004). Servicio de Asesoramiento en Derecho Internacional Humanitario [Comunicado de prensa]. <https://www.icrc.org/es/doc/assets/files/other/dih.es.pdf>

Comité Internacional de la Cruz Roja (2008). Cuál es la definición de “conflicto armado” según el derecho internacional [Documento de opinión]. <https://www.icrc.org/es/doc/assets/files/other/opinion-paper-armed-conflict-es.pdf>

Comité Internacional de la Cruz Roja (1949). *Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra* 75 UNTS 287, <https://www.refworld.org/es/leg/multilateral-treaty/icrc/1949/es/32227>

Expreso, R. (2024, 27 marzo). Dominio y extorsión, el crimen alternó su estructura de la mano de las ‘vacunas’. Expreso. <https://www.expreso.ec/actualidad/dominio-extorsion-guayaquil-sicariato-seguridad-131733.html>

Fonseca Lidueña, C.(2020) Los umbrales de intensidad como criterios de aplicación material de las normas del DIH y el DDHH para nuevos actores de los conflictos armados. *Revista de Derecho: División de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte*, 49 -72.

Gasser, H.P (1993) *International Humanitarian Law: an Introduction, in: Humanity for All: the International Red Cross and Red Crescent Movement* . H. Haug (ed.), Paul Haupt Publishers, Berna, p. 555.

González, M. A. (2022). Once masacres carcelarias y 413 presos asesinados en 21 meses. *Primicias*. <https://www.primicias.ec/noticias/en-exclusiva/carceles-nueve-masacres-victimas-ecuador/>

Muñoz-Ledo, R. (2024). Cronología de la escalada de violencia en Ecuador: esto es lo que ha pasado. *CNN*. <https://cnnespanol.cnn.com/2024/01/13/cronologia-dia-a-dia-violencia-ecuador-orix/>

Malla, J. P. G., & Campoverde, H. A. A. (2021). *La crisis penitenciaria en Ecuador y la vulneración sistemática de los derechos humanos*. *Axioma*, 1(25), 66-72. <https://doi.org/10.26621/ra.v1i25.745>

Observatorio Ecuatoriano de Crimen Organizado (2023). Caracterización del crimen [Archivo PDF] <https://oeco.pdf.org/wp-content/uploads/2023/09/Caracterizacion-Crimen-Organizado-Version-corta-V2.pdf>

Presidencia de la República. Decreto No 111 (2024) https://www.comunicacion.gob.ec/wp-content/uploads/2024/01/Decreto_Ejecutivo_No_111_20240009145200_20240009145207.pdf.

Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II), Comité Internacional de la Cruz Roja. Artículo 1. 8 de junio de 1977.

banco
del  **austro**

The icon consists of two arrows pointing left. The outer arrow is black and the inner arrow is teal. Both arrows are composed of two thick lines meeting at a point.

LEGALME

Justicia indígena en el Ecuador: fines, procedimiento, estructura y su alcance dentro del control de la criminalidad

Juan Andrade Orellana

Estudiante de Derecho en la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas y Sociales,
Universidad de Cuenca
(juan.andradeo@ucuenca.edu.ec).

Resumen

Este trabajo investigativo tiene como propósito mostrar las diferencias entre la justicia indígena y el ordenamiento jurídico ecuatoriano, con el fin de conocer la interrelación de ambos con respecto a la resolución de conflictos de carácter estatal. De igual manera, propone exponer el proceso de justicia indígena y su comparación frente al proceso ordinario de justicia, ya que en el primero se aplican determinados principios y valores que son de suma importancia para la rehabilitación y la reintegración del ser humano con la comunidad y el medio ambiente en el que habita. Además, el análisis permite entender los orígenes de la criminalidad dentro del contexto nacional. Así pues, se busca resaltar los principales obstáculos para un derecho indígena completamente autónomo a nivel nacional e internacional, y, a su vez, analizar la importancia de la justicia indígena para la conservación de la cultura y las tradiciones de los pueblos originarios en el Ecuador.

Palabras clave

Justicia indígena, Sumak Kawsay, Constitución del Ecuador, criminalidad, Pachamama, cultura indígena.

Abstract

This research aims to demonstrate the differences between indigenous justice and the Ecuadorian legal system, in order to understand their interrelation in resolving state-level conflicts. Additionally, it proposes to illustrate the indigenous justice process and compare it with the ordinary justice process, as certain principles and values inherent in the former are of significant importance for the rehabilitation and reintegration of individuals into the community and the surrounding environment, as well as for understanding the origins of criminality. Furthermore, it seeks to highlight the main obstacles to achieving fully autonomous indigenous rights at both national and international levels, while also analyzing the importance of indigenous justice in preserving the culture and traditions of indigenous peoples in Ecuador.

Keywords

Indigenous justice, Sumak Kawsay, Constitution of Ecuador, criminality, Pachamama, indigenous culture.

A pesar de que Ecuador es uno de los países más pequeños de Sudamérica, su composición étnica es muy diversa¹; consecuentemente, esto ha permitido que en el país surjan sistemas autónomos e independientes a las modalidades convencionales y formales de justicia, educación e inclusive salud. Asimismo, la convivencia e interrelación de estas múltiples culturas y nacionalidades ha dado paso a que nazca un enfoque intercultural que promueve la concordancia dentro del Estado de derecho, contribuyendo de esa forma a que existan políticas públicas que fomenten la igualdad y la justicia social. Por otra parte, las diversas etnias, en especial las de los pueblos originarios, han logrado conservar sus raíces, permitiendo que sus rasgos culturales y tradiciones permanezcan en el tiempo. Así pues, las grandes comunidades indígenas² que se acentúan principalmente en la Sierra y Amazonía ecuatoriana han roto con la imposición occidental y continúan ejerciendo sus creencias, valores y principios a través de un sistema de justicia que busca la consecución de conflictos y la armonización del ser humano con la Pachamama.

Según el *Manual de Justicia Indígena* de la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE), la justicia indígena para los pueblos originarios corresponde a un “sistema de normas, principios y procedimientos basados en conocimientos milenarios presentes en la memoria colectiva de los pueblos indígenas, cuya aplicación corresponde a las autoridades comunitarias para garantizar la vida armónica, la justicia y equilibrio social” (2018, p.10). Es decir, la reivindicación de una pluralidad en la justicia no se basa únicamente en la búsqueda por la autodeterminación de los pueblos, sino también tiene como finalidad la resistencia y la lucha por los territorios que han pertenecido históricamente a estos grupos que fueron cruelmente marginados.

En consecuencia, el Gobierno del Ecuador optó por garantizar constitucionalmente este tipo de justicia³, que ha sido múltiples veces cuestionada, pues se afirma que vulnera el principio de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No obstante, cabe recalcar que si bien el Estado garantiza la autonomía judicial de los pueblos indígenas, este también impone un límite importante, pues estos sistemas no pueden vulnerar los derechos fundamentales establecidos en la Constitución y la ley. Además, en caso de conflicto entre jurisdicciones, se prioriza la competencia de la jurisdicción ordinaria, lo que significa que el sistema legal estatal tiene mayor relevancia cuando se debaten los derechos fundamentales establecidos por Tratados Internacionales y la Constitución. En suma, es necesario reconocer y analizar su administración y límites en concordancia con las teorías filosóficas actuales, con la finalidad de comprender su estructura y rol dentro de la justicia ecuatoriana.

En primer lugar, es importante mencionar que las comunidades indígenas poseen una cosmovisión particular y diversa con respecto a las múltiples filosofías europeas que imperan en el ordenamiento jurídico de cada país latinoamericano. Así pues, si bien Kelsen define al derecho como un orden coercitivo que “ordena una determinada conducta humana al proveerla de un acto coercitivo como una reacción contra la conducta contraria. Estos actos son ‘coercitivos’ en tanto que deben realizarse o ejecutarse aún en contra de la voluntad del individuo a quien van dirigidos y, en caso de resistencia, inclusive podrá emplearse la fuerza física” (2005, p. 26). Sin embargo, para la justicia indígena el Derecho es un orden restaurativo en el que prima la sanación espiritual, la reconciliación con la madre tierra y la reconexión del ser con el equilibrio social, natural y comunitario. Por lo tanto, no existe la privación de la libertad como sanción máxima ni como medio para la coerción del individuo. En esa misma línea, la justicia indígena dista del ordenamiento jurídico estatal, pues la mayoría de sus leyes, principios y normas no están escritas⁴. Las mismas se basan en un derecho consuetudinario, que no está relacionado con el derecho natural porque se compone de normas y principios teorizados según el trasfondo de un proceso histórico, de costumbres y tradiciones que han sido cumplidas y consideradas en razón de una conciencia colectiva y generalizada de su contexto sionormativo.

1. Según el UNFPA, la diversidad étnica en Ecuador se compone de un 71,9% de la población que se identifica como mestiza, el 7,4% montubia, el 7,2% afroecuatoriana, el 7% indígena, el 6,1% blanca y el 0,4% de otras etnias.

2. El Plan Nacional de Desarrollo señala que en Ecuador hay 14 nacionalidades y 18 pueblos originarios, cada uno con sus propias costumbres y lenguas.

3. El artículo 171 de la Constitución Ecuatoriana establece: Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales.

4. Según la CONAIE: “Para nosotros los indios, el derecho indígena es un derecho vivo, dinámico, no escrito, el cual a través de un conjunto de normas regula los más diversos aspectos y conductas del convivir comunitario”.

El procedimiento vinculado con la justicia indígena, claramente, es muy diferente al derecho procesal ordinario del Ecuador, ya que, en este último, su enfoque punitivo está relacionado con una sanción económica, política o, en el peor de los casos, una pena restrictiva de la libertad, la cual ha decaído en un centro de deshumanización⁵ y criminalización de determinados grupos sociales que consecuentemente han provocado la acérrima violencia dentro del país y la actual ola de delincuencia y crisis de seguridad que sufren principalmente las ciudades de Guayaquil y Esmeraldas. Del mismo modo, la penalidad de la justicia indígena está contemplada en la sanación mediante rituales comunitarios que tienen como finalidad la limpieza del alma 'enferma' del imputado para que no reincida en actos delictivos. Esto ha permitido que, en varias zonas con elevada población y concentración indígena en el Ecuador como la Sierra y la Amazonía, sea bajo el nivel de criminalidad⁶ en comparación con las demás regiones. En efecto, existe un contraste preocupante con respecto a las regiones de la Sierra y la Costa ecuatoriana, pues según el Observatorio Ecuatoriano de Crimen Organizado (OECO)⁷ la mayoría de los actos delictivos son originados en la zona costera. Por lo tanto, cabe preguntarnos: ¿la incidencia de la cultura indígena es un factor clave para el control de la criminalidad en el Ecuador? La respuesta, sin duda, no tiene relación con el origen étnico o racial de los individuos que habitan en aquellas zonas tan dispares, sino con el pasado histórico que edificó la cultura jurídica y la administración sancionadora que practican las comunidades de los pueblos originarios de la Sierra y la Amazonía para llegar a morigerar las causas de la delincuencia y el crimen.

Etapas del proceso de la justicia indígena

Es importante recalcar que casi todo el procedimiento de justicia no ha sido solamente fundado bajo principios indígenas, sino que en él también se respaldan varios cuerpos legales del Estado, sus instituciones y de tratados internacionales. Por consiguiente, el debido proceso y la tutela judicial efectiva han sido ampliamente respetados e inclusive perfeccionados. De la misma manera, el procedimiento de este tipo de justicia ha sido criticado en gran medida por distar en cuanto principios y valores del sistema europeo, considerándolo como una justicia primitiva y salvaje que no cumple con los estándares jurídicos de Occidente. En general, la discriminación hacia esta autonomía judicial desprende del poscolonialismo y la preeminencia de la estructura de justicia adoptada de Europa. Como menciona Poveda Moreno (2017, p.183) "el desconocimiento de los valores propios del sistema jurídico ancestral, permite catalogar de forma errada a ésta y considerar al sistema ordinario como una justicia más humana".

Una vez que se materializa el delito, todo el desarrollo jurídico empieza por una denuncia o queja, conocida también como *willachina* o *willana*, la cual constituye la activación del sistema de justicia indígena, en el que se busca conocer e indagar qué es lo que ha enfermado el espíritu del imputado. Esta se realiza ante autoridades indígenas, quienes fueron electas democráticamente, respetando de esa forma el derecho a un tribunal imparcial e independiente. Según Juan Pablo Guerrero "en la *willachina* la participación es de todos quienes quieran acompañar: familiares, amigos, padrinos, pues el daño es para todos y todos quieren curarlo" (2019, p. 41). En esta etapa el delito se metafórica como una enfermedad que debe ser tratada por la comunidad, con el fin de que todos puedan contribuir a la restauración y reconexión del individuo con la Madre naturaleza y las demás espiritualidades.

El segundo paso es conocido como *tandanakuy*, lo cual significa que se convoca a una Asamblea General para dar a conocer públicamente todos los hechos del caso e información de los involucrados; del mismo modo, se toman medidas cautelares de ser necesarias. La siguiente etapa constituye la *tapuykuna*, en donde se recolectan pruebas y testimonios para la configuración del tipo penal, en donde se realiza "una etapa de investigación del problema, con una serie de diligencias para identificar la magnitud del delito y determinar quién o quiénes son los responsables.

6. Según la CONAIE "La justicia indígena ha demostrado ser eficaz para resolver conflictos, con niveles muy bajos de reincidencia y por el contrario satisfacción y agradecimiento de parte de los involucrados. Sin una burocracia administradora de la justicia, la justicia está en manos del pueblo lo que le dota de la transparencia necesaria para su eficacia".

7. Con respecto a los homicidios a nivel provincial, Guayas presenta el mayor número (1673) en el primer semestre de 2023, siendo un incremento del 85.68%. En este sentido, la provincia concentra el 46% de todos los homicidios a nivel nacional, seguida por Manabí, con 397 homicidios y el 11.03%, y Los Ríos con 381 homicidios y el 10.59%.

En ciertos casos, puede existir un allanamiento del lugar de los hechos" (Sánchez Rivas, 2019, p.224). De igual forma, deben ser nuevamente convocados todos los involucrados, en colaboración con sus familiares, aparte de los miembros más importantes de la comunidad. Es de gran importancia recalcar que, en la justicia indígena, a diferencia de la justicia formal u ordinaria, toda la comunidad interviene dentro del proceso y es partícipe del régimen de justicia que se compone por una perspectiva comunitarista y espiritualista, así pues, todos deben contribuir en la sanación.

Precedidas estas etapas, empieza la parte más relevante de la justicia indígena, que es conocida como *chimbapurana* donde se realiza la audiencia y se cumplen con los principios de oralidad, intermediación y publicidad. El principal propósito es la confrontación entre las partes con la mediación del líder indígena, quien, si bien es el dirigente principal, no posee la garantía de llevar sin interrupciones y linealmente el proceso, dado que puede ser interrumpido libre y abiertamente por cualquier miembro de la comunidad que asista a la audiencia. Por consiguiente, los participantes pueden reconsiderar, confrontar o corregir la actuación del juez cuando lo consideren necesario. En consecuencia, existen dos grandes diferencias que son ampliamente notables entre el sistema de justicia indígena y el ordinario, la primera es la reivindicación y superioridad de la comunidad frente al juez, quienes incluso tienen mayor peso y disposición en la decisión final. En esta etapa, las partes procesadas no cuentan con el respaldo de abogados ni defensores legales, en virtud de que toda la comunidad indígena actúa como intercesora y protectora de los derechos fundamentales tanto de la víctima como del victimario. En suma, esta etapa "busca la verdad, procura un diálogo entre iguales y no se agota en un formalismo que impida el desarrollo de la investigación, sino que más bien busca solucionar el conflicto. En esta etapa se deben aclarar todas las dudas" (Guerrero, 2019, p.45).

Una vez que se conocen los elementos del tipo penal que configuraron el hecho o la desconexión espiritual del imputado con la Madre naturaleza, se continúa a la siguiente etapa llamada *killpichirina*, que aborda la imposición de una sanción o una pena. En primer lugar, la teoría retributiva⁸ liderada por Kant, considera que "el fundamento de la pena radica en la mera retribución. Es la imposición de un mal, por el mal cometido. En esto se agota y termina la función y fin de la pena. A través de la retribución se hace justicia al culpable de un delito" (Cárdenas Ruiz, s.f., párr. 11). En contraposición, el concepto de pena o sanción para la justicia indígena reside en la absolución, es decir, se busca sanar la afección que condenó al imputado a delinquir, por tal, su fin no consiste en la privación de la libertad como pena máxima, sino que se realizan rituales que permiten la liberación espiritual para la consecución del perdón comunitario y el alcance del *Sumak Kawsay*⁹. Así pues, se puede mencionar que "entre las formas de curar la enfermedad, se encuentran: pedir perdón, devolver lo robado, pagar multas, trabajo comunitario, ortiga, látigo, baño de agua fría y, de forma extraordinaria, la expulsión de la comunidad" (Guerrero, 2019, p.45). La sanción indígena va en concordancia con la cultura y la enseñanza tradicional que parte del entendimiento y respeto a la naturaleza. Por ende, si la naturaleza hizo libre a todos los seres humanos, estos no pueden privar a otros de este don, sino que deben protegerlo y procurar la vinculación del individuo con la Pachamama. Solo de esa forma se puede erradicar la desigualdad y la violencia que trajo consigo el colonialismo y el imperialismo de Occidente y procurar el respeto irrestricto de los derechos de los ciudadanos con la naturaleza y el Estado.

Posteriormente, la siguiente fase corresponde al conocido como *paktachina* que implica hacer cumplir la sentencia. Es aquí cuando los dirigentes de la justicia indígena, conjuntamente con el pueblo, establecen la magnitud de responsabilidad de los hechos e instauran castigos que tienen como propósito reintegrar al imputado a la comunidad, sanar su espíritu y reparar el daño causado. A diferencia de las penas carcelarias, donde prima el aislamiento y la retención del individuo con el supuesto fin de que no vuelva a hacer daño a la sociedad, para las comunidades indígenas esto es un tipo de discriminación, ya que el apartamiento del procesado únicamente trae como

8. Las teorías retributivas admiten que el hecho de que una persona haya cometido un delito es una condición necesaria y suficiente para la imposición de un castigo y que, para ser justo, este debe ser proporcional al delito cometido.

