

DIRECTUM

REVISTA DE DERECHO

Volumen 3 - Número Especial - Octubre 2026

ISSN IMPRESO: 3028-8754
ISSN ELECTRÓNICO: 3028-8762

Administración de justicia

En homenaje a la trayectoria
editorial de Presencia Judicial



Universidad
Católica
de Cuenca

**Facultad de
Ciencias Sociales**

Administración de justicia

En homenaje a la trayectoria
editorial de Presencia Judicial

Volumen 3, Número Especial
ISSN impreso: 3028-8754
ISSN electrónico: 3028-8762

Octubre 2026



Revista de Derecho Directum de la Facultad de Ciencias Sociales
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA
Administración de justicia

ISSN IMPRESO: 3028-8754

ISSN ELECTRÓNICO: 3028-8762

Octubre 2026

Volumen 3, Número Especial

Doi Revista Completa: <https://doi.org/10.26871/directum.v3.nSI>

✉ revistadirectum@ucacue.edu.ec

🌐 <http://www.ucacue.edu.ec>

🌐 <https://directum.ucacue.edu.ec/index.php/directum>

EDITOR: PhD. José Luis Vázquez Calle

EDITOR EJECUTIVO: Ab. Daniel Bravo Vintimilla

EDITORA ACADÉMICA: Ab. Mayra Vélez Torres

Corrección y estilo: Msc. Pablo Salazar Luna

Diagramación: Dis. Vicente Condo Zhimnay

Impresión: Editorial Universitaria Católica (EDUNICA)

COMITÉ EDITORIAL EXTERNO:

Ph.D Francisco Javier Gorjón Gómez (Universidad Autónoma de Nuevo León, México).

Ph.D Santiago Gustavo Basabe Serrano (Universidad San Francisco de Quito, Ecuador).

Dr. Marlon Tiberio Torres Rodas (Universidad de Cuenca, Ecuador).

Dr. David Fernando Torres Rodas (Universidad de Cuenca, Ecuador).

COMITÉ EDITORIAL INTERNO:

PhD. Cornelio Agustín Borja Pozo (Universidad Católica de Cuenca, Ecuador).

Dra. María Augusta Torres Rodas (Universidad Católica de Cuenca, Ecuador).

Ph.D Carmen Elizabeth Arévalo Vásquez (Universidad Católica de Cuenca, Ecuador).

PhD. Ana Fabiola Zamora Vázquez (Universidad Católica de Cuenca, Ecuador).

PhD. Fabián Alejandro Romero Jarrín (Universidad Católica de Cuenca, Ecuador).

PhD. Camilo Emmanuel Pinos Jaén (Universidad Católica de Cuenca, Ecuador).

Dra. Paola Vallejo Cárdenas (Universidad Católica de Cuenca, Ecuador).

CONTENIDO

- | | |
|----|--|
| 1 | <p>La prisión preventiva en el proceso penal ecuatoriano: excepcionalidad, supuesto material y necesidad de cautela</p> <p>Pretrial Detention in Ecuadorian Criminal Proceedings: Exceptionality, Material Grounds and Precautionary Necessity</p> |
| 12 | <p>La relación del derecho penal con la ciberviolencia y la ciberpaz</p> <p>The Relationship of Criminal Law with Cyberviolence and Cyberpeace</p> |
| 26 | <p>¿La tecnología garantiza la integridad de la información y fortalece los derechos laborales en Ecuador? Un análisis a priori</p> <p>Does Blockchain Ensure Information Integrity and Strengthen Labor Rights in Ecuador? An A Priori Analysis</p> |
| 44 | <p>Flexibilidad y estabilidad laboral en el contrato especial emergente para mujeres embarazadas en Ecuador</p> <p>Labor Flexibility and Job Stability in the Special Emergency Contract for Pregnant Women in Ecuador</p> |
| 61 | <p>Las lesiones terapéuticas en el COIP: un análisis desde la dogmática penal y la jurisprudencia del tribunal alemán</p> <p>Therapeutic Injuries in the Comprehensive Organic Criminal Code (COIP): An Analysis from Criminal Law Doctrine and the Jurisprudence of the German Federal Court</p> |
| 76 | <p>Legitimación del derecho penal: desafíos actuales en el Estado ecuatoriano</p> <p>The Legitimacy of Criminal Law: Current Challenges in Ecuador</p> |
| 93 | <p>Breve estudio de la libertad de expresión y crítica a MacKinnon respecto a la restricción de los discursos de odio</p> <p>A Brief Study of Freedom of Expression and a Critique of MacKinnon Regarding the Restriction of Hate Speech</p> |