9. El artículo 275 de la Constitución del Ecuador establece: El régimen de desarrollo es el conjunto organizado, sostenible y dinámico de los sistemas económicos, políticos, socioculturales y ambientales, que garantizan la realización del Buen Vivir, del Sumak Kawsay. El Buen Vivir requerirá que las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades gocen efectivamente de sus derechos, y ejerzan responsabilidades en el marco de la interculturalidad, del respeto a sus diversidades, y de la convivencia armónica con la naturaleza.

consecuencia la violación de derechos humanos fundamentales. Al margen, no logra rehabilitar el comportamiento delictivo, dado que produce marginalidad en el individuo con respecto a la sociedad, su entorno familiar y la desconexión de su ser con el ambiente comunitario, obligándolo a seguir delinquiendo por las dificultades que trae consigo la aceptación y admisión de la sociedad hacia una persona que estuvo privada de la libertad. Por tal motivo, este tipo de sistema post colonial sigue basándose en emociones viscerales como el odio, la venganza y la represalia que enardecen a la injusticia dentro del Estado y sus instituciones, consolidando la prerrogativa de determinados grupos sociales y el aislamiento de las clases bajas y desfavorecidas. Los tipos de sanciones que forman parte del Derecho consuetudinario indígena están principalmente vinculados con rituales sensitivos que buscan la limpieza del cuerpo y la mente de la persona, mediante el impacto corporal con plantas medicinales como la ortiga¹⁰. Además, se realizan baños de agua fría, todo ello mediante un ritual comunitario que pretende purificar el espíritu. Así la libertad sigue intacta, porque el objetivo de la justicia indígena no es erradicarla o privarla, sino tratarla para que pueda reinsertarse con su comunidad y la Madre naturaleza.

Finalmente, la última fase corresponde a la *kunak*, en la que tanto el pueblo como el líder indígena otorgan la sanación al imputado a través de consejos y frases motivadoras en donde se resalta la importancia de vivir en comunidad y el valor del *Sumak Kawsay*. De igual forma, se cumple con la purificación y la reconexión con la comunidad y la Pachamama, es decir, se erradica por completo la enfermedad que motivó al individuo a cometer la infracción. Es así que todo conflicto con la ley indígena finaliza con el arrepentimiento del infractor y el perdón de la comunidad, al igual que la reconciliación con la naturaleza, a diferencia de la justicia ordinaria, donde a pesar de que el privado de la libertad haya cumplido su pena, continúa en la marginalidad del entorno social.

Conflictividad entre la justicia indígena y el ordenamiento convencional

En definitiva, la justicia indígena tiene principios autónomos que perciben a la realidad sociojurídica de una manera completamente diferente y complementaria. Si bien en la justicia convencional se busca la reparación e indemnización hacia la sociedad y el Estado, con un enfoque punitivo en donde se categoriza a las partes como víctima y victimario orientándose a una visión separatista dentro del proceso judicial, en la justicia indígena se pretende la reconciliación y la compensación hacia la Madre naturaleza y hacia la comunidad, además de la reconciliación entre la víctima y el victimario. Esta polarización sistemática ha causado que en el Ecuador exista un conflicto entre la normativa ecuatoriana y la justicia local de los pueblos nativos, pues anteriormente había sido deslegitimada al ser considerada por varias instituciones como una nueva forma de tortura.

No obstante, es importante recordar que históricamente este tipo de sistema ha perdurado desde tiempos ancestrales e incluso antes de la llegada de los primeros exploradores europeos. El hecho de minusvalorarlo, a través del encasillamiento en la trivialidad o el salvajismo, constituye un ataque discriminatorio hacia las comunidades, pueblos y nacionalidades originarias del Ecuador. Por lo tanto, el pluralismo jurídico posibilita desafiar las imposiciones legales dentro del ordenamiento jurídico y favorece la coexistencia de un sistema judicial alterno basado en la historia y el contexto nacional, los cuales se aplican conforme a los principios y costumbres reconocidas por las comunidades indígenas y el Estado. Esta diversidad impulsa la edificación de un Estado democrático en el que se fomenta la participación y el respeto mutuo entre diferentes visiones y tradiciones legales.

Cabe mencionar que la superioridad mestiza en el ordenamiento jurídico del Ecuador forma un obstáculo para el desenvolvimiento, conservación y sostenimiento de las prácticas ancestrales. En algunas ocasiones, sus principios y procedimientos no van de la mano con las prácticas de los pueblos originarios y la secuencia cronológica que consolidó nuestra identidad, generando choque, conflicto e incluso la anulación del Derecho indígena por parte del Estado. Tal como lo establece Poveda Moreno (2017, P.183) "la conflictividad no opera en el atropello a la dignidad humana, sino

¹⁰. "La ortiga tiene una función protagónica durante los juzgamientos indígenas. Esta planta es urticácea y se caracteriza por liberar una sustancia ácida que causa inflamación en la piel. Pero según los yachaks, no es por eso que se utiliza al aplicar justicia indígena, sino por sus propiedades purificantes" (Diario el Comercio, 2018)

a una visión de poder monopólico, por lo que será necesario para interpretar su atentado desde una ponderación concreta a la luz de informes antropológicos culturales que auxiliarán al Derecho a ser el medio de justicia y no una herramienta de superposición”.

Por consiguiente, las actuales críticas con respecto a la vulneración del principio de unidad jurisdiccional dentro del Estado ecuatoriano por parte de juristas y abogados han imperado en la superioridad del ordenamiento jurídico formal y ordinario. Sin embargo, la justicia indígena no compete ni mucho menos es una dualidad del sistema de justicia, puesto que la misma comunidad de pueblos originarios la considera como una alternativa propia que reivindican con el fin de contrarrestar la pérdida de sus costumbres y tradiciones. Tanto la justicia indígena como la ordinaria son reconocidas constitucionalmente, aunque si existe un conflicto inminente entre ambas, el sistema ordinario será quien lleve las riendas de la justicia, mostrando la jerarquía del Derecho normativo ecuatoriano frente al Derecho consuetudinario indígena.

Por otro lado, las 100 reglas de Brasilia (2008), las cuales son un instrumento legal que busca el acceso a la justicia para personas en situación de vulnerabilidad, expresamente vela por la conservación de este tipo de justicia¹¹, lo cual ha contribuido a que diversas comunidades no se sientan aisladas ni marginadas por un sistema jurídico normativo que históricamente ha invisibilizado sus costumbres y tradiciones. Este instrumento legal representa un hito importante en el esfuerzo por garantizar que todas las comunidades indígenas tengan acceso a un sistema de justicia equitativo, igualitario e inclusivo, también, son la base para fortalecer y proteger los derechos de las comunidades indígenas. Es importante destacar que su implementación debe ser detalladamente adaptada a las necesidades y al contexto específico de las comunidades indígenas, respetando sus tradiciones, costumbres y creencias.

Conclusión

En este orden de ideas, la justicia indígena emerge como un sistema de resolución de conflictos mediante el entendimiento de la naturaleza, la espiritualidad y la aplicación del derecho consuetudinario, que históricamente ha sido relegado por el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Es por ello que se debe luchar, no solo por la reivindicación de una justicia indígena autónoma, sino también para que se adapte al ordenamiento jurídico, resista en el tiempo y no sea desplazada o menoscabada por otras leyes o instituciones, lo cual se configuraría en la desaparición de una identidad nacional y en la degradación de toda una generación que ha resistido al exterminio y al aislamiento de su cultura. Asimismo, la filosofía indígena representa un desafío para el actual sistema de justicia, pues se rige por estándares económicos y políticos. Tanto su finalidad, como sus principios y valores colisionan con el sistema ordinario y van en consonancia con la comunidad, la naturaleza y su proceso de desarrollo cultural e histórico, mas no con la propiedad ni en la individualidad. De igual forma, la justicia indígena ha sido clave para enmarcar una notable diferenciación de criminalidad entre dos regiones geográficamente heterogéneas como lo son la Costa y la Sierra, pues la instrucción jurídica de los pueblos nativos en Ecuador ha sido objeto de estudio para determinar si promueven un control de la criminalidad y la erradicación de la violencia. Finalmente, es necesario que el gobierno del Ecuador no emita políticas públicas que promuevan la diferenciación y el conflicto entre ambos tipos de justicia, sino que incentive la interrelación y complementación de la cosmovisión de los pueblos originarios para crear un sistema único y característico basado en nuestro contexto pluricultural, con el fin de llegar a un verdadero Estado de justicia social y bienestar.

11. Las 100 reglas de Brasilia establecen que: Se promoverán las condiciones destinadas a posibilitar que las personas y los pueblos indígenas puedan ejercitar con plenitud tales derechos ante el sistema de justicia, sin discriminación alguna que pueda fundarse en su origen, identidad indígena o su condición económica. Los poderes judiciales asegurarán que el trato que reciban por parte de los sistemas de justicia estatal sea respetuoso con su dignidad, idioma y tradiciones culturales. Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en la Regla 48 sobre las formas alternativas y restaurativas de resolución de conflictos propios de los pueblos indígenas, propiciando su armonización con los sistemas de administración de justicia estatal.

Referencias

Baltazar, A & Núñez, J. (2023). *La Justicia Indígena en Ecuador un análisis desde los Derechos Humanos*. RECIMUNDO. [https://doi.org/10.26820/recimundo/7.\(1\).enero.2023.22-32](https://doi.org/10.26820/recimundo/7.(1).enero.2023.22-32)

Cárdenas, M. (s.f.). *Las teorías de la pena y su aplicación en el Código Penal*. Derecho & Cambio Social. <https://www.derechoycambiosocial.com/revista002/pena.htm>

Constitución de la República del Ecuador. (2008). Quito, Ecuador: Registro Oficial.
Dolores Miño, M., & Santamaria, C. (2020). *Justicia Indígena Y Castigo Por Mano Propia: Diferencias en Cuanto a su Regulación y Aplicación desde el Derecho Interno e Internacional*. Quito: Derecho y Justicia.

El Comercio. (2018). *Justicia indígena Archives*. El Comercio. <https://www.elcomercio.com/tag/justicia-indigena/page/3/>

Espinosa Gallegos, C., & Caicedo Tapia, D. (2020). *Derechos Ancestrales Justicia en Contextos Plurinacionales*. Quito: FLACSO.

Guerrero, J. (2019). *Aproximación intercultural del «delito» Su tratamiento en la justicia estatal y en la justicia indígena*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.

InSight Crime. (2024). *Ecuador - Noticias sobre crimen organizado en Ecuador*. InSight Crime. <https://insightcrime.org/es/noticias-crimen-organizado-ecuador/>

Kelsen, H. (2005) *Teoría pura del derecho: Introducción a la ciencia del derecho*. Santafé de Bogotá: Unión Ltda.

Llabrés, Margarita Julia. (2003). *Derecho, Ética y Política*. La Rioja: Eudelar.

Movimiento Indígena y Campesino De Cotopaxi & Corporación De Pueblos Kichwas De Saraguro. (2018). *Manual de Justicia Indígena*. CONAIE.

Observatorio Ecuatoriano de Crimen Organizado. (2023). *Boletín semestral de homicidios intencionales en Ecuador*. OECO. <https://oeco.padf.org/boletin-homicidios-intencionales-ecuador/>

Poveda Moreno, C. H. (2017). *Jurisdicción indígena. Reconocimiento de derechos, exigibilidad de obligaciones*. *Foro: Revista De Derecho de la UASB*. <https://revistas.uasb.edu.ec/index.php/foro/article/view/341>

Sánchez Rivas, V. (2019). *Fundamentos teóricos de la justicia indígena en Ecuador*. Murcia: Asociación Murciana de Antropología.

Tibán, L. (2008). *Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas del Ecuador. Aplicabilidad, alcances y limitaciones*. Quito: INDESIC y Hans Seidel.

Tibán, L. (2017). *El Derecho Indígena y su Relación con la Justicia*. Alainet. <http://www.alainet.org/es/active/26016>

Tibán, L., & Ilaquiche, R. (2004). Kichwa runakupapak kamachik. FUDEKI.
Urrejola, J. (2023). *Las cárceles de Ecuador son «el epicentro del crimen»*. Deutsche Welle. <https://www.dw.com/es/las-c%C3%A1rceles-de-ecuador-se-han-constituido-en-el-epicentro-del-crimen/a-66720374>

Yumbay, M. (2022). La Justicia Indígena en el Ecuador - IWGIA - *International Work Group for Indigenous Affairs*. IWGIA - International Work Group For Indigenous Affairs. <https://www.iwgia.org/es/noticias/4967-la-justicia-ind%C3%ADgena-en-el-ecuador.html#:~:text=La%20justicia%20ind%C3%ADgena%20es%20parte,gobernanza%20misma%20de%20los%20pueblos.>



Centro de Arbitraje y Mediación
CÁMARAS DE LA PRODUCCIÓN DEL AZUAY

Reflexiones acerca de la protección de datos, derechos fundamentales y los desafíos éticos en los algoritmos de recomendación en plataformas digitales

Liliana Villalta

Estudiante de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas y Sociales,
Universidad Internacional del Ecuador
(dennisevillalta@gmail.com)

Resumen

Este artículo analiza la influencia de los algoritmos de recomendación en la vida digital y la protección de nuestros derechos fundamentales, centrándose en el principio de autonomía. Explora cómo los algoritmos influyen en las decisiones y preferencias en plataformas digitales, y cómo esto afecta nuestra capacidad de tomar decisiones libres y autónomas. Se examinan los desafíos éticos y legales que enfrentamos, incluida la opacidad de los algoritmos y la recopilación masiva de datos personales. Se argumenta que la protección efectiva de los derechos fundamentales requiere un enfoque integral que combine educación, transparencia y regulación estatal para garantizar que la tecnología digital fortalezca los derechos individuales en lugar de socavarlos.

Palabras clave

Derechos fundamentales, protección de datos, sesgos algorítmicos, regulación, transparencia, sociedad digital

Abstract

This article explores the influence of recommendation algorithms on digital lives and the protection of our fundamental rights, focusing on the principle of autonomy. It scrutinizes how these algorithms shape our decisions and preferences on digital platforms, and how this affects our ability to make free and autonomous choices. Ethical and legal challenges are discussed, including the opacity of algorithms and the massive collection of personal data. It argues that effective protection of fundamental rights requires a comprehensive approach that combines education, transparency, and state regulation to ensure that digital technology strengthens individual rights rather than undermining them.

Keywords

Fundamental rights, data protection, algorithmic biases, regulation, transparency, digital society.

Introducción

En un mundo cada vez más conectado, donde la tecnología desempeña un papel fundamental, resulta imprescindible reflexionar sobre las complejidades de nuestra relación con la tecnología en general y con los algoritmos en particular. Es crucial cuestionar su influencia en nuestras decisiones y preferencias. La presencia de algoritmos de recomendación en las plataformas digitales ha transformado la experiencia digital. Desde las redes sociales hasta las plataformas de streaming, estos algoritmos influyen en el consumo de contenido y en la forma de interacción en el mundo digital.

En la sociedad de la información, las personas que consumimos plataformas digitales nos cuestionamos sobre la relación que hemos desarrollado con la tecnología. A menudo nos desconcierta que los dispositivos anticipen nuestros deseos. Sin embargo, este hecho plantea interrogantes sobre las implicaciones de nuestra privacidad y autonomía en un mundo digital cada vez más interconectado. Es importante analizar de manera amplia cómo estos algoritmos afectan nuestra vida cotidiana.

En este artículo, exploraremos en detalle estas interrogantes, desde el funcionamiento interno de los algoritmos de recomendación hasta los riesgos éticos que plantean para los derechos fundamentales. Nos adentraremos en el principio de autonomía en el contexto de la era digital, examinando cómo los algoritmos pueden desafiar la capacidad para tomar decisiones libres y autónomas sobre nuestras vidas.

Además, abordaremos la importancia de la protección integral de datos como salvaguarda contra posibles abusos algorítmicos y como medio para promover un uso ético y responsable de la tecnología. A través de este análisis, buscaremos encontrar soluciones y estrategias regulatorias que equilibren la innovación tecnológica con la protección de nuestros derechos fundamentales en el mundo digital.

Desarrollo

Funcionamiento de los algoritmos de recomendación en los ecosistemas de las plataformas digitales

Para iniciar este análisis es preciso realizar algunas precisiones conceptuales que nos permitan abrir un escenario de debate. Por lo tanto, en primer lugar, es importante analizar el concepto de algoritmo. En el campo de la informática, Brassard y Bratley (1997, p. 156) definieron un algoritmo como "una secuencia finita de pasos que resuelve un problema". Subrayaron la importancia de la precisión, la definición clara de las entradas y salidas, la finitud y la efectividad en la ejecución de un algoritmo. Este concepto ha sido fundamental para el desarrollo y comprensión de los procesos computacionales en diversas áreas de estudio.

En una sociedad tecnológica los seres humanos consumimos dichas plataformas digitales, sin embargo, no comprendemos cómo funcionan, solo conocemos la utilidad que nos brindan. Sin embargo, es necesario entender en primer lugar cómo estas plataformas nos ofrecen beneficios inmediatos a nuestras necesidades, a nuestras búsquedas académicas y, sobre todo, a nuestras búsquedas personales. Por ello, es importante indicar que el funcionamiento de las plataformas digitales implica algoritmos que tienen o constan de pasos y procesos que se llevan a cabo para procesar esta información y tomar decisiones. Un aspecto clave de este funcionamiento es la recopilación de datos de los usuarios, que puede incluir: información demográfica, comportamiento de navegación, interacciones interiores o historial de interacción, etc. Esta información colabora para que los sistemas completen un proceso de comprensión de cada usuario y sus necesidades.

Luego encontramos un preprocesamiento de datos. Antes de que los algoritmos puedan procesar información, es posible que sea necesario realizar algunas operaciones de preprocesamiento de datos, como limpieza, normalización o transformación de variables para asegurar su calidad y coherencia. Luego es necesaria la selección de características. En algunos casos, se seleccionan las características más relevantes o significativas de los datos para el análisis. Esto puede implicar técnicas como la extracción de características o la reducción de la dimensión para mejorar la eficiencia computacional. Posteriormente, se aplica el algoritmo adecuado según el objetivo específico, como personalización de contenido, recomendaciones de búsqueda, etc. Los algoritmos son de diversos

tipos: de aprendizaje automático, de búsqueda o de recomendación, dependiendo de su programación.

Durante la fase de procesamiento de información, el algoritmo procesa la información disponible utilizando diferentes técnicas y métodos para analizar los datos y tomar decisiones. Esto puede incluir cálculos matemáticos, análisis estadísticos, comparaciones de similitud, entre otros procesos. Finalmente, en la etapa de generación de resultados, basándose en el análisis de los datos, el algoritmo genera resultados que cumplen con el objetivo establecido. Estos pueden ser recomendaciones de productos, contenido personalizado, resultados de búsqueda, anuncios dirigidos, entre otros. Para evaluar el rendimiento del algoritmo, se utilizan métricas relevantes como precisión, cobertura y satisfacción del usuario. Si es necesario, se realizan ajustes y mejoras en el algoritmo para optimizar su rendimiento y adaptarse a los cambios en el entorno.

Por lo tanto, podemos decir que las plataformas digitales implican la recopilación, procesamiento y análisis de datos para tomar decisiones y generar resultados relevantes y útiles. Sin embargo, ¿estos resultados son útiles para qué o para qué entidad específicamente?

El principio de autonomía en los derechos fundamentales y los algoritmos

La autonomía es un principio fundamental en el ámbito de los derechos humanos y tiene implicaciones significativas en el contexto de la tecnología y los algoritmos. Según Dworkin (2011, p. 166), la autonomía se refiere a la capacidad de los individuos para tomar decisiones libres y autónomas sobre sus propias vidas. Este principio es fundamental en la ética y el derecho, ya que garantiza que las personas tengan el control sobre su destino y puedan ejercer su libertad de manera significativa.

En el contexto digital, los algoritmos pueden influir en la autonomía de los individuos al tomar decisiones en su nombre o al realizar recomendaciones que influyen en sus elecciones. Como señala Floridi (2016, p. 15), "los algoritmos pueden ejercer un poder significativo sobre las decisiones y acciones humanas, lo que plantea cuestiones importantes sobre la autonomía y la agencia individual en el mundo digital".

La influencia de los algoritmos en la autonomía individual ha generado preocupaciones éticas y legales. Por ejemplo, algunos críticos argumentan que los algoritmos de recomendación pueden perpetuar sesgos y limitar la diversidad de opciones disponibles para los usuarios (Mittelstadt et al., 2016). Esto plantea interrogantes sobre si los mismos están respetando verdaderamente la autonomía de los individuos o si están sesgando sus decisiones.

En el ámbito jurídico, el principio de autonomía también tiene implicaciones en la regulación de los algoritmos. Como señala Pasquale (2015, p. 189), "los algoritmos deben ser diseñados y utilizados de manera que respeten los derechos y libertades fundamentales de las personas, incluida su autonomía". Esto sugiere la necesidad de desarrollar marcos regulatorios que garanticen que los algoritmos no socaven la autonomía individual ni violen otros derechos fundamentales.

Desde la proclamación de los derechos humanos por la ONU el 10 de diciembre de 1948, surgió un conjunto de imperativos éticos que antecedían a cualquier orden legal y tenían como objetivo principal asegurar que la humanidad no retrocediera a estados de barbarie como los experimentados en años anteriores. Sin embargo, como señala Héctor Mazo en su artículo "Autonomía: Principio Ético Contemporáneo" de 2011 (p. 199), "la sociedad contemporánea se enfrenta a una multiplicidad de enfoques, donde las normas y reglas no representan el 'techo' de la convivencia humana, sino más bien el 'piso' desde el cual se parte".

En consonancia con las demandas del mundo moderno, caracterizado por su pluralismo, surge la pregunta: ¿Cómo podemos vivir en comunidad respetando las diferencias entre los seres humanos? La modernidad ha elevado el pensamiento y las ideas a un lugar central en la comprensión de lo humano. En este sentido, es pertinente citar a Kant, quien en su obra *¿Qué es la Ilustración?* de 1784, define la autonomía como "la capacidad del ser humano para tomar decisiones por sí mismo"(p. 189).

Por lo tanto, comprender la autonomía implica reconocer que las personas autónomas desarrollan su concepción de sí mismas y de la realidad a partir de la información que reciben, mante-

niendo independencia de criterio para discrepar o coincidir con otros. La fuente de acción reside en el individuo y no en factores externos. En este contexto, es crucial percibir los algoritmos de las plataformas digitales como un elemento externo. Estas plataformas, impulsadas por el avance tecnológico, desempeñan un papel fundamental en la configuración de nuevas formas de organización económica, basadas en el “valor de los datos y la información” que recopilan.

Sin embargo, es importante reconocer que los algoritmos no son inherentemente neutrales, como argumenta la teoría crítica de los algoritmos desarrollada por autores como Safiya Umoja Noble y Cathy O’Neil. Más bien, reflejan y perpetúan los prejuicios y sesgos de sus creadores y de los conjuntos de datos utilizados para su entrenamiento. Esta relación entre la teoría crítica de los algoritmos y el principio de autonomía de los derechos fundamentales es esencial para comprender cómo los algoritmos pueden influir en la capacidad de las personas para tomar decisiones autónomas y ejercer sus derechos de manera plena y equitativa.

Frank Pasquale, en su libro *The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information*, señala que los algoritmos pueden socavar la autonomía al ocultar el proceso de toma de decisiones detrás de una “caja negra” de opacidad (añ). Esta falta de transparencia dificulta que las personas comprendan cómo se toman las elecciones que les afectan, lo que limita su capacidad para ejercer un juicio informado y tomar decisiones autónomas.

Además, la opacidad de los algoritmos puede dar lugar a sesgos algorítmicos que afectan desproporcionadamente a ciertos grupos demográficos. Safiya Umoja Noble, en su libro *Algoritmos de la opresión: Cómo la búsqueda en internet perpetúa el racismo*, argumenta que los algoritmos pueden perpetuar y amplificar los prejuicios y sesgos sociales al basarse en conjuntos de datos históricos que reflejan desigualdades sistémicas (añ). Estos sesgos pueden afectar la equidad y la imparcialidad de las decisiones automatizadas, lo que socava el principio de autonomía al limitar las oportunidades de ciertos grupos para ejercer plenamente sus derechos.

Es decir, abordar los sesgos y la opacidad en los algoritmos es fundamental para proteger y promover el principio de autonomía de los derechos fundamentales en la era digital.

Desafíos de la protección de datos desde una regulación integral para garantizar los derechos fundamentales bajo el principio de autonomía

La protección de datos es un aspecto crucial en el contexto de los algoritmos y la tecnología digital. Como señala Solove (2013, p. 115), “la privacidad es un derecho fundamental que se relaciona con la autonomía individual y la capacidad de controlar la información personal”. En este sentido, la regulación de los datos personales juega un papel fundamental en la protección de los derechos fundamentales de los individuos en el ámbito digital.

La regulación de la protección de datos enfrenta diversos desafíos en la era de la tecnología digital y los algoritmos. Por un lado, la recopilación masiva de datos y el uso de algoritmos para procesar esta información plantean preocupaciones sobre la privacidad y la seguridad de los datos personales (Zarsky, 2013). Por otro lado, la complejidad de los algoritmos y su capacidad para tomar decisiones automatizadas dificultan la comprensión y la rendición de cuentas sobre cómo se utilizan los datos personales (Barocas & Selbst, 2016,).

La regulación integral de la protección de datos debe abordar estos desafíos para garantizar la protección efectiva de los derechos fundamentales de los individuos en el ámbito digital. Como sugieren Hildebrandt y Gutwirth (2008, p.), “es necesario desarrollar marcos regulatorios que promuevan la transparencia, la rendición de cuentas y el control sobre el uso de los datos personales en entornos algorítmicos”.

En este sentido, la regulación de la protección de datos debe ir más allá de enfoques tradicionales basados en el consentimiento y la divulgación, y adoptar enfoques más proactivos que aborden los riesgos asociados con la recopilación y el uso de datos personales en entornos algorítmicos (Mittelstadt & Floridi, 2016). Esto incluye la implementación de medidas técnicas y organizativas para garantizar la seguridad y la privacidad de los datos, así como la promoción de la educación y la conciencia sobre el uso responsable de la tecnología.

Reflexiones finales y educación consciente sobre el uso de la tecnología como un deber de los Estados para proteger y garantizar los derechos fundamentales

En el contexto actual de la sociedad digital, donde los avances tecnológicos y el uso generalizado de algoritmos han transformado profundamente la manera en que interactuamos con el mundo digital, es fundamental abordar críticamente cómo se protegen los derechos fundamentales de los individuos, particularmente en lo que respecta al principio de autonomía. Este principio, que sostiene que los individuos deben tener la capacidad de tomar decisiones libres y autónomas sobre sus vidas, se ve desafiado por la opacidad y la complejidad inherente al funcionamiento de los algoritmos y el tratamiento de los datos personales en las plataformas digitales.

En este sentido, es crucial reconocer que la autonomía no puede ser garantizada si los individuos carecen del conocimiento necesario sobre cómo funcionan los algoritmos y cómo se utilizan sus datos personales. La falta de transparencia por parte de las empresas tecnológicas en relación con el tratamiento de datos puede considerarse una violación directa del principio de autonomía, ya que impide que los individuos tomen decisiones informadas sobre su propia información personal y cómo se utiliza.

Es necesario, por lo tanto, exigir un mayor grado de transparencia por parte de las plataformas digitales en cuanto al tratamiento de los datos personales. Esto implica no solo proporcionar información clara y comprensible sobre cómo se recopilan, procesan y utilizan los datos, sino también asegurar que los usuarios tengan la capacidad de controlar y gestionar sus datos de manera efectiva. Además, es esencial que esta información sea accesible para todos, independientemente de su nivel de conocimiento técnico o recursos disponibles.

La educación sobre el uso ético y responsable de la tecnología desempeña un papel fundamental en la protección de la autonomía de los individuos. Como señala Floridi (2014, p.), "la alfabetización digital y la educación en ética digital son fundamentales para capacitar a los ciudadanos para que puedan participar de manera crítica y reflexiva en la sociedad digital".

Sin embargo, es importante reconocer que la complejidad técnica de los algoritmos y el lenguaje utilizado para explicar su funcionamiento pueden constituir barreras significativas para la comprensión y la participación informada de los usuarios menos capacitados técnicamente. Por lo tanto, es responsabilidad del Estado garantizar que la educación sobre tecnología sea accesible y comprensible para todos los ciudadanos, con un enfoque en proporcionar información clara y sencilla que no discrimine a ningún grupo de usuarios.

Además de la educación, la regulación estatal desempeña un papel crucial en la protección de los derechos fundamentales en el entorno digital. Los marcos legales deben equilibrar la innovación tecnológica con la protección de la privacidad y la autonomía individual, garantizando que los intereses de los individuos prevalezcan sobre los intereses comerciales de las empresas tecnológicas. Esto implica establecer estándares claros y exigir responsabilidad por parte de las plataformas digitales en cuanto al tratamiento de datos y el diseño de algoritmos.

En última instancia, la protección del principio de autonomía en los derechos fundamentales requiere un enfoque multifacético que combine educación, transparencia y regulación estatal. Solo mediante la promoción de un mayor conocimiento y comprensión de cómo funcionan los algoritmos y cómo se utilizan los datos personales, junto con la implementación de marcos regulatorios sólidos, podemos garantizar que la tecnología digital sirva como una herramienta para fortalecer los derechos individuales en lugar de socavarlos.

Conclusión

A medida que exploramos los diversos aspectos relacionados con la privacidad, transparencia y autonomía en el mundo digital, surge la necesidad de abordar críticamente los desafíos éticos y legales que enfrentamos. En este contexto, las siguientes conclusiones resumen las principales reflexiones extraídas de este análisis sobre la influencia de los algoritmos en la vida digital y la protección de nuestros derechos fundamentales.

- La presencia de los algoritmos de recomendación plantea interrogantes sobre la autonomía individual y la toma de decisiones en el mundo digital. Su influencia en nuestras preferencias y elecciones cotidianas es innegable, lo que nos lleva a cuestionar quién realmente controla nuestras acciones en línea y cómo podemos salvaguardar la autonomía personal en este entorno cambiante. Nos encontramos ante un dilema ético: ¿hasta qué punto estas recomendaciones moldean nuestras decisiones y preferencias? Es esencial reflexionar sobre cómo equilibrar la conveniencia de la personalización con la preservación de la libertad de elección.

- El principio de autonomía en los derechos fundamentales se ve desafiado por la opacidad de los algoritmos y la falta de control sobre los datos personales. La capacidad de tomar decisiones libres y autónomas sobre nuestras vidas se ve comprometida por la falta de comprensión y transparencia en el funcionamiento de los algoritmos, así como por la recopilación masiva y el uso de datos personales sin consentimiento informado. La creciente complejidad de los algoritmos y la falta de explicación, plantean serias preocupaciones sobre cómo proteger nuestra autonomía en un mundo digital cada vez más interconectado.

- La protección efectiva de los derechos fundamentales en el ámbito digital requiere un enfoque integral que combine educación, transparencia y regulación estatal. Para garantizar que la tecnología digital sirva como una herramienta para fortalecer los derechos individuales, es necesario promover un mayor conocimiento sobre el funcionamiento de los algoritmos y el tratamiento de los datos personales, junto con la implementación de marcos regulatorios sólidos que equilibren la innovación tecnológica con la protección de la privacidad y la autonomía individual. Es crucial que los gobiernos y las instituciones tomen medidas proactivas para garantizar que nuestras libertades digitales estén protegidas y que los usuarios tengan control sobre su propia información en línea.

Referencias

Barocas, S., & Selbst, A. D. (2016). Big data's disparate impact. *California Law Review*, 104*(3), 671-732.

Dworkin, R. (2011). *Justice for hedgehogs*. Harvard University Press.

Floridi, L. (2014). *La cuarta revolución: Cómo la esfera de la información está remodelando la realidad humana*. Oxford University Press.

Floridi, L. (2016). *The fourth revolution: How the infosphere is reshaping human reality*. Oxford University Press.

Hildebrandt, M., & Gutwirth, S. (2008). Profiling and the rule of law. *Identity in the Information Society*, 1*(1), 55-70.

Mittelstadt, B. D., Allo, P., Taddeo, M., Wachter, S., & Floridi, L. (2016). The ethics of algorithms: Mapping the debate. *Big Data & Society*, 3*(2), 1-21.

Mittelstadt, B. D., & Floridi, L. (2016). The ethics of big data: Current and foreseeable issues in biomedical contexts. *Science and Engineering Ethics*, 22*(2), 303-341.

Noble, S. U. (2019). *Algoritmos de la opresión: Cómo la búsqueda en internet perpetúa el racismo*. Capitán Swing.

Pasquale, F. (2015). *The black box society: The secret algorithms that control money and information*. Harvard University Press.

Solove, D.J. (2013). *Understanding privacy*. Harvard University Press.

Zarsky, T. (2013). Transparent predictions. *University of Illinois Law Review*, 2013*(4), 1503-1568.

La prisión preventiva en Ecuador, ¿realmente es una medida cautelar o una pena anticipada?

Eduardo Martín Flores Idrovo

Doctor en Jurisprudencia por la Universidad del Azuay y Abogado de los Tribunales de Justicia por la Universidad del Azuay, Magíster en Derecho Penal y Criminología por la Universidad de los Andes, Especialista en Derecho Penal y Justicia Indígena por la Universidad de los Andes, Especialista Superior en Derecho Procesal por la Universidad del Azuay. (martinflores1@hotmail.com)

Linda Soledad Flores Palacios

Estudiante de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad del Azuay
(linda.flores@es.uazuay.edu.ec)

Resumen

La prisión preventiva como medida cautelar ha sido un tema de debate constante en el ámbito jurídico y muchas han sido las opiniones que le merecen; el presente trabajo tiene la intención de profundizar acerca de la prisión preventiva y su situación actual en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, que sin duda requiere un análisis detallado y profundo respecto a su objeto y fin. Para ello, es necesario adentrarse en su historia, los orígenes de la prisión preventiva y demás medidas cautelares, así como el surgimiento y perfeccionamiento de la misma en la antigua Roma, para luego conceptualizarla bajo los criterios de doctrinarios expertos en el tema, sin dejar de lado la percepción propia sobre la misma. Finalmente, se estudiará minuciosamente cada parte del Art. 534 del Código Orgánico Integral Penal, el cual atañe la finalidad y requisitos impuestos por el legislador, mismos que sin duda son fundamentales para su entendimiento y comprensión.

Palabras clave

Prisión preventiva, medidas cautelares, procesado, víctima, COIP, jueces.

Abstract

Pre-trial detention as a precautionary measure has been a subject of constant debate in the legal sphere, with many opinions expressed on it. This paper intends to examine in depth the issue of pre-trial detention and its current situation in the Ecuadorian legal system, which undoubtedly deserves a detailed and in-depth analysis of its purpose and aims. To this end, it is necessary to delve into its history, the origins of pre-trial detention and other precaution measures, as well as the emergence and development of the same in ancient Rome, and then conceptualize it according to the criteria of doctrinal experts on the subject, without neglecting the perception of pre-trial detention itself. Finally, each part of Art. 534 of the Organic Integral Penal Code will be studied in detail, which concerns the purpose and requirements imposed by the legislator, which are undoubtedly fundamental for its understanding and comprehension.

Keywords

Pre-trial detention, precautionary measure, prosecuted, victim, COIP, judge.

Introducción

El principal objetivo del Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal es, sin duda alguna, la protección de bienes jurídicos que en el caso de ser violentados alterarían el orden social, generando conmoción e inseguridad general. Esto se consigue a través de sanciones determinadas que, con su carácter de última ratio, garantizan no solo la obtención de justicia para las víctimas, sino un sistema pleno que abogue por los derechos del presunto criminal.

Para conseguir este fin determinado y lograr la inmediación del acusado con el proceso penal, existen una serie de medidas que el Estado ha de proporcionar a las partes y a la administración de justicia en general, para asegurarle que se cumpla con el proceso específico que concluya en una sentencia, conforme lo determine el Juez competente, entre ellas, la prisión preventiva. En Ecuador, ha sido preocupante el incremento desmesurado en el número de privados de la libertad, sabiendo y entendiendo por lo sucedido en los últimos seis años, que un país seguro no es el país que a más personas encarcela, sino el que a más personas logra reformar.

Se entiende que la prisión preventiva deberá ser usada como última opción para asegurar la comparecencia del presunto criminal al juicio, garantizando los principios de presunción de inocencia y mínima intervención penal. De otra manera, en lugar de una medida cautelar estrictamente direccionada a garantizar el debido proceso, recae en una pena anticipada hacia una persona que puede o no ser responsable por el cometimiento de un delito. Dicha medida cautelar mal usada termina generando sobrepoblaciones carcelarias e indebidas privaciones a la libertad, que acaban en vastas tragedias como las que se han vivido en Ecuador los últimos seis años. El objetivo del estudio del artículo se enfocará en la investigación académica del objeto y fin que realmente debe perseguir la prisión preventiva, al igual que un análisis minucioso respecto al Art. 534 del Código Orgánico Integral Penal.

La prisión y aparición de la prisión preventiva

Es de absoluta necesidad realizar una reseña histórica sólida sobre la prisión y la prisión preventiva, que sin duda esclarecerá el horizonte de esta investigación, permitiéndonos adentrar el análisis acerca de lo importante que resulta un uso no abusivo de esta medida cautelar. Entendemos entonces bajo este concepto que la prisión como tal es una práctica traída desde las formas más inaugurales del Estado (Enríquez Rubio Hernández, 2013) en donde se la encontraba como una manera de sancionar el cometimiento de un acto que al ejecutarlo desestabilizaba el orden público, imposición que debía ser dictaminada por quien en ese momento tenía plenas atribuciones para ello, el monarca, emperador e incluso sacerdotes bajo la sombra de quienes dirigían las pequeñas y primitivas formas de gobierno. Por supuesto, sería imposible hablar de una justicia plena, pues muchas prácticas castigadas en la antigüedad son hoy incluso protegidas y reguladas por los mismos Estados.