Presentación

Dr. Fernando Ordóñez Carpio
Decano de la Facultad de Ciencias Sociales
de la Universidad Católica de Cuenca
fordonezc@ucacue.edu.ec

La Revista de Derecho Directum se honra en presentar su edición especial octubre 2026, dedicada a la administración de justicia. Esta entrega, a través del trabajo articulado entre la Universidad Católica de Cuenca, el Consejo de la Judicatura y la Corte Provincial de Justicia del Azuay, rinde un merecido homenaje a los servidores judiciales, cuya labor diaria sostiene la vigencia del Estado constitucional de derechos, y la posibilidad real de la coexistencia armónica de los miembros de la sociedad.

Administrar justicia en el siglo XXI exige equilibrar la efectividad del poder punitivo y la tutela procesal con el respeto a los derechos de las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades, colectivos y naturaleza. Los artículos de esta edición especial, ofrecen un panorama analítico de estas tensiones desde el derecho penal, la criminología, el derecho laboral, el derecho digital, entre otros, desde la particular óptica de la magistratura.

El estudio titulado *“La prisión preventiva en el proceso penal ecuatoriano: excepcionalidad, supuesto material y necesidad de cautela”*, examina los presupuestos del artículo 534 del Código Orgánico Integral Penal. El autor denuncia los riesgos de una posible automatización de la prisión preventiva promovida por diversos factores, concluyendo en la labor decisiva del juzgador como garante de la libertad individual frente al uso desnaturalizado de la privación de libertad.

En segundo lugar, el artículo denominado *“La relación del derecho penal con la ciberviolencia y la ciberpaz”*, desde una perspectiva criminológica, analiza las respuestas punitivas frente al ciberacoso y las agresiones en entornos virtuales, contrastando visiones de autores como Jakobs, Ferrajoli y Zaffaroni. Frente al fenómeno de la

cibercriminalidad, los autores proponen un mecanismo articulado que combina varias cuestiones importantes.

En tercer lugar, el trabajo que lleva por título “*¿La tecnología blockchain garantiza la integridad de la información y fortalece los derechos laborales en Ecuador? Un análisis a priori*”, evalúa el alcance de esta tecnología en el ámbito del derecho laboral digital. La autora demuestra que la inmutabilidad de los registros digitales no reemplaza el principio de primacía de la realidad, ni exime a la administración de justicia del debido control al que tienen derecho los trabajadores al momento de evaluar el cumplimiento de las prestaciones.

En cuarto lugar, en el artículo denominado “*Flexibilidad y estabilidad laboral en el contrato especial emergente para mujeres embarazadas en Ecuador*”, el autor plantea la idea de que, la flexibilidad contractual contenida en disposiciones legales que se van insertando en el ordenamiento jurídico nacional, no puede desarticular la estabilidad laboral reforzada y sus regulaciones consagradas a nivel constitucional y jurisprudencial.

En quinto lugar, en el trabajo “*Las lesiones terapéuticas en el COIP: un análisis desde la dogmática penal y la jurisprudencia del tribunal alemán*”, se plantea la siguiente pregunta: ¿Cómo debe resolverse en el COIP la atipicidad o justificación de las lesiones provocadas en actos médicos legítimos?. El autor refutando una postura, llega a conclusiones interesantes sobre el estado de necesidad para cirugías programadas.

El sexto artículo denominado “*Legitimación del derecho penal: desafíos actuales en el Estado ecuatoriano*”, desarrolla un diagnóstico crítico de los problemas del sistema de justicia penal actual. Sostiene que la punibilidad estatal pierde legitimidad si se convierte en un derecho penal simbólico. La respuesta garantista exige restaurar un derecho penal mínimo, la racionalidad normativa y el respeto irrestricto de la independencia judicial, como salvaguardas materiales del Estado constitucional de derechos.