Es indispensable recordar el surgimiento de las medidas cautelares, específicamente la prisión preventiva como garantía del debido proceso. Existen, y muy bien definidas, una serie de garantías que le permiten a la víctima asegurarse de que el presunto infractor cumpla con el proceso determinado y dichas medidas traen consigo un contenido histórico. Varios juristas han encontrado que la prisión preventiva tiene sus inicios entre los años 400 y 500 antes de Cristo en las civilizaciones Griegas y Romanas (2022), en la primera, el uso de la prisión tenía tres finalidades: como pena, como medida de espera de juicio y para presionar a los deudores a pagar sus deudas.

Luego, las primeras formas de castigo iban más allá de recluir o impedir que una persona continúe cometiendo infracciones, sino recaían en agresiones físicas y psicológicas; con el tiempo la costumbre de castigar tomó nuevas figuras y se convirtió en un problema socio-legal, atribuyendo estos poderes a quienes gobiernan las naciones. Las sociedades empezaron a entender que de nada sirve una tortura o una muerte prematura, si existían muchos más habitantes que sin duda cometerían iguales o peores actos contra las costumbres y débiles normas de aquel momento. Remontados de esa manera a la historia y antecedentes de las prisiones, debemos obligatoriamente recordar los registros de la primera prisión, ubicándonos en el contexto romano hacia el año 640 antes de Cristo donde se ha encontrado la primera cárcel conocida, de nombre Carcere Mamertino

(Alvarado Paola, 2019) en la cual, algunos historiadores aseguran que se encontró prisionero San Pedro.

Por supuesto, las finalidades de ese momento no eran en exclusiva la reforma de sus habitantes o el aislamiento para una sociedad segura, sino el poder total y absoluto en contra de las amenazas ideológicas y militares. Sin embargo, con el tiempo su uso fue evolucionando junto con los cambios sociales y las variadas formas de llevar la justicia, de allí la regulación respecto a las sanciones y las limitaciones de libertad que el Estado daría a sus ciudadanos.

Es sustancial reflexionar sobre la libertad, su evolución y cuánto significa para ahondar acerca de lo que, sin duda, es uno de los primeros derechos reconocidos y consagrados en nuestra Constitución e instrumentos internacionales de derechos humanos, y es también, por excelencia, el único derecho que el Estado debe privar al momento que una persona transgrede un bien jurídico protegido. En la Constitución del Ecuador (2008) dentro del Art. 66 se reconocen y garantizan las libertades, mismas que velan por dar a los ciudadanos un pleno desarrollo bajo el concepto jurídico y político mientras se respeten los demás derechos consagrados en la Carta Magna ecuatoriana. Sin embargo, es imprescindible que el Estado con un presupuesto instaurado en el contrato social (Rousseau, 1762), encuentre, de alguna manera, la forma de regular la libertad de sus habitantes y en cierto punto limitarla, cediéndole una porción de su libertad al Estado, con la absoluta condición de recibir de este la dirección, guía y facilidades para surgir como pueblo.

Además, es importante aclarar que las formas de prisión han ido evolucionando con los años, la manera de impartir justicia ha cambiado, no solo por cómo se hace sino por quiénes lo hacen. Bajo un orden inquisitivo de justicia, se busca no únicamente una privación temporal o permanente de la libertad del sujeto, sino un castigo pleno a quien ha cometido un delito, por supuesto, la situación jurídica se ha transformado y los Derechos Humanos se han abierto camino bajo las luchas intensas para su obtención. Es así que no solamente se ha buscado regular la situación de quien sufre una violación a un bien jurídico protegido por el Estado, sino también la situación del autor del delito, pues bajo ciertos principios seguidos por varias naciones, incluido el Ecuador, el Derecho Penal es de mínima intervención y como tal será la última opción que deba tomarse para manejar una situación que atente contra la paz y el bienestar social.

Por otra parte, se ha evidenciado que el lugar donde se perfecciona la figura de la prisión preventiva es en la civilización romana, en ella su finalidad estuvo direccionada a evitar que el acusado huyera antes de su juicio o que un condenado a pena de muerte no escape antes de su ejecución. Su empleo tuvo lugar mayormente en la época de la República romana, para luego ser perfeccionada y plasmarse varias garantías a favor del reo, como el tiempo máximo de la espera en prisión y una especie de *Habeas Corpus*, en el código de Justiniano ya en la época del Imperio Romano.

Conceptualización

Para especificar lo que es la prisión preventiva tomaremos la definición por separado de la Real Academia de la Lengua (2023) que conceptualiza a prisión como “cárcel o sitio donde encierran a los presos” y preventiva como “acción que previene”, finalmente su definición de prisión preventiva es “prisión que sufre el procesado durante la sustanciación del juicio” (Real Academia de la Lengua, 2023, definición 1). Por supuesto, consideramos que esta no es una definición suficiente para explicar la magnitud y el alcance de la prisión preventiva, por lo que dentro de este espacio citaremos algunas de las definiciones doctrinarias más claras para vislumbrar finalmente un concepto adecuado de lo que es.

El doctor Rommel Gustavo Haro define a la prisión preventiva como “la privación de la libertad que sufre quien no ha sido sentenciado, sentencia que bien puede ser absolutoria o condenatoria” (Haro Sarabia, 2021, p. 160) lo que quiere decir que si bien esta no es una pena propiamente dicha, sí establece una privación de la libertad y en el caso de que la sentencia sea condenatoria, el tiempo que el procesado haya permanecido privado de su libertad antes de sentencia será sumado al tiempo de prisión impuesto. Por otra parte, bajo la investigación, consideramos apropiada la definición que nos dice que la prisión preventiva “es una privación legal de libertad impuesta sobre

una persona como medida de precaución. (...) la intención es garantizar una efectiva investigación del delito al que se vincula al imputado, su juzgamiento y su eventual cumplimiento de la pena” (Jara, 2013, p.10).

De los conceptos antes analizados y expuestos, con la finalidad de adentrarnos en el análisis exclusivo de la prisión preventiva en Ecuador, hemos de concluir que la misma es una garantía necesaria brindada por el legislativo a la víctima, con la finalidad de evitar el incumplimiento de la persona procesada, garantizar su presencia en la audiencia y prevenir una posible re victimización.

La prisión preventiva en Ecuador

Nuestro sistema procesal penal, hoy acusatorio adversarial, tuvo que evolucionar en menos de veinte años para dejar atrás un sistema mixto, que conjugaba lo inquisitivo, lo escriturario y el monopolio judicial en procesos penales; cuya consecuencia fue la tardanza, el secretismo, la violación a derechos, el hacinamiento penitenciario de personas procesadas sin sentencia, que ocasionó que su colapso. Con el nuevo Código de Procedimiento Penal del año 2000 y sus posteriores reformas, las reglas del juego fueron más claras, así se ha venido fortaleciendo la institucionalidad de organismos como lo es la Fiscalía General del Estado y la Defensoría Pública, la primera de aquellas, como titular en el ejercicio penal público y la segunda a modo de órgano de defensa y tutela de las personas que son procesadas por delitos.

No obstante, de los esfuerzos empleados y las constantes reformas penales que hoy en día se han visto plasmadas en el Código Orgánico Integral Penal, vigente desde agosto del 2014, no deja de ser materia de debate el hecho de si las medidas cautelares, que son parte del sistema procesal, son realmente efectivas. Y si entre ellas la prisión preventiva cumple con su función o simplemente es una medida coercitiva que debe entenderse incluso como una pena anticipada.

Al respecto necesariamente debemos enfocar nuestro estudio en cuál es la finalidad de las medidas cautelares, su aplicabilidad y eficiencia, sin dejar de lado el análisis de que en la actualidad vivimos momentos de real preocupación, en donde la delincuencia ha ganado terreno y los operadores de justicia, en muchos de los casos, se ven forzados a solicitar ciertas medidas obedeciendo a presiones externas, a linchamientos mediáticos e inclusive intromisiones de orden político.

Entrado en un análisis de las medidas cautelares y en concreto de la prisión preventiva, es necesario tomar el criterio del Dr. Jorge Zavala Baquerizo (2004) en su obra Derecho Procesal Penal, cuando refiere a que las medidas cautelares:

No pertenecen de manera exclusiva al sistema acusatorio, pues con anterioridad había sido una actividad integrante del sistema inquisitivo, dentro del cual se hacía uso de ellas tanto para provocar medios de prueba como la confesión, o para incautarse con antelación a la sentencia, del patrimonio de los acusados. (Zavala Baquerizo, p. 175, 2004)

Este razonamiento práctico del ilustre profesor Zavala, nos enseña cuál era la visión y función de las medidas cautelares en el sistema inquisitivo, su practicidad se limitaba a buscar medios de prueba aun cuando a través de ella se violenten derechos humanos. Esta se anticipaba a sanciones incautando bienes en desmedro de quienes por derecho natural gozaban de un estatus de inocencia. El sistema acusatorio vigente ha buscado delimitar el alcance de las medidas cautelares estableciendo sus límites y finalidad de manera clara. El artículo 519 del Código Orgánico Integral Penal (2015), para lo posterior COIP, determina cuál es la finalidad de las medidas cautelares y de protección, las cuales serán presentadas a continuación para su análisis.

Las finalidades son cuatro, la primera salvaguardar el derecho de las víctimas, situación que es parte de los avances del Derecho Penal, al darle prioridad a quienes son sujetos pasivos de la infracción. Seguidamente, se busca procurar la comparecencia del procesado en el juicio, el cumplimiento de una eventual pena y la reparación integral por el mal causado. De igual manera, en el numeral tercero se precautela que la evidencia, que luego será prueba, no sea destruida o se obstaculice su práctica, para concluir con la reparación integral de las víctimas. Insistimos en el

nuevo ordenamiento penal amén de garantizar los derechos de quien viene siendo procesado, tutela el derecho de la víctima, busca que se le repare por el daño ocasionado, pero por sobre todo garantiza que esta no sea revictimizada, en coherencia con lo que establece la Constitución de la República en el artículo 78. Las medidas cautelares de orden personal que ha establecido el COIP son seis; así tenemos la prohibición de salida del país, la obligación de presentarse periódicamente, el arresto domiciliario, el dispositivo de vigilancia electrónica, la detención y la prisión preventiva.

Estas medidas cautelares deben merecer un análisis prolijo por parte de quien lo solicita, en este caso, Fiscalía General del Estado y de quien las dicta, Juez de Garantías Penales. No pueden establecerse reglas generales, cada una de ellas debe guardar armonía con la naturaleza de la infracción y las circunstancias del caso en concreto. Si bien la Constitución de la República y el COIP, establecen que se priorizarán medidas no privativas de la libertad, debe analizarse si aquellas no ponen en riesgo el desarrollo del proceso penal, pues algunas de ellas per-se no son suficientes para el cumplimiento de las finalidades antes descritas, verbigracia dictar una prohibición de salida del país de quien no se encuentra dentro del territorio nacional y radica en el extranjero, como también resulta lesivo el dictar prisión preventiva en casos de bagatela.

No se ha querido dejar pasar un aspecto fundamental que vivimos actualmente, hoy en día muchos de los procesos penales son ya sancionados por la prensa, las redes sociales y la presión social. Esto ha hecho que jueces, sin la suficiente solvencia, dicten o no medidas como la prisión preventiva, priorizando la opinión pública sobre los principios del derecho.

El criterio respecto a ello siempre irá direccionado a que los jueces dicten medidas efectivas, necesarias y compatibles con el delito investigado, se racionalice el uso de medidas extremas y se dé, sin lugar a dudas, oportunidad a que sean las medidas alternativas las que garanticen los fines del proceso penal. Empero de aquello, se cree que, si la prisión preventiva es necesaria, racional y efectiva al caso en concreto, esta debe sin temor dictarse, haciéndose una verdadera ponderación de derechos, ejercitando de manera plena la potestad estatal de precautar el derecho de las víctimas y la sociedad en sí. Evidentemente, es necesario indicar que el hecho de que un uso incorrecto de la prisión preventiva caería en una pena anticipada, dejando de lado el principio de presunción de inocencia.

Análisis del Art. 534 del Código Orgánico Integral Penal

La Corte Nacional de Justicia en la resolución No 14-2021 analiza la aplicación de la prisión preventiva, establece parámetros claros y precisos que fueron recogidos en la última reforma del COIP en su artículo 534. Para cumplir con el cometido de este estudio, hemos de analizar el actual artículo 534 del COIP, advirtiendo que, en su análisis, se considerarán los presupuestos legales, la misión de Fiscalía en argumentar su pedido y el riguroso análisis que debe cumplir el Juez de Garantías Penales en función de su misión garantista.

Art. 534.- Finalidad y requisitos: La prisión preventiva es una medida cautelar personal excepcional, debe ser solicitada y ordenada de conformidad con las circunstancias de cada caso concreto, bajo criterio de última ratio, y podrá ser impuesta solo cuando se desprenda procesalmente que ninguna otra medida cautelar personal es útil y eficaz. (Asamblea Nacional, 2014)

En su primer inciso, se destaca el carácter de excepcional y de última ratio, es decir siempre que no exista otra medida menos lesiva y efectiva, lo cual guarda armonía con el artículo 77 No. 1 de la Constitución de la República (2008). Continuando con el análisis, el segundo inciso señala que:

Únicamente con la finalidad de garantizar la comparecencia de la persona procesada al proceso y el cumplimiento de la pena, la o el fiscal podrá solicitar a la o el juzgador, de manera debidamente fundamentada, que ordene la prisión preventiva, siempre que concurran los siguientes requisitos. (Asamblea Nacional, 2014)

En el segundo inciso se plasma el fin esencial de esta medida, que es procurar que quien viene siendo procesado comparezca a juicio, cumpla con la pena y para ello se deben cumplir con cuatro presupuestos fundamentales, que deben merecer la fundamentación debida por parte de la fiscalía, estos son:

1. Elementos de convicción suficientes sobre la existencia de un delito de ejercicio público de la acción.
2. Elementos de convicción claros, precisos y justificados de que la o el procesado es autor o cómplice de la infracción. En todo caso la sola existencia de indicios de responsabilidad no constituye razón suficiente para ordenar la prisión preventiva.
3. Indicios de los cuales se desprenda que las medidas cautelares no privativas de la libertad son insuficientes y que es necesaria la prisión preventiva para asegurar su presencia en la audiencia de juicio o el cumplimiento de la pena.
4. Que se trate de una infracción sancionada con pena privativa de libertad superior a un año. (Asamblea Nacional, 2014)

El primer y cuarto presupuesto no merecen mayor comentario pues ni en delitos de acción penal privada ni delitos con una pena menor a un año podría solicitarse esta medida. Fiscalía debe contar con elementos amplios y necesarios, de que se trate de un delito de acción penal pública, que de las evidencias se desprenda la existencia de los elementos objetivos del tipo penal, así como de la existencia del dolo o culpa como elemento subjetivo.

El presupuesto tercero lleva a la obligatoriedad de demostrar la ineficiencia de las demás medidas cautelares, en su cometido de lograr la comparecencia del procesado al proceso. Debemos entender aquel presupuesto como el peligro de fuga. El tratadista Quiroz (2014), en la obra referida en párrafos anteriores, con respecto a este particular manifiesta: "El peligro de fuga se relaciona con la probabilidad de que el imputado, en caso de permanecer en libertad, vaya a sustraerse a la acción de la justicia y evite ser juzgado o la ejecución de la pena" (p. 70). El cumplimiento de este requisito debe y tiene que ser debidamente justificado por parte del órgano de acusación oficial, y los elementos que presente al Juez de Garantías Penales tienen que tener un sustento fáctico y jurídico. Para ello se tendrán criterios como: la pena que podría imponerse al acusado, la magnitud del daño causado, el comportamiento del procesado en el procedimiento o en otro anterior y en la medida que indique su voluntad de someterse a la investigación penal.

Continuando el presente estudio, es imperioso analizar en su totalidad el artículo Código Orgánico Integral Penal (Asamblea Nacional, 2014).

En los requisitos descritos en los números 1 y 2, el parte policial no constituye ningún elemento de convicción ni será fundamento para solicitar o conceder la prisión preventiva. El parte policial es exclusivamente referencial.

La Fiscalía al momento de fundamentar su solicitud de prisión preventiva justificará la existencia de todos los requisitos establecidos en el presente artículo, evidenciando el riesgo procesal y que las medidas alternativas no son suficientes para evitarlo.

De ser el caso, la o el juzgador para resolver sobre la prisión preventiva deberá tener en consideración si la o el procesado incumplió una medida alternativa a la prisión preventiva otorgada con anterioridad en cualquier otra causa.

Cuando proceda ordenar la prisión preventiva, en su resolución la o el juez obligatoriamente motivará su decisión y explicará las razones por las cuales las otras medidas cautelares son insuficientes. La resolución contendrá:

- a. Una relación de cómo los hechos delictivos que se imputan a la persona procesada se ajustan a un delito de acción penal pública sancionado con una pena privativa de libertad superior a un año.

b. Que los elementos aportados por Fiscalía permiten razonadamente concluir que es probable que la persona procesada sea autor o cómplice del hecho imputado. La sola existencia de indicios de responsabilidad no constituye razón suficiente para ordenar la prisión preventiva.

c. La justificación de que las medidas cautelares alternativas son insuficientes para evitar el riesgo procesal, y que la prisión preventiva se dicta cumpliendo los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. Art. 534 (Asamblea Nacional, 2014)

Corresponde en este momento examinar la misión de un juez garantista, su rol y control en el cumplimiento de los presupuestos fácticos y legales que le permitan tomar la decisión más ajustada a los principios procesales. Aquí es importante que se analicen aspectos básicos recogidos en la resolución 14- 2021 (Corte Nacional de Justicia, 2021) “mérito sustantivo, proporcionalidad, excepcionalidad, provisionalidad, control judicial y límite temporal”.

El peligro o riesgo procesal debe entenderse como la rigurosidad que debe haber en el juzgador al momento de dictar o no la prisión preventiva, necesariamente la Fiscalía debe acreditarle al juez la sospecha razonable del riesgo procesal, de tal modo que él únicamente vea esta medida como la única salida para proteger los fines del proceso penal:

La Prisión Preventiva debe establecerse en tanto sea la única forma de lograr la vinculación procesal del imputado a la causa, siempre y cuando concurren los requisitos materiales para su imposición y la existencia de al menos un peligro procesal, sea fuga u obstaculización. (Corte Nacional de Justicia, 2021)

El criterio de necesidad implica la capacidad y sapiencia del juez de saber concluir que la prisión preventiva es la medida excepcional pero única y adecuada, empero para ello el órgano de acusación oficial es el que tiene que justificar la premura de dicha medida desechando aquellas alternativas que resultan insuficientes para los fines del proceso penal. La ponderación de derechos es fundamental para la toma de decisiones.

Proporcionalidad, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2004) en el caso *Tibi vs. Ecuador*, estableció que “La aplicación estricta de los principios de legalidad, presunción de inocencia y proporcionalidad son indispensables en una sociedad democrática” (p. 61). Respecto de la proporcionalidad, a criterio del tratadista William Quiroz Salazar (2014) se la entiende como “la relación racional entre la medida cautelar y el fin perseguido. También se conceptúa como la equivalencia entre el monto de la pena con que se encuentra conminado el delito y el tiempo de duración del encarcelamiento preventivo”(p. 72).

Debemos entender que este principio de proporcionalidad debe buscar el nexo racional de la medida extrema con el fin perseguido, cuidando siempre que los efectos de esta medida –privación de la libertad– no resulten exagerados, desmedidos o inclusive que se imponga en delitos menores que no generan repercusión ni alarma social.

Para concluir con el análisis de la norma, pese al constante debate sobre la aplicación de la prisión preventiva, su análisis y determinación de reglas para su cumplimiento, ni en el COIP vigente desde el 2014, ni en sus subsiguientes reformas se ha establecido un aspecto que a criterio nuestro sea sustancial y de cumplimiento obligatorio. Nos referimos al control de convencionalidad que debe hacer todo juez de garantías penales en la aplicación de las normas internacionales. Hemos de recordar que los tratados y convenios internacionales son de aplicación inmediata y obligatoria para los Estados partes aún por encima de la Constitución bajo el principio *pro homine*.

La Corte Interamericana de los Derechos Humanos establece un control de convencionalidad que separa el criterio de jerarquía normativa de la Constitución y los tratados y los une en el denominado bloque de constitucionalidad. En nuestro país, conocemos que son muy pocos los jueces que realizan un pleno control de convencionalidad, que se traduce en el hecho de que, si existe

un criterio jurisprudencial de la CIDH o en los tratados internacionales en el que se otorgue una prerrogativa mejor que la del ordenamiento interno, esta debe aplicarse.

Conclusiones

Para terminar con este análisis de la prisión preventiva, primero se debe reconocer que el Estado ha hecho esfuerzos para evitar que aquella figura jurídica no sea usada de manera arbitraria; nuestro ordenamiento jurídico ha evolucionado acorde a las nuevas corrientes del derecho, sin embargo, hay situaciones estructurales que han hecho que la administración de justicia se vea arremetida, cuestionada y denigrada. Las pugnas de poderes han calado en las estructuras de la administración de justicia por lo que se considera imperioso que se le otorgue la independencia y la autonomía necesarias para poder cumplir con sus fines.

Respecto a la prisión preventiva como pena anticipada, es indiscutible que un inadecuado uso de la misma puede recaer en la violación de los derechos de la persona procesada, castigándola sin procedimiento previo y fracturando todo tipo de legislación y debido proceso, de ahí que varios doctrinarios se encuentran contra ella. Es innegable que la prisión preventiva bien usada es una herramienta de protección y seguridad jurídica para las víctimas, quienes sin lugar a dudas son la parte más importante del sistema judicial, no obstante, la falta de tecnicidad y conocimiento han hecho que se dicten prisiones preventivas de manera inadecuada, violentando derechos y generando inseguridad jurídica. Se espera que todos los actores sociales, ora academia, Función Judicial, Fiscalía General del Estado, Defensoría Pública y sociedad civil, traten esta problemática de manera que a futuro se evite al máximo el detrimento de los derechos de las personas y se consiga una paz social en beneficio de todas y todos.

Finalmente, el presente estudio no se aferra a una sola idea respecto a la prisión preventiva, únicamente encuentra la recomendación de su uso adecuado, con un sistema bien estructurado de justicia y un sistema penitenciario apropiado, que después de todo es deber del Estado mantener y adecuar, velando por todas y todos los ciudadanos. Lo que sí podemos mencionar es que su empleo es una decisión sumamente importante, que demuestra a la comunidad la capacidad y buen criterio de juezas y jueces, quienes tienen en sus manos la aplicación de la Constitución y las leyes correspondientes. Siendo este únicamente un aporte más a la doctrina que, con el avance del derecho, seguirá profundizando respecto a temas tan importantes como el que aquí se expone.

Referencias

Constitución del Ecuador, Art. 66, (2008).

Constitución del Ecuador, Art. 77 N. 1 (2008).

Código Orgánico Integral Penal (COIP), Registro Oficial N. 180, Art. 534, (2014)

Corte Nacional de Justicia. (2021). *Corte Nacional de Justicia*. <https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/resoluciones/2021/2021-14-Aclara-el-Art-534-COIP.pdf>

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2004). *Caso Tibi Vs. Ecuador*. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf

Ernesto de la Jara, Gabriel Chávez-Tafur, Andrea Ravelo, Agustín Grández, Óscar del Valle, Liliana Sánchez. (2013). *La prisión preventiva en el Perú: ¿medida cautelar o pena anticipada?* Instituto de Defensa Legal, Lima: Instituto de Defensa Legal.

Rubio Hernández, H, (2013), La Prisión Reseña Histórica y Conceptual, *En Ciencia jurídica-División de Derecho, Política y Gobierno Departamento de Derecho, vol 2*, p. 19 -20 <http://www.cienciajuridica.ugto.mx/index.php/CJ/article/view/60/59>

Rousseau, Jean-Jacques. (1762). *El Contrato Social*. Marc-Michel Rey, Capítulo IX 36-37

Miranda, Julio Gonzalo (2022) *Origen y críticas del fundamento cautelar de la prisión preventiva* <https://riu.austral.edu.ar/handle/123456789/1977>

Zavala Baquerizo, Jorge. (2004), *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Tomo VI. Editorial Edino Guayaquil

Alvarado, P. (2019). La importancia de la Reinserción Social del Delincuente para tener sociedades seguras. *Universo de la Tecnología, vol 1* (34), 5-6 <https://revista.utnay.edu.mx/index.php/ut/article/view/17/8>

Revista Argentina de Derecho Penal y Procesal (2022) Rosario: Repositorio Institucional Universidad Austral <https://riu.austral.edu.ar/handle/123456789/1977>

Real Academia Española, Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española 2014 (Versión 23.5 en línea) <https://dle.rae.es/prisión?m=form2#3Gpezv1>

Haro, R. G. (2021). La prisión Preventiva: Breve estudio en Argentina y Ecuador. *Revista Científica Multidisciplinaria de la Universidad Metropolitana de Ecuador*, 160 - 161.

Quiroz Salazar, W. (2014). *La Prisión Preventiva Desde la Perspectiva Constitucional, Dogmática y el Control de Convencionalidad*. Lima: Biblioteca Nacional.



LEGAL GROUP
GAMANLAW

Proyecto Mirador: falso garantismo de los derechos de la naturaleza en el nuevo constitucionalismo latinoamericano

María Angélica Landy Ríos

Abogada de los Tribunales de Justicia de la República de Ecuador; Universidad del Azuay
(alandyr23@gmail.com)

Resumen

El artículo tiene como objetivo hacer un análisis crítico sobre las propuestas y normas que se crean bajo el conocido populismo político, sin siquiera haber tenido una planificación previa para su aplicación. Además de las repercusiones que trae la inmersión de estas propuestas dentro de la máxima norma de un país, en el caso de Ecuador, la Constitución y el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derecho. También se analizará el papel fundamental que tiene el órgano judicial frente a las resoluciones dictadas en casos ambientales y las dificultades que se presentan al tener, por un lado, un texto garantista y, por otro, proyectos extractivistas respaldados por el Estado. Finalmente, se concluirá el texto demostrando que no existen las herramientas necesarias para que el Estado se responsabilice por los daños causados en los casos de afectación directa a los derechos de la naturaleza, pues adolece de salas y juzgados especializados en temática medioambiental y derechos de pueblos y nacionalidades, teniendo así una atribución de responsabilidad carente. Todo esto dejará en claro los grandes retos que aún se presentan en Ecuador para lograr garantizar los derechos promulgados en la Constitución del 2008.

Palabras clave

Nuevo constitucionalismo, extractivismo, populismo político, constituyente, garantismo, minería, Constitución.

Abstract

The article aims to conduct a critical analysis of the proposals and regulations formulated under the well-known political populism, even without prior planning for its implementation, and the repercussions that the introduction of these proposals has within the country's highest regulation. In the case of Ecuador, the Constitution and the recognition of nature as a subject of law are examined. Additionally, the fundamental role of the Judiciary in environmental cases, as well as the challenges posed by guaranteed text and extractive projects supported by the State. Finally, the text concludes by demonstrating the lack of necessary tools for the State to assume responsibility for damages caused in cases directly involving the rights of nature. This is due to the absence of specialized courts on environmental issues and the rights of nature, making assignment of responsibility inadequate. All this underscores the significant challenges still facing Ecuador in guaranteeing the rights enacted in the 2008 Constitution.

Keywords

New constitutionalism, extractives, political populism, constituent, guarantees, mining, Constitution.

“Si queremos, en verdad, que el tiempo de este constitucionalismo latinoamericano sea el tiempo de los derechos, debemos asumir las implicaciones constitucionales de control, limitación y garantía que ello conlleva”.

(Bobbio, 2005)

Introducción

Parece ser que los países latinoamericanos se tomaron en serio aquella idea de que los derechos deben avanzar conforme lo hace la sociedad, a pesar de que se comprometieron en aquello apenas a inicios del siglo XXI. La intención de dejar de lado aquellas normativas con retórica débil o inspiradas casi idénticamente en otros cuerpos de países desarrollados, deviene del trabajo de asambleas constituyentes y refleja una imagen de la evolución política y social que logra plantear normas vinculantes, garantistas e inclusivas.

Esta acción positivista se respalda en la idea del nuevo constitucionalismo latinoamericano que se ha inspirado, a su vez, en distintas corrientes europeas que surgen después de la Segunda Guerra Mundial. Esto sucedió cuando las Constituciones de los países en conflicto empezaron a cambiar drásticamente para comprometerse con los derechos sociales y proyectar un avance progresivo que produjo cambios notables dentro de los elementos estructurales del sistema jurídico y político.

Alfonso Santiago (2008) cuando se refiere al nuevo constitucionalismo latinoamericano, explica que lo que propone es un reconocimiento de los derechos constitucionales de las personas, pero también de los grupos sociales y minorías para poder delimitar cuáles son las garantías constitucionales que pueden hacer efectivo el goce de los derechos propuestos. Del postulado que establecía que "los derechos humanos valen en la medida en que los reconocían las leyes", se pasa a que las leyes y las demás normas jurídicas valen en la medida que respeten los contenidos esenciales de los derechos humanos.

Estos novedosos cambios se presentan por primera vez en la renovada Constitución del 2008 de la República del Ecuador, posicionándola como un cuerpo normativo innovador, que conquista derechos nunca antes atendidos por los países latinoamericanos. Esta busca un equilibrio entre la sociedad y la naturaleza, por ello el texto faculta a aquellos grupos étnicos y nacionalidades indígenas con la posibilidad de acceder a consultas populares oportunas y debidamente informadas para decidir sobre el futuro de los territorios que habitan (Luna et al., 2022). Nos referimos a comunidades que gozan de armonía en su convivencia local junto a los demás recursos que esta les da, permitiéndoles así acceder a demás derechos y beneficiarse de las riquezas naturales que les permitan alcanzar la plenitud en sus garantías constitucionales.

Esta dinámica da paso a que la propia sociedad pueda sentirse dueña del concepto 'nuevo constitucionalismo', precisamente por este ejercicio inclusivo y, hasta cierto punto, democrático que se refleja en la participación desde diferentes espacios. Dentro de estos se le otorga cierta consideración importante a la evolución de los derechos económicos, sociales y culturales, pero también se logra abarcar las diferentes cosmovisiones, respaldando y reconociendo la pluriculturalidad, teniendo la necesidad de vincular a todos los actores sociales de pueblos y nacionalidades para estructurar un nuevo paradigma alejado de ideas colonialistas.

Esto con el fin de aproximarse, en el caso de Ecuador, al mencionado 'Buen vivir o *Sumak Kawsay*', visto como una herramienta indispensable del ordenamiento jurídico que debe ser preponderada para lograr el garantismo de derechos que la nueva constitución prevé. Entre ellos se encuentra el derecho al agua, al ambiente sano, a la consulta popular en temas ambientales debidamente informada, a la integralidad, pero, además, aquellos derechos que se le han otorgado a la naturaleza dándole la característica de ser sujeto de derecho.

Este panorama abandona el antropocentrismo europeo y promulga una idea biocentrista en donde se debe alcanzar un equilibrio entre la naturaleza y los seres humanos. Esto proyecta la intención de que nuestra Constitución cuenta con mecanismos que pretenden hacer exigibles los derechos de la naturaleza, pero también los de una convivencia armónica con el ambiente, desarrollo sustentable y la protección del patrimonio natural.

Por otro lado, no podemos negar que la línea dogmática propuesta también engloba lineamientos del Derecho Ambiental Internacional, mismo que propone regular los comportamientos de los sujetos de la comunidad internacional respecto a promover una coexistencia equilibrada e implementar una correcta gestión ambiental que debe ser vista como un conjunto de instrumentos que están orientados a administrar los elementos naturales y limitar las actuaciones artificiales para promover las acciones socioculturales y lograr que se promueva una política ambiental en cada Estado.

1. Sumak Kawsay es un neologismo de la lengua quechua, la terminología toma impacto en el año 1980 luego de que es usada como una frase de propuesta política que buscaba promulgar la idea de obtener calidad de vida, satisfacción de necesidades y desarrollo social respetando a la naturaleza.

Del reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derecho y el populismo político

Desde el capítulo séptimo, artículo 71 de nuestra Constitución, se exhiben los derechos que le corresponden a la naturaleza. Por ejemplo, cuando se presenten casos en los cuales se haya dado un impacto ambiental grave o irreversible, será el Estado quien deberá garantizar que se establezcan mecanismos eficaces para la restauración del ecosistema, se especifica que en los casos de explotación de recursos naturales no renovables el Estado se compromete a mitigar o eliminar las consecuencias ambientales nocivas.

A pesar de aquello, el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos exige un gran esfuerzo estatal para evitar que estos se transformen en leyes de papel que no sean debidamente implementadas. Hasta cierto punto, esta acción que nace en Montecristi en el 2008 ha desembocado en un escenario repetitivo al cual nos enfrentamos cada vez en comicios electorales, conocido como 'populismo político', que es aprovechado para generar mayor impacto por los nuevos o conservadores partidos políticos. Cabe preguntarnos el porqué del acuñamiento de este término al contexto ecuatoriano.

Moraeno y Donoso (2005) explican que el populismo político se vincula al liderazgo que surge de una democracia con alto grado de ilegitimidad por la falta de garantías constitucionales y una vaga aplicación de derechos exhibidos en los cuerpos normativos, es decir, un completo desencanto frente a la política tradicional. Es por ello que este criterio es aprovechado para mostrarnos a representantes 'conscientes de las necesidades del pueblo y de la falta de protección a las minorías', pero también 'comprometidos con el cuidado de la naturaleza, protectores de los recursos naturales y con una agenda verde', tratando de deslumbrar entre la miscelánea de ideas.

No obstante, cuando se encuentran en una posición de poder, parece ser que el respaldo al extractivismo basado en el aprovechamiento de los recursos naturales predomina, debilitando nuevamente la confianza en el Ejecutivo, pero también dejándole una gran tarea a los jueces. Ellos enfrentan pugnas de intereses de aquellos sectores indígenas o sociales de minorías que buscan la aplicación de este supuesto texto transformador para que se vincule y responsabilice directamente al Estado a brindar las herramientas oportunas para su cumplimiento.

Esta falta de compromiso supone un riesgo para el correcto garantismo de los derechos que se despliegan en nuestras normas. Pedro Salazar Ugarte (2009) menciona que al tener un catálogo de derechos tan amplio, en cierto punto podemos adolecer de la falta de herramientas para su aplicación. Esto viene dado por la multiplicidad de derechos y sujetos a los que se les reconocen estos (como es el caso de la naturaleza) y en cierto momento representa dificultades de índole práctica y económica para garantizar lo que se ha positivizado.

Inclusive la Corte Constitucional del Ecuador, en su sentencia 166-15-SEP-CC, reconoce a la naturaleza como ser vivo y titular de derechos con capacidad jurídica de ejercicio; por tanto, el cumplimiento de las normas contempladas en la Constitución y la observancia de estas es obligatoria para los servidores públicos en cualquier nivel de gobierno (Paniagua, 2022).

A pesar de ello, han existido casos mineros a cielo abierto como el conocido "Proyecto Minero Mirador", en donde las repercusiones por la falta de garantías han dejado graves estragos.

De los antecedentes del Proyecto Minero Mirador

La zona en cuestión en donde se desarrolló este megaproyecto se encuentra en Zamora Chinchipe en Tundayme, una comunidad alejada del casco urbano que fue comunicada del inicio del proyecto en el año 2012. Esto sucedió con el mismo gobierno que, con una propuesta populista en la constituyente del 2008, le había garantizado derechos a la naturaleza y su protección y, sin embargo, un par de años después había firmado un contrato con una empresa extranjera para la explotación de cobre por 25 años en la zona.

Pasaron varios años de inobservancia normativa a los derechos de la naturaleza, pueblos y nacionalidades por parte del Estado, que inclusive la misma Función Judicial aprobó las órdenes de desalojo para más de treinta familias que fueron desplazadas, a pesar de que se encontraban

en situaciones de vulnerabilidad extrema, siendo la gran mayoría adultos mayores, indígenas y en situaciones de pobreza. Adicionalmente, un predio ubicado en la zona, que era utilizado por el Ministerio de Educación y brindaba acceso a la primaria a los niños del sector, también recibió la notificación de que sus instalaciones debían ser abandonadas.

En el 2015 los moradores de la zona lidiaron con militares y policías, quienes respaldándose en la Ley de Servidumbre Minera², exigieron a varias familias a abandonar el lugar, caso contrario, era imperante la amenaza de que sus casas serían destruidas.

En el año 2019, la Comunidad Amazónica Cordillera del Cóndor Mirador presentó una Acción Extraordinaria de Protección frente a la falta de garantías estatales para el cumplimiento de sus derechos constitucionales, sin embargo, hasta la fecha no ha sido atendida. Como consecuencia, en el año 2021 un nuevo atraco a los derechos se hizo notable, cuando el presidente de turno anunció el aumento de la explotación minera en la zona y, como si no fuese suficientemente invasivo, también se planificó la explotación petrolera del sector respaldando estas abusivas decisiones en los decretos presidenciales 95³ y 151⁴.

Estas acciones estatales, en concordancia con la planificación del proyecto por parte de la empresa extranjera, han sido cuestionadas desde el momento de su adjudicación, pues era inminente la contaminación que se ocasionaría aguas abajo de la cuenca el Río Amazonas, el cual era la fuente hídrica para cientos de familias. La acidificación del recurso no solo demostró que la empresa no cumplió con el plan de acción, cuidado y manejo de los recursos hídricos del lugar, sino que perjudicó ecosistemas frágiles, aumentó la deforestación de la zona, afectó a especies de fauna únicas del lugar y alteró el curso de las cuencas de los ríos del sector intervenido.

De la falta de herramientas para la garantía de los derechos de la naturaleza

EEduardo Couture decía que ante el despotismo de otros poderes del Estado siempre quedará el poder judicial, pero ante el despotismo de este, no quedará recurso alguno (Couture, 1978). Es por ello que, el pronunciamiento del juzgador demuestra la discrecionalidad que han tenido los jueces frente a los procesos judiciales en donde se han visto vulnerados los derechos de la naturaleza y de las comunidades indígenas o minorías, frente a los intereses de terceros, invalidando el principio de seguridad jurídica que supondría la responsabilidad del Estado ante cualquier acto con tan impresionante vulneración de la norma con tinta garantista que ha sido positivizada.

Con todos estos precedentes, la comunidad afectada hizo uso del principio de legitimación activa abriendo expedientes en la Defensoría del Pueblo por los desalojos violentos que atentaron al derecho a una vivienda digna, pero estos fueron archivados, pues a criterio del juez, no existía vulneración de ningún derecho constitucional (Alvarado, 2022).

También se presentó una Acción de Protección ante la Sala de lo Civil y Mercantil de Pichincha, esperando que el Estado se responsabilice por todas aquellas inobservancias que vulneraron derechos durante años y aminoraron las condiciones de vida de las comunidades indígenas. Se esperaba que, de tan extenso catálogo de derechos de la Constitución garantista del 2008, tal y como manda el artículo 73 de la misma, el Estado aplicaría medidas de precaución y restricción para las actividades que puedan conducir a la extinción de especies, la destrucción de ecosistemas o la alteración permanente de los ciclos naturales, respaldándose en el principio *Indubio Pro Natura*.

O quizá obedeciendo al 'compromiso político' de los mandatarios de turno por defender la naturaleza, al menos los magistrados direccionarían su resolución al cumplimiento de demás principios medioambientales, como el de corrección de la fuente, principio de prevención o principio de quien contamina paga, siendo cualquiera de estos totalmente aplicables al caso.

Sin embargo, no fue así, cuando el proceso judicial 17111-2013-0317 finalizó, la sentencia desechó el recurso presentado alegando que no se encontraron actuaciones mineras ni que los actos administrativos han vulnerado derechos o garantías constitucionales referentes a la naturaleza. A criterio de los jueces, se trató de actos y contratos legalmente suscritos por la autoridad dentro de sus campos de competencia, con informes previos de por medio. Por lo tanto, no se sancionó a los involucrados ni se ordenó la reparación integral a la naturaleza y tampoco a las cientos de familias afectadas (Función Judicial, 2013).

2. Se conoce como servidumbre minera al proceso administrativo que se impone cuando el desarrollo de las actividades mineras repercuten en terrenos aledaños a la zona afectada, por ello, esta ley busca favorecer a la constitución, extinción o negación de servidumbres de ocupación, tránsito y las demás necesarias para el desarrollo de la actividad minera.

3. Decreto presidencial en donde se expide la Política de Hidrocarburos a través de un Plan de Acción con carácter inmediato firmado el 7 de julio del 2021.

4. Decreto que expide el Plan de Acción para el sector minero del Ecuador publicado en el Registro Oficial el 5 de agosto del 2021.

El Observatorio Jurídico de los Derechos de la Naturaleza en Ecuador ha confirmado que la minería metálica, misma que corresponde al Proyecto Mirador, es una de las actividades que mayor impacto ambiental generan en la naturaleza, ya que existe un gran porcentaje de territorio ecuatoriano concesionado a empresas extranjeras con historial carente de fiabilidad. A pesar de aquello, el Estado alegó que el futuro del país está en manos de la minería, es así que las decisiones y posicionamiento que pueda tomar la Corte resultan indispensables (Observatorio Jurídico de Derechos de la Naturaleza, 2022).

Entonces, ¿cuáles son las consideraciones que ha tenido el juzgador para fallar en contra de las garantías constitucionales de la naturaleza, grupos indígenas y minorías, considerando la extensa enumeración de derechos reconocidos?

Ricardo Crespo Plaza considera que el verdadero problema que se presenta frente al reconocimiento de los derechos de la naturaleza es que el mismo Estado tiende a proponer decisiones políticas que no son efectivas cuando se reexamina la política ambiental o cuando no se exige el riguroso cumplimiento de la normativa ambiental en consecuencia de los intereses económicos de grupos de poder (Crespo Plaza, 2011).

Todo esto mantiene relación con la característica *soft law*⁵ que tiene el derecho ambiental, por ello, en Ecuador no existe ningún tribunal especializado en el tratamiento de casos sobre afectación y vulneración de los derechos de la naturaleza, es decir, la atribución de la responsabilidad siempre será carente por la falta de un órgano regulador. Pero también a que no nos corresponde la obediencia solamente de normativas estatales internas, sino también al gran número de tratados internacionales de los cuales Ecuador es país firmante.

Algunas líneas de pensamiento han considerado que el nuevo constitucionalismo latinoamericano, que ha decidido darle derechos a la naturaleza, rompe totalmente la teoría clásica de reciprocidad entre obligaciones y derechos. Es decir, como la naturaleza no tiene la capacidad de acudir por sí misma al órgano jurisdiccional, tendrá solamente los derechos reconocidos en las normas, y en el caso de las personas, tendrán sólo las obligaciones de protección, pero no los derechos de beneficiarse de estas (Crespo Plaza, 2017).

Será por esta razón que se presenta una crítica a las propuestas populistas de los políticos en campaña electoral, dentro de las cuales ni siquiera existe un compromiso de dotar al mismo Estado de las suficientes herramientas o mecanismos para hacer efectivo el goce de los derechos de la naturaleza y, por ello, caemos en grandes contradicciones al tener una Constitución garantista de derechos, pero decisiones judiciales desapegadas de los mismos lineamientos que esta promulga.

Una línea diferente ha sido respaldada por Gudynas, quien explica que la concepción con la cual se nombra a la naturaleza en nuestra carta de derechos es la de protegerla, pero no por los propios valores que tenga, sino porque si no se asegura su calidad tampoco podríamos consolidar el cumplimiento y el acceso a los demás derechos reconocidos para los particulares (Gudynas, 2011).

Al margen de todo esto, el reconocimiento de los derechos de la naturaleza en nuestra Constitución merecía un diagnóstico profundo y preciso antes de ser introducido en el texto normativo, inclusive para evitar cierto tipo de oposiciones que salen a la luz luego de hacer extensivo el análisis. En el artículo 71 del cuerpo en mención se desprende que los derechos de la naturaleza deberán respetarse íntegramente, incluyendo sus funciones y procesos evolutivos, no obstante, más adelante en el artículo 407 se permiten las actividades extractivistas dentro de áreas protegidas.

Son por estas mismas contradicciones y falta de herramientas, que no podíamos confiar en la llegada de un viraje cultural que abandone las ideas antropocentristas, extractivistas y utilitaristas que se han mantenido en el país durante años, frente a las cuales tampoco se presentaron alternativas más sustentables.

Lo que podíamos esperar es obtener un simbolismo que pretenda concientizar la posición que le damos a la misma y las obligaciones o deberes ciudadanos para con ella y claro, si este análisis se hubiese dado de manera oportuna y no se hubiesen lanzado ideas atractivas al aire, seguramente el direccionamiento de este artículo sería otro.

5. La característica *Soft Law* en el Derecho Ambiental implica que son instrumentos regulatorios que permiten proyectar demás principios ambientales y criterios jurídicos sin tener el carácter de ser de obligatorio cumplimiento para los Estados.

Conclusiones

Los derechos que devienen del nuevo constitucionalismo latinoamericano son estructurados como una obra colectiva que inicia con la Constituyente, luego es desarrollada por los legisladores, pero finalmente es el juez el encargado de culminar con el reconocimiento de derechos y aplicar de manera correcta los mismos y sus principios. Sin embargo, sin las herramientas y mecanismos indicados para que esto ocurra, es imposible hacer efectivo el goce de derechos contenidos en la norma, aumentando la desconfianza en el Estado y retrasando el desarrollo de las sociedades.

Habiendo pasado ya más de catorce años desde el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derecho, es notable el estancamiento judicial, no solo en las cortes que aún no consiguen fallar a favor de la naturaleza, sino también en el Ejecutivo, que aún promueve proyectos extractivistas con acciones que generan alto impacto contaminante en la naturaleza.

El reconocimiento de los derechos de la naturaleza dentro de la Constitución de la República del Ecuador del 2008 debió haber significado responsabilidades no solo de la sociedad civil, sino también del Estado. Era necesario que se involucraran conjuntamente para estructurar alternativas enmarcadas en la sostenibilidad, buscando equilibrio entre las actividades económicas y productivas, pero también en los límites ambientales y las necesidades socioculturales. Así, se podría haber establecido un Plan de Desarrollo Nacional Postextractivista que valide y garantice los principios y derechos contemplados en la norma estatal.

La falta de mecanismos idóneos para acudir a la justicia, la insensatez del juzgador que se presenta en las sentencias que dicta, la falta de compromiso político de los representantes de turno y el constante atropello de derechos de los pueblos y nacionalidades indígenas, son el claro ejemplo de los impedimentos que se mantienen y que marchitan el verdadero impulso del nuevo constitucionalismo latinoamericano.

Referencias

Alvarado, A. C. (2022, Abril 28). *Ecuador: proyecto minero Mirador genera nuevas amenazas de desalojo en Tundayme. Mongabay Latam.*

<https://es.mongabay.com/2022/04/ecuador-proyecto-minero-mirador-genera-amenazas-de-desalojo/>

Bobbio, N. (2005). Los anteojos de Bobbio. Para una reconstrucción del (hiper) modelo bobbio en L. Córdova, P. Salazar, *Política y Derecho. (Re)pensar a Bobbio* (IJJ-UNAM ed., Vol. pp. 17-309). Siglo XXI editores.

Couture, E. (1978). *Estudios de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires.

Crespo Plaza, R. (2011). La naturaleza como sujeto de derechos: ¿Símbolo o realidad jurídica? *Iuris Dictio*, 8(12), 31-37. <https://doi.org/10.18272/iu.v8i12.685>

Crespo Plaza, R. (2017, Agosto 01). *El dilema jurídico respecto a los derechos de la naturaleza*. Blog del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. <https://jur.usfq.edu.ec/2019/02/el-dilema-juridico-respecto-los.html>.

Función Judicial. (2013, Junio 20). *Acción de Protección* 17111-2013-0317 (SENTENCIA ed., Issue 17111-2013-0317) [Sala de lo Civil y Mercantil del cantón Quito]. Consulta de Procesos Función Judicial. <https://procesosjudiciales.funcionjudicial.gob.ec/movimientos>

Gudynas, E. (2011). *Debates sobre cooperación y modelos de desarrollo. Perspectivas desde la sociedad civil en el Ecuador*. Gabriela Weber.

Luna, A. F., Montilla, C. H., & Narváez, J. D. (2022). Caracterización de los constitucionalismos emergentes en América Latina: diferencias entre el neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo latinoamericano a partir del seguimiento de sentencias hito en Colombia, Ecuador y Bolivia. *Revista Científica Codex*, 8(14). ISSN: 2463-1558. ISSN-E: 2463-2031

Moreano, H., & Donoso, C. (2005). Populismo y Neopopulismo en Ecuador. *Revista Ópera*, (6), 120.

Observatorio Jurídico de Derechos de la Naturaleza. (2022). In *Los Derechos de la Naturaleza en la Corte Constitucional del Ecuador* (Quito ed., pp. 1-35). V Ademécum Jurídico sobre los Derechos de la Naturaleza.

Paniagua, B. E. (2022). Análisis de la sentencia número 166-15-SEP-CC (caso N° 0507-12-EP) de la Corte Constitucional del Ecuador. *Revista IUS*, 16(49). SciELO México. <https://doi.org/10.35487/rius.v16i49.2022.682>

Salazar Ugarte, P. (2009). El constitucionalismo latinoamericano ante el paradigma neoconstitucionalista: retos desde la realidad política a una teoría progresista. *Revista Internacional de Filosofía Política*, (34), 187.

Santiago, A. (2008, Abril 03). *"Neoconstitucionalismo"*. «Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas.».

<https://ancmyp.org.ar/user/files/02neoconstitucionalismo.pdf>





TAMARIZ &
ASOCIADOS

ESTUDIO JURÍDICO

Derecho Concursal y regulación jurídica en Ecuador, breve análisis de la legislación española como referencia

Agustín Francisco Cordero Malo

Estudiante de la Facultad de Ciencias Jurídicas,
Universidad del Azuay (afcorderomalo@gmail.com)

Matías José Enderica Castillo

Estudiante de la Facultad de Ciencias Jurídicas,
Universidad del Azuay (matiasenderica2002@gmail.com)

Resumen

El Derecho Concursal es una rama jurídica fundamental para abordar escenarios de quiebra e insolvencia, tanto en el ámbito empresarial como en el caso de personas naturales. Su finalidad principal es regular acuerdos entre el deudor y sus acreedores, para encontrar posibles soluciones para el cumplimiento de los créditos adeudados; en los casos donde dichos acuerdos no puedan concretarse, se procede con la liquidación de activos como una vía para lograr cumplir con las obligaciones pendientes. El presente artículo busca resaltar que la legislación concursal ecuatoriana no está lo suficientemente desarrollada para lograr que se aplique esta rama con efectividad, como es el caso de España. Esto se debe a que en la legislación española se contemplan amplias calificaciones de las obligaciones y créditos del concursado, con la finalidad de simplificar el proceso de cumplimiento de obligaciones, lo que se logra a través del convenio de acreedores y en la liquidación de la masa activa del patrimonio del deudor concursado. Para demostrar los vacíos legales y la falta de regulación de la materia concursal en el Ecuador, se comparó los mecanismos previstos en España, los cuales demuestran una amplia efectividad práctica.

Palabras clave

Derecho Concursal, insolvencia, reestructuración empresarial, liquidación, convenio de acreedores.

Abstract

Bankruptcy law is a fundamental branch of law for dealing with bankruptcy and insolvency situations, both in the corporate field and in the case of individuals. Its main purpose is to regulate agreements between the debtor and its creditors, in order to find possible solutions for the fulfillment of the debts owed. In cases where such agreements cannot be reached, the liquidation of assets is used as a solution to fulfill the outstanding financial obligations. This article seeks to highlight that Ecuadorian bankruptcy legislation is not sufficiently developed to ensure that this branch is applied effectively, as is the case in Spain. Due to the fact that Spanish legislation contemplates broad classifications of the insolvent debtor's financial obligations and credits, with the purpose of simplifying the process of fulfilling obligations, achieved through the creditors' agreement and the liquidation of the active mass of the insolvent debtor's assets. In order to demonstrate the legal gaps and the lack of regulation of bankruptcy law in Ecuador, a comparative study was made of the mechanisms provided in Spain, which demonstrate a wide practical effectiveness.

Key words

Bankruptcy law, insolvency, corporate restructuring, liquidation, creditors' agreement.

Introducción

En nuestros tiempos podemos contar la devastadora experiencia de lo que representó la pandemia ocasionada por el COVID-19 alrededor del mundo y todas sus consecuencias. Las mismas no solo se observaron en el ámbito sanitario, sino también en el económico y financiero, lo que generó una crisis empresarial que se extendió por todo el mundo, dejando a millones de personas sin empleo y a miles de empresas y comerciantes sin poder cumplir con sus obligaciones de la forma en que lo tenían previsto. Los problemas citados anteriormente generan la insolvencia de los deudores, que según el Diccionario de la Real Academia Española (2023) significa: "Falta de solvencia, incapacidad de pagar una deuda"; a su vez, para el autor Francisco Jesús Moreno Buendía (2021) es una situación que, con carácter general, presupone "un fallo en el mercado y en el sistema jurídico" (p. 1, párr 5).

Desde un punto de vista jurídico, la insolvencia es una falla a los mecanismos legales para la protección de la estabilidad patrimonial de tanto personas naturales como jurídicas (Moreno, 2021). En el caso de personas jurídicas, empresas o comerciantes esta incapacidad de pagar sus obligaciones puede llegar a suponer la quiebra de ese negocio, lo que generaría problemas como desempleo, pago de indemnizaciones laborales e ineficacia a sus acreedores a la hora de cobrar sus créditos, por el tiempo que puede llegar a tomar el proceso de liquidación de una empresa o el remate de los bienes de un comerciante, esto en el caso de que llegue a tenerlos.

Como apaciguadora de este tipo de situaciones podemos encontrar a la legislación concursal, la cual en ciertos países como el Ecuador no tiene el suficiente desarrollo como otras ramas del Derecho. En el caso ecuatoriano contamos con una insuficiente regulación en el régimen concursal en comparación con otros países como es el caso español, esto se evidencia, por ejemplo, con escasos artículos en el cuerpo normativo adjetivo de la materia civil que es el Código Orgánico General de Procesos, la Ley de Concurso Preventivo dirigida a empresas específicamente, los ahora derogados acuerdos preconcursales de la Ley de Apoyo Humanitario y la Ley Orgánica de Emprendimiento e Innovación (Alvargonzalez, 2020).

Es merecido destacar los casos de la Ley de Concurso Preventivo y de la Ley de Apoyo Humanitario. En el caso de la primera, es un cuerpo normativo publicado en el año 1997, lo cual evidencia que han pasado más de 25 años y no ha recibido una actualización reciente atendiendo a las necesidades actuales de las empresas y la situación del país.

Por otra parte, la Ley de Apoyo Humanitario contenía disposiciones sobre acuerdos preconcursales y medidas sobre un concordato preventivo excepcional para enfrentar las consecuencias económicas ocasionadas por la pandemia. Sin embargo, estas medidas ya no se encuentran vigentes en virtud de su artículo 28 y nunca se prorrogó la vigencia de ese régimen concursal excepcional quitando esa opción para los deudores, lo que delata un abandono legislativo a esta materia.

En este sentido, es importante destacar la finalidad que tiene el Derecho Concursal y las herramientas que brinda a los deudores para llegar a acuerdos satisfactorios con sus acreedores para una posible reestructuración y así salir de dificultades financieras precautelando los intereses de todos los intervinientes. Una vez teniendo en cuenta la finalidad de esta rama, podremos constatar la necesidad de una mayor regulación y herramientas para su mejor ejercicio.

Como referencia para la implementación de nuevas herramientas concursales podemos observar el caso de España, un país que posee una legislación concursal más desarrollada, enfocándose en distintos aspectos que no se toman en cuenta en el Ecuador. Entre ellos, las clasificaciones de los tipos de créditos y su prelación de orden de pago, un mejor desarrollo de la administración concursal y las competencias adicionales que tiene el juez concursal sobre otras materias una vez iniciado el concurso.

El Derecho Concursal y su finalidad

El Derecho concursal trata de solucionar los estados de insolvencia de empresas y personas naturales, regulando los acuerdos entre el deudor y sus acreedores, y si un acuerdo no es posible se tendrá que seguir con una liquidación de valores o declarar como definitivo el estado de insolvencia (Alvargonzalez, 2020).

En razón de esto, uno de los principios rectores del Derecho Concursal es fortalecer las relaciones mercantiles y garantizar la seguridad financiera en las relaciones jurídicas (Unir, 2021). En el caso de que sea viable llegar a una reestructuración o acuerdo concursal, los acreedores tendrán el beneficio de poder cobrar sus créditos sin tener que pelear con otros para cobrar con anterioridad; y los deudores podrán optar por alternativas de pago coherentes para evitar una posible quiebra o insolvencia. Por lo que podemos concluir que la finalidad de un procedimiento concursal es netamente patrimonial.

Otra finalidad esencial es evitar el desequilibrio entre los acreedores, en ciertas situaciones de acciones de cobro simultáneas planteadas por varios acreedores pueden quedar algunos en situación de desventaja. Esto se puede deber tanto a factores obvios como el tiempo en el que se presentó la demanda e incluso situaciones como el lugar donde se presenta la acción por falta de prolijidad o desconocimiento de este tipo de procedimientos, al menos en el caso ecuatoriano (Unir, 2021).

Derecho Concursal en Ecuador

Presupuesto subjetivo y objetivo en el Ecuador

Cuando hablamos de los presupuestos subjetivo y objetivo, nos referimos a quienes pueden iniciar y ser parte de un concurso de acreedores (subjetivo) y qué circunstancia económica, jurídica o requisito necesitan tener para ser parte de un proceso concursal (objetivo). El artículo 414 del Código Orgánico General de Procesos (2016) establece:

Art. 414.- Concurso de acreedores. *“Tiene lugar el concurso de acreedores, en los casos de cesión de bienes o de insolvencia.*

Si se trata de comerciantes matriculados, el proceso se denominará indistintamente concurso de acreedores o quiebra.”

En un análisis simple se puede entender que procede el concurso de acreedores con cualquier deudor y que el único requisito es el estado de insolvencia o cesión de bienes (presupuesto objetivo). Esto en el caso del procedimiento concursal contenido en el Código Orgánico General de Procesos, pero si ahora analizamos la Ley de Concurso Preventivo este panorama general con respecto al deudor cambia, en este cuerpo normativo tenemos un presupuesto subjetivo especial, este se encuentra contenido en el artículo 1, el cual establece:

Art. 1.- Sujetos.- *“Las compañías constituidas en el país, sujetas a vigilancia y control por la Superintendencia de Compañías, que tengan un activo superior a diez mil quinientos quince 60/100 (10.515,60) dólares de los Estados Unidos de América o más de cien trabajadores permanentes, con un pasivo superior a cinco mil doscientos cincuenta y siete 80/100 (5.257,80) dólares de los Estados Unidos de América, no podrán ser declaradas en quiebra sino cuando previamente hayan agotado los trámites del concurso preventivo.”*

Para efectos de esta Ley no se considerarán como pasivos las sumas adeudadas a los socios o accionistas por concepto de utilidades o dividendos no pagados, ni los créditos a favor de éstos, los administradores, comisarios, ni tampoco los rubros de capital y reservas.

En el artículo 1 de las Normas de Aplicación de la Ley de Concurso Preventivo también encontramos este presupuesto subjetivo especial, ya que este establece:

Art. 1.- Sujetos.- *“Son sujetos de concurso preventivo las sociedades sometidas al control de la Superintendencia de Compañías que se encuentren en los supuestos contemplados en el Art. 1 de la Ley de Concurso Preventivo.*

No se admitirá al trámite la solicitud de concurso preventivo, cuando la compañía haya sido declarada en quiebra.”

Los sujetos que pueden ampararse y aplicar lo establecido en la Ley de Concurso Preventivo son sociedades sometidas al control de la Superintendencia de Compañías y, tal como lo establece el artículo 3 de la Ley de Concurso Preventivo, son compañías que teman encontrarse o se encuentren en estado de cesación de pagos. Esto con el fin de llegar a un acuerdo o concordato con sus acreedores y lograr una reestructuración empresarial para seguir existiendo y así evitar una posible disolución.

En el 2020, surgió un nuevo presupuesto subjetivo para una protección concursal, esto lo podemos encontrar en la Ley Orgánica de Emprendimiento e Innovación. En el capítulo VIII denominado “Reestructuración de emprendimientos”, en el artículo 50 encontramos una denominada protección concursal para los emprendimientos que estén en un proceso de reestructuración conforme a esa ley y que estén sometidos bajo el control de una superintendencia.

Aquí encontramos otro presupuesto subjetivo, las disposiciones de este cuerpo normativo solo serán aplicables a emprendimientos. La editorial de Responsabilidad Social Empresarial y Sostenibilidad (2024) nos habla acerca de la definición de emprendimiento: “La definición de emprendimiento implica convertir una idea nueva en una innovación exitosa utilizando habilidades, visión, creatividad, persistencia y exposición al riesgo”. En el numeral 1 del artículo 3 de la Ley Orgánica de Emprendimiento e Innovación se define a emprendimiento como: “(...) un proyecto con antigüedad menor a cinco años que requiere recursos para cubrir una necesidad o aprovechar una oportunidad y que necesita ser organizado y desarrollado, tiene riesgos y su finalidad es generar utilidad, empleo y desarrollo”.

La misma Ley Orgánica de Emprendimiento e Innovación al reconocer que los emprendimientos tienen riesgos, le da sentido a esa protección concursal durante una reestructuración, la misma implica medidas como la suspensión de procesos judiciales, suspensión de pagos, prohibiciones de terminar unilateralmente un contrato, prohibición de la disolución, liquidación o cancelación del emprendimiento, entre otras que están contenidas en el artículo 50.

Reestructuración empresarial

Como ya se ha mencionado en líneas anteriores, la insolvencia es un grave problema para una empresa, frente al cual quedan reducidas opciones como lo son la reestructuración empresarial o la liquidación. Para Sergio Ruiz (2015) a las empresas les sucede algo similar a las enfermedades de los seres humanos, que empiezan con manifestaciones orgánicas, ya que exteriorizan síntomas indicativos de la situación patológica de insolvencia. Por lo que se tienen que atender lo antes posible o caso contrario se vuelven más notorios a medida que la situación de la empresa se agrava.

En esas situaciones en las que es previsible un estado de insolvencia o quiebra se puede actuar con respuestas oportunas como la reestructuración empresarial, pero esta opción se debería aplicar solo si la empresa es viable. Para Bonilla (2004) una empresa es viable **“Si tiene utilidades operacionales no negativas y el valor presente de éstas es no inferior al valor de liquidación de la empresa”** (p. 4).

En el Ecuador esta reestructuración se puede observar en los concordatos o acuerdos llegados en un proceso concursal entre el deudor y sus acreedores, esto hace que el deudor escape del proceso de ejecución y medidas cautelares agresivas (Santos, 2017). El problema ecuatoriano es que en la mayoría de situaciones se piensa que la reestructuración (procedimiento concursal) es la mejor opción en todos los casos, por eso es imperioso resaltar que la reestructuración no siempre es la mejor opción como se explicará con posterioridad con la explicación del error concursal.

Liquidación

Para Delgado (2022), la liquidación de una sociedad es la terminación de sus actividades mercantiles, la venta de sus activos para pagar la totalidad de sus pasivos y finalmente la distribución del remanente entre sus socios o accionistas. En Ecuador, la liquidación no es una opción recurrente en un proceso concursal, ya que el mismo tiene una finalidad de un convenio o concordato, pero en otras legislaciones, como es el caso de la legislación española, la liquidación es una de las posibles soluciones en un procedimiento concursal. En casos en los que la empresa se encuentre en estado de insolvencia y sea inviable, la única y mejor opción debería ser la liquidación, pero en su mayoría no pasa esto y es cuando ocurre el denominado error concursal.

Error concursal en Ecuador

Lo natural ante un estado de insolvencia sería enfrentarnos a la elección de cómo proceder, por un lado, la realización de una reestructuración de la empresa para poder continuar con el negocio o actividad económica o, por otro lado, la liquidación de la masa activa del patrimonio para cubrir todos los pasivos a través del valor obtenido. Este análisis es poco común en el Ecuador, en donde muy a menudo no se toma en cuenta la opción de la liquidación como parte de una solución que da el Derecho Concursal. Al intentar reestructurar empresas que no son viables, se causa el mismo daño jurídico que liquidando una empresa viable. Ese fallo en la decisión sobre qué proceso seguir se denomina error concursal. Generalmente resulta a partir de una falta de atención a las características financieras y económicas del deudor (Delgado, 2020).

La viabilidad de la empresa es la clave para saber qué decisión tomar, pero en el caso de la legislación ecuatoriana no se tiene en cuenta la liquidación como una solución al concurso de acreedores de una forma eficaz. Los acreedores siempre van a buscar la forma de lograr la satisfacción en sus créditos, ya sea por medio de un convenio con el deudor insolvente que si se pueda cumplir, o instando a la liquidación del activo del deudor para así satisfacer el pasivo (Delgado, 2020). No tendría valor alguno el llegar a un acuerdo como acreedor con una empresa inviable, sabiendo que en el futuro no se va a poder cumplir; en ciertos casos, no acudir directamente a la liquidación es desperdiciar recursos y tiempo.

En diferentes legislaciones, como es el caso de la legislación española, sí está contemplada la liquidación como una solución al concurso de acreedores, la misma se ordena por decisión judicial en el proceso concursal y puede ser a solicitud del deudor, del administrador concursal o dictarse de oficio por el juez concursal. Esto y muchas situaciones más como los órganos de Derecho Concursal, la clasificación de créditos, la competencia del juez concursal, efectos del inicio del proceso judicial, entre otras, están mejor reguladas en el Derecho Concursal español, por lo que se realizará un breve análisis del mismo.

Derecho Concursal en la legislación española

Nociones generales

Como punto de partida, la legislación española, en su regulación del Derecho Concursal funda sus bases en la necesidad intrínseca de instaurar un mecanismo que permita solucionar deficiencias que se producen en el incumplimiento continuo y generalizado de obligaciones por parte del deudor. De esta forma, se recalca la situación en la cual los bienes presentes de los deudores son insuficientes para cubrir sus obligaciones, lo que sitúa a los acreedores en una situación injusta, supeditada a circunstancias aleatorias e inciertas. Por todo esto, nace la necesidad de instaurar un sistema que permita a los acreedores tener mecanismos más ágiles y rápidos para el cobro de sus acreencias, dentro de los cuales se recalcan herramientas como el convenio, por medio del cual se permite generar acuerdos entre deudores y sus acreedores para establecer medios de pago a plazos determinados, con la finalidad de cumplir con las obligaciones o, por otro lado, herramientas como la liquidación del patrimonio, mediante la cual se cubren las obligaciones cumpliendo condiciones como la prelación de créditos entre acreedores siguiendo un orden preestablecido de pago de deudas (Martínez, 2018).

En vista de los antecedentes expuestos, dentro de la legislación concursal española, ocurrieron dos hitos en los últimos tiempos que marcaron esta rama del derecho; el primero tuvo lugar con la promulgación del Real Decreto Legislativo 1/2020, del 5 de mayo, mediante el cual se aprobó el Texto Refundido de la Ley Concursal (TRLR). Esta ley, dentro de otros objetivos, busca unificar e integrar la legislación concursal, evitando que exista una fragmentación y encaminado a aportar mayor seguridad jurídica. El segundo avance, el cual será materia del presente análisis, tiene lugar con la Ley 16/2022, del 5 de septiembre, de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal; mediante este cambio legislativo se busca mejorar el texto precedente y afianzar la regulación del procedimiento concursal español, mismo que se analizará a continuación.

Dentro del concurso de acreedores se pueden distinguir dos presupuestos, el subjetivo y objetivo. En el ámbito subjetivo cabe señalar que el concurso procede contra personas jurídicas y físicas (naturales), microempresas, realidades que carecen de personalidad jurídica (como la herencia), entre otros sujetos. Empero, cabe excluir del concurso a entidades especiales, como las del sector público y las de las comunidades autónomas. Por otro lado, dentro del ámbito objetivo se destaca la situación de insolvencia del deudor, entendiéndose esta como la *“imposibilidad del deudor de cumplir regularmente con sus obligaciones exigibles”* (Augoustatos Zarco, 2023, p. 34). Es decir, con prescindencia del motivo o causa de la imposibilidad de cumplimiento, el factor decisivo se centra en el incumplimiento de las obligaciones que sean exigibles y puedan ser reclamadas por los acreedores.

En este contexto, nacen dos tipos de insolvencias, la actual y la inminente; la primera, se refiere a cuando el deudor tiene la obligación de pedir su concurso, por encontrarse en una situación en la que es imposible que cumpla con sus obligaciones. El segundo caso tiene lugar cuando el deudor puede prever que, dentro de los tres siguientes meses, no podrá garantizar y cumplir con sus obligaciones de una forma regular y puntual; este tipo de insolvencia, nace de una previsión de la situación económica del deudor o de su capacidad futura de cumplir con sus obligaciones cuando estas se vuelvan exigibles (Campuzano, 2024). Finalmente, es peculiar que en la legislación española, también se reconoce la probabilidad de insolvencia, la cual se materializa en la opción que tiene el deudor, que reconoce su defectuosa situación económica, de solicitar a sus acreedores un plan de reestructuración, mediante este se pretende generar mecanismos para planificar el cumplimiento de las obligaciones.

Ámbito orgánico y sus efectos

El concurso de acreedores español reconoce cuatro órganos principales, los cuales determinan un gran rol a lo largo de la liquidación y cobro final de las obligaciones. En primer lugar, el Juez de Concurso, el cual, siendo un órgano necesario dentro del procedimiento, es considerado como el rector y principal; en la legislación española, se encargan del procedimiento concursal los juzgados de lo mercantil, mismos que pertenecen al ámbito jurisdiccional civil (Dorado, 2023). La competencia de estos juzgados se determina con base en el lugar en donde el concursado mantiene el centro de sus intereses principales, entendido esto como el lugar en donde desenvuelve su actividad comercial o ejerce de manera habitual y reconocible la administración de sus bienes y obligaciones. Por otro lado, es interesante que a través de esta figura se conoce todo lo relativo al patrimonio del concursado, como por ejemplo los incidentes civiles, medidas cautelares, ejecución, todo lo relativo a créditos concursales, entre otros; esto lo convierte en el órgano que dirige y resuelve en última instancia el concurso de acreedores.

Como segundo órgano, podemos encontrar a la Administración Concursal, la cual se considera como necesaria dentro del concurso y es la encargada de controlar, promover, impulsar y fiscalizar el procedimiento concursal. Este órgano, que por lo general es unipersonal, salvo ciertas excepciones y dependiendo del tipo de concurso, se encarga de intervenir o sustituir al deudor concursado sobre sus facultades de disponer y administrar su patrimonio. Antes de analizarlo a detalle, cabe recalcar que el concurso puede ser voluntario o necesario; el primero, referido a cuando el deudor voluntariamente solicita la declaración del concurso y, por otro lado, el segundo, en razón de la solicitud de los acreedores del deudor cuya insolvencia presume un incumplimiento generalizado de las obligaciones. Bajo este contexto, frente a un concurso voluntario, a la Administración Concursal

solo le corresponde la intervención de administración y disposición del patrimonio del concursado; mientras que, frente a un concurso necesario, le corresponde la sustitución (Pérez-Cruz, 2023).

Por otro lado, este órgano se encarga también de ejercer acciones de reintegración al patrimonio del concursado, impugnar actos que haya realizado el deudor previo a la declaración del concurso, elaboración de informes sobre el patrimonio y propuestas de convenio, ejecutar la liquidación concursal, entre otras. Es importante recalcar que, dentro de la legislación ecuatoriana, no existe como tal esta figura de administración y ejecución, lo que dificulta en la práctica la materialización de los efectos y objetivos del concurso. Adicionalmente, se puede evidenciar que a través de esta figura se le da un carácter de independiente al patrimonio del concursado, separándolo del mismo deudor, lo que permite que la Administración Concursal controle el mismo y precautele el interés de los acreedores. Cabe destacar que para ser administrador concursal existen ciertos requisitos, como ser abogado o economista, tener experiencia profesional de cinco años en materia concursal, no encontrarse en prohibiciones legales, entre otros (Dorado, 2023).

El tercer órgano, mismo que se encuentra suprimido a través del TRLC por la Ley 16/2022, es la Junta de Acreedores. Finalmente, se encuentra el Ministerio Fiscal, que al no ser necesario dentro del concurso, solo tendrá un rol importante al momento de su calificación; esto debido a que de establecerse en los informes de calificación la posible existencia de un delito, el Juez del Concurso tendrá que remitir al Ministerio Fiscal para que investigue los hechos respectivos. En este punto es menester afirmar que, si bien en Ecuador existe el órgano de la Junta de Acreedores y el Juez del Concurso, hay una gran diferencia con la regulación española, la cual se evidencia en los vacíos legales, en la práctica estos dificultan el desenvolvimiento del proceso concursal.

En cuanto a los efectos, es importante señalar que para el deudor la declaración de concurso no le impide ejercer su actividad profesional; por el contrario, uno de los principios del concurso es que el deudor pueda mantener sus actividades para seguir generando ingresos que puedan ayudar a solventar sus obligaciones. Empero, como se señaló anteriormente, en caso de que se trate de un concurso necesario, se sustituirá la administración del patrimonio, la cual pasará a la Administración Concursal; en el caso de que sea voluntario, el concursado mantendrá el control sobre su patrimonio, siempre con la obligación de responder a la Administración Concursal, lo que permite precautelar los intereses del concurso mismo.

Un efecto característico relacionado al ámbito procesal judicial es que una vez iniciado el concurso, no se podrán iniciar ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales; quedando en suspenso todas estas actuaciones, incluso las que se encuentren en tramitación (Luceño Oliva, 2023). Esto tiene la finalidad de que primero se cumpla con las obligaciones del concurso y no se afecte a los acreedores participantes. Finalmente, en cuanto al deudor, a este le corresponden también ciertos deberes dentro del concurso, como el de colaborar, entregar la contabilidad, formular cuentas anuales, entre otros.

En el caso de los acreedores, un efecto importante es que, una vez declarado el concurso, todos pasan a formar parte de la masa pasiva; dentro del proceso concursal, al ser un procedimiento de ejecución, se observará el principio *par conditio creditorum* con la finalidad de establecer el orden de pago y cumplimiento dentro de los procesos de resolución del concurso (Luceño Oliva, 2023). Finalmente, es importante referirse brevemente a la masa activa y pasiva del patrimonio del concursado; siendo este último, el conjunto de todos los bienes, derechos y obligaciones del deudor. Por un lado, la masa activa refleja todos los bienes presentes y futuros del concursado, los cuales, en un determinado momento, servirán para cumplir con las obligaciones que se encuentren en la masa activa. Es importante recalcar que en Ecuador no existe mayor clasificación y diferenciación con respecto al patrimonio del concursado.

Por otro lado, la masa pasiva está compuesta por todos los créditos del concurso, mismos que serán clasificados por el Administrador Concursal de acuerdo a lo establecido por la ley; es menester afirmar que en España, a diferencia de Ecuador, se clasifican detalladamente los créditos que conforman la masa pasiva, lo que permite una mayor efectividad al momento de la liquidación del

patrimonio. Existen dos grandes clasificaciones de créditos; primero, créditos contra la masa, los cuales tienen una mayor relevancia y tratamiento legal y son los que primero se cumplen dentro del concurso. Es decir, este tipo de créditos son los primeros que se pagan y no se someten a crédito concursal ni integran la masa pasiva del concurso, por lo que no están sujetos al devenir del concurso.

El segundo tipo, son los créditos concursales, que sí conforman la masa pasiva; este tipo de crédito responde al principio *par conditio creditorum* y, según el tipo de obligación, establece una jerarquización de la importancia del crédito dentro de la masa pasiva (concurso) y de su orden de satisfacción. Se distinguen tres tipos de créditos concursales, los privilegiados (especiales y generales), los ordinarios y, finalmente, los subordinados (Dorado, 2023). Dentro de los primeros, se encuentran, por ejemplo, los créditos garantizados por garantías reales como hipotecas o las indemnizaciones derivadas de la extinción de contratos; en el caso de los segundos, se trata de los que no son ni privilegiados ni subordinados; y, finalmente, dentro de los subordinados encontramos créditos como los comunicados extemporáneamente o los recargos, intereses, multas, entre otros.

Formas de terminar el concurso

El concurso de acreedores puede terminar de dos formas, por medio de un convenio de acreedores o por la liquidación de la masa activa. En el primer caso, el convenio de acreedores tiene lugar cuando existe un acuerdo de voluntades entre el deudor que se encuentra concursando y sus acreedores. Dicho convenio tiene que ser aprobado por el Juez del Concurso y solicitado por los acreedores de créditos privilegiados especiales y generales, así como de créditos ordinarios; los acreedores de créditos subordinados se ven supeditados a lo establecido por el convenio. La finalidad del convenio es satisfacer a los acreedores a través de dos mecanismos, la quita y la espera (Sentíes de Beraza, 2024).

Por un lado, la quita supone la reducción o condonación de una parte del crédito, al contrario, la espera se relaciona con el tiempo de pago del crédito. De esta forma, lo que busca el convenio es reducir los montos de los créditos para poder garantizar el pago de las obligaciones y, adicionalmente, facilitar la capacidad de pago del concursado a través del aplazamiento. En la legislación española, esta forma de terminar el concurso es considerada como la excepcional, ya que, en la práctica, la mayoría de concursos terminan por la liquidación de la masa activa.

La segunda forma de terminar el concurso es a través de la liquidación de la masa activa, la cual se concreta en la "(...) realización del patrimonio del deudor para destinar el importe obtenido a la satisfacción ordenada de los créditos de los acreedores" (Dorado, 2023, p. 165). Es decir, se trata de la liquidación de todos los bienes que conforman la masa activa del patrimonio del concursado para poder pagar a los acreedores con el resultado económico obtenido, según el orden legalmente establecido. La liquidación, por su naturaleza, puede darse en cualquier momento cuando así lo solicite el deudor concursado, ya sea voluntariamente o de manera obligatoria, cuando este prevea que pueda darse un posible incumplimiento de un convenio de acreedores previamente establecido. Adicionalmente, de darse un incumplimiento del convenio, puede ser solicitada por los acreedores o en otros supuestos de oficio por el Juez del Concurso.

Esta forma de terminar el concurso, a diferencia de la anterior, es la menos deseada legalmente, pero la que más se evidencia en la práctica. Claramente, lo que se busca a través de esta solución es la conversión de todos los bienes en dinero, para así conseguir la liquidez necesaria para el cumplimiento de las obligaciones que conforman la masa pasiva; este mecanismo se realiza a través de figuras como el liquidador, que se encarga de administrar el proceso de realización del patrimonio del concursado. Cabe señalar que la legislación ecuatoriana, dentro de sus vacíos legales con relación al procedimiento concursal, no regula esta forma de terminar el concurso, lo que perjudica y dificulta muchas veces el pago de créditos concursales. En España, a pesar de no ser la solución más deseada, es la que habitualmente tiene mayor incidencia, ya que acelera el cumplimiento de las obligaciones.

Conclusion

Una vez que se ha analizado a breves rasgos cómo es regulado el Derecho Concursal en Ecuador, podemos encontrar muchos vacíos, como por ejemplo la falta de regulación de la liquidación en un proceso concursal y el orden que se debería pagar los créditos. Esto puede generar el ya mencionado error concursal, el cual es gravoso para el tráfico mercantil ya que se puede reestructurar y salvar de la liquidación a una empresa que es inviable para el mercado.

Los legisladores ecuatorianos deberían preocuparse por actualizar la legislación concursal. Tal como se ha evidenciado en este artículo, es evidente que Ecuador está notablemente retrasado en comparación a otros países como España. Es fundamental que tanto la academia como los abogados ecuatorianos muestren más interés en esta rama, que en otros países ha sido de gran ayuda para enfrentar problemas de gran escala como la pandemia ocasionada por el COVID-19, así se despertará un interés porque se realicen reformas significativas para modernizar y fortalecer esta rama, con el fin de promover un manejo eficiente de la insolvencia.

Después de analizar la regulación normativa del sistema concursal español, se puede afirmar que este cuenta con una amplia regulación normativa a comparación de Ecuador. Claramente, existen definiciones claras de los términos inmersos en el procedimiento, lo que permite un mejor desenvolvimiento del concurso en la práctica. De igual forma, órganos como la Administración Concursal y un Juez del Concurso especializado, garantizan que exista mayor control y un desarrollo más efectivo del procedimiento concursal; al mismo tiempo, existe una gran participación de los acreedores permitiendo, en ciertos casos, mantener la administración y control de su patrimonio.

Por otro lado, la clasificación de créditos prevista en la ley permite que exista más organización al momento de realizar la liquidación y determinar el orden de pagos. Esta clasificación, que principalmente se divide en créditos contra la masa y créditos concursales, facilita la labor del Juez del Concurso, debido a que establece el orden en el que se tienen que liquidar o cumplir obligaciones. De igual forma, con base en las distintas clasificaciones de créditos concursales, es decir, privilegiados, ordinarios y subordinados; se determina la participación en la elaboración de la propuesta del convenio.

Finalmente, es menester resaltar las formas de terminación del concurso que reconoce la legislación española, las cuales se concretan en la liquidación de la masa activa del patrimonio del concursado y la elaboración de un convenio de acreedores. La primera se materializa en la realización de la masa activa perteneciente al patrimonio del concursado, es decir, la conversión de los bienes del concursado en dinero líquido, para con esto cumplir las obligaciones conforme al principio *par conditio creditorum* y a los órdenes de pago establecidos legalmente según el tipo de crédito. La segunda forma es la elaboración del convenio de acreedores, que refleja el acuerdo de voluntades formado entre los acreedores y el deudor concursado, estableciendo mecanismos como la quita y las esperas, los cuales facilitan el cumplimiento de las obligaciones. Estas formas de terminación deberían ser tomadas en cuenta por el legislador ecuatoriano, en especial para que se regule de una mejor forma la liquidación de la masa activa del patrimonio del concursado.

Referencias

Alvargonzález, A. (2020). *¿Para qué sirve el Derecho concursal?* Legal Today. <https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-mercantil/concursal/para-que-sirve-el-derecho-concursal-2018-02-19/>

Augoustatos Zarco, N., Dorado Muñoz, M. & Luceño Oliva, J. (2023). *Compendio de Derecho Concursal (2a ed.)*. Tecnos.

Bonilla, C. (2004). *Análisis y Recomendaciones para una reforma de la ley de quiebras. Documentos de Trabajo del Centro de Economía Aplicada del Departamento de Ingeniería Industrial de la Universidad de Chile, (191), 1-96*. Chile: Universidad de Chile.

Campuzano, A. B. (2024). La insolvencia inminente en la legislación concursal española. *Revista E-Mercatoria*, 23(1), 161–186. <https://doi.org/10.18601/16923960.v23n1.06>

Delgado, M. F. (2022). *Aspectos básicos sobre la liquidación de Compañías en el Ecuador - SMS Auditores y Consultores con Tecnología en Ecuador (DETELTECH AUDIT)*. SMS Auditores y Consultores Con Tecnología En Ecuador (DETELTECH AUDIT) . <https://smsecuador.ec/liquidacion-de-companias/#:~:text=La%20liquidaci%C3%B3n%20de%20compa%C3%B1%C3%ADas%20en%20Ecuador%20es%20un%20tr%C3%A1mite%20que,en%20concordancia%20con%20el%20art.>

Delgado, N. F. (2020). *Los costos del error concursal: una visión dogmática. Revista de la Facultad de Derecho (Montevideo), 48*, 1-42. <https://doi.org/10.22187/rfd2020n48a4>

Editorial de Responsabilidad Social Empresarial y Sustentabilidad. (2024). *Emprendimiento: qué es, definición, tipos, características y ejemplos*. Responsabilidad Social Empresarial y Sustentabilidad. <https://responsabilidadsocial.net/emprendimiento-que-es-definicion-tipos-caracteristicas-y-ejemplos/>

Martínez, A. G. (2018). *El derecho concursal en España: problemas estructurales y propuesta de reforma*. Editorial Reus. Pérez-Cruz Martín, A. (2023). *Novedades en la regulación de la administración concursal tras las modificaciones introducidas en el TRLC por la L. 16/2022, de 5 de setiembre*. Revista General de Derecho Procesal, (59), 1.

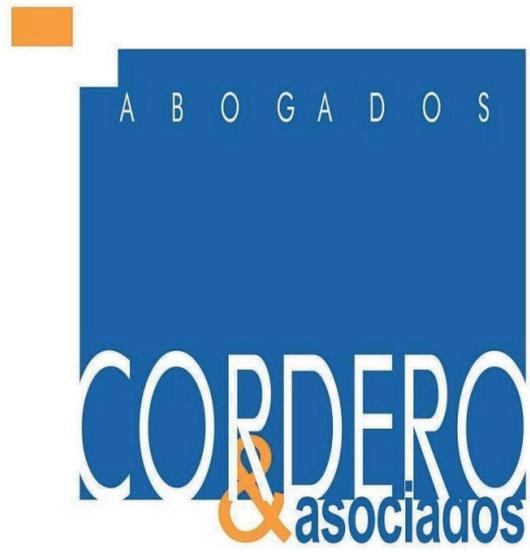
Ruiz, S. (2015). *¿Cómo se identifican las crisis empresariales? ¿Existen mecanismos que permitan realizar una alerta temporánea de las situaciones de crisis?* Estudios de Derecho Empresario, <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/esdeem/article/view/12985/13203>

Santos, A. (2017). *El concurso de acreedores : aspectos generales y su tratamiento en el Código Orgánico General de Procesos*. <http://repositorio.ucsg.edu.ec/bitstream/3317/8165/1/T-UCSG-PRE-JUR-DER-132.pdf>

Sentíes de Beraza, Á. (2024). *El Concurso de Acreedores: Una visión general del procedimiento concursal*. [Tesis de Grado]. Universidad de Cantabria.

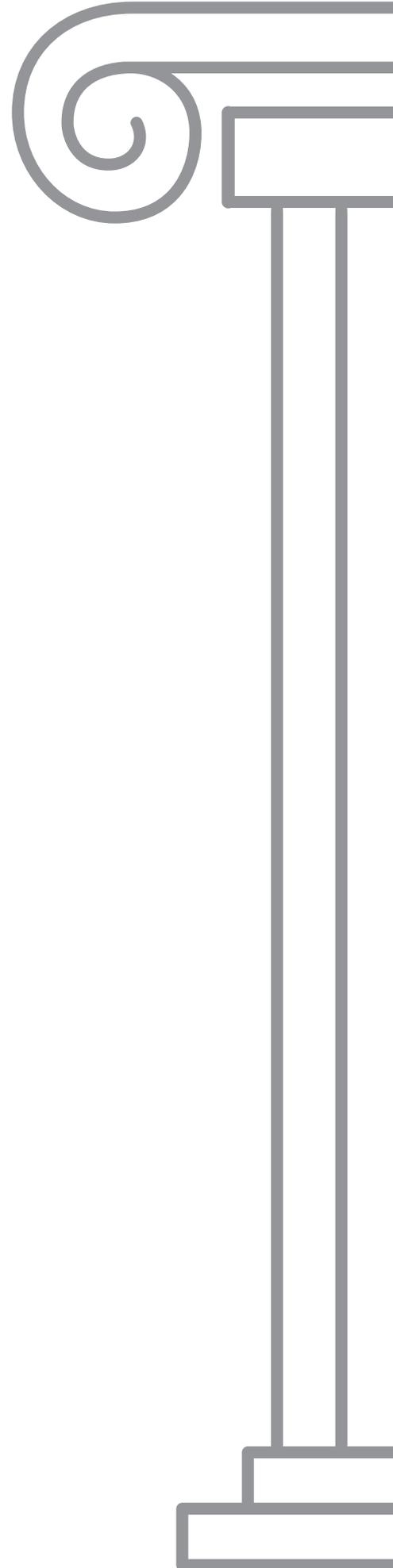
Unir, V. (2021). *Derecho concursal: ¿en qué consiste y cuál es su ámbito de aplicación?* UNIR. <https://www.unir.net/derecho/revista/derecho-concursal/>

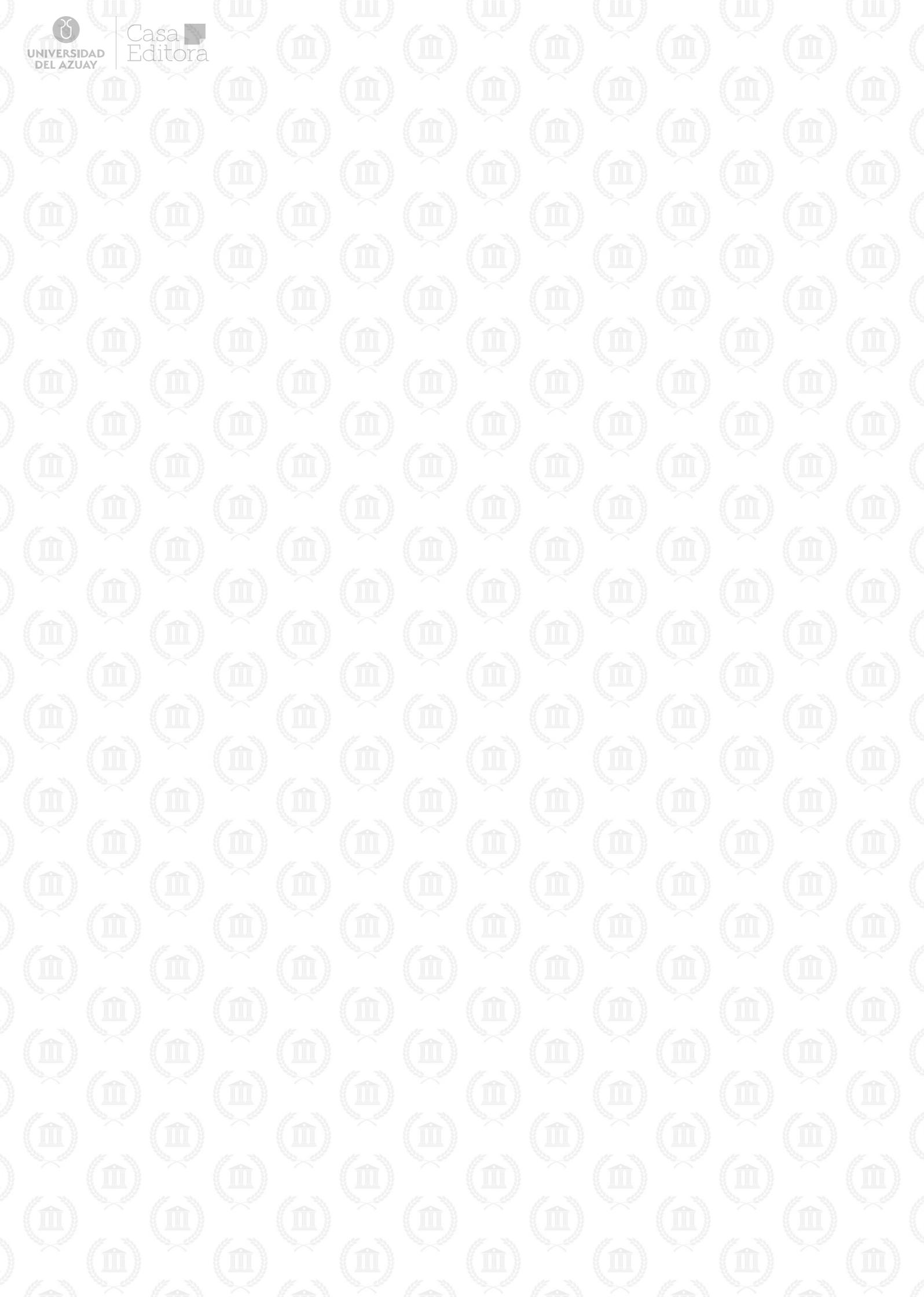
GOTTIFREDI | GP
POZO



ECIJA GPA









UNIVERSIDAD
DEL AZUAY

Casa 
Editora



www.udalawreview.uazuay.edu.ec
udalawreview@uazuay.com.ec

 UDA Law Review

 UDA Law Review