Por último, en el artículo “*Breve estudio de la libertad de expresión y crítica a MacKinnon respecto a la restricción de los discursos de odio*”, analiza los fundamentos y límites de la libertad de expresión a partir de la jurisprudencia de los Estados Unidos y de Ecuador, con especial atención a los discursos peligrosos y ofensivos. Los autores examinan críticamente la propuesta de Catharine MacKinnon sobre la restricción de determinados discursos discriminatorios y plantean, a partir de la posición original de John Rawls, un criterio orientado a proteger las condiciones de igualdad e imparcialidad necesarias para la deliberación democrática.

Como se observa, los artículos reunidos en esta edición coinciden en un punto: la norma es insuficiente sin la participación de administradores de justicia independientes, capacitados y comprometidos. Sirva esta publicación como un tributo a su labor diaria y como un insumo para orientar el debate jurídico contemporáneo hacia un horizonte de paz social en Ecuador.



Revista de Derecho Directum. Vol. 3, No. Especial, pp. 1-11. Octubre 2026
ISSN: 3028-8754. ISSN Elect. 3028-8762. Universidad Católica de Cuenca

La prisión preventiva en el proceso penal ecuatoriano: excepcionalidad, supuesto material y necesidad de cautela

Pretrial Detention in Ecuadorian Criminal Proceedings: Exceptionality, Material Grounds and Precautionary Necessity

Recepción: 7 de julio de 2026

Revisión: 20 de julio de 2026

Aceptación: 28 de agosto de 2026

Publicación: 2 de octubre de 2026

Luis Adrián Rojas Calle  

Corte Nacional de Justicia

luis.rojasc@cortenacional.gob.ec

<https://orcid.org/0009-0003-9564-1424>



<https://doi.org/10.26871/directum.v3.nSI.57>

Cita sugerida:

Rojas Calle, L. A. (2026). La prisión preventiva en el proceso penal ecuatoriano: excepcionalidad, supuesto material y necesidad de cautela. *Revista de Derecho Directum*, 3(esp.), 1-11. DOI: <https://doi.org/10.26871/directum.v3.nSI.57>

Resumen

La prisión preventiva es la medida cautelar de carácter personal más gravosa del ordenamiento procesal ecuatoriano, pues supone la privación de la libertad de una persona amparada por la presunción de inocencia. El presente trabajo analiza, desde una perspectiva garantista, los presupuestos que legitiman su imposición conforme al artículo 534 del Código Orgánico Integral Penal, deliberadamente reordenados para privilegiar el examen jurídico por sobre la secuencia normativa. El objetivo del estudio es determinar cuáles son los requisitos que legitiman la medida y de qué modo la práctica judicial ecuatoriana los desnaturaliza. La metodología aplicada es el análisis crítico dogmático, de carácter documental y descriptivo, con base en la normativa constitucional, convencional y legal, así como en la doctrina procesal comparada. Se sostiene que la decisión judicial se ubica en una encrucijada entre dos intereses de alto valor social —la libertad individual y la potestad estatal de administrar justicia—, cuya resolución exige un juicio de proporcionalidad en sentido estricto. Entre los principales resultados se advierte que el supuesto material carece de un estándar probatorio definido por la jurisprudencia nacional y que la necesidad de cautela, restringida en el Ecuador al peligro de fuga, se invoca de manera mecánica por efecto de presiones institucionales. Se concluye que el carácter de *ultima ratio* de la medida exige del juzgador un análisis riguroso y motivado en cada caso concreto.

Palabras clave: prisión preventiva, presunción de inocencia, medidas cautelares, proporcionalidad, peligro de fuga, supuesto material, necesidad de cautela, *ultima ratio*.

Abstract

Pretrial detention is the most burdensome personal precautionary measure in the Ecuadorian procedural system, since it entails depriving of liberty a person protected by the presumption of innocence. This paper analyses, from a rights-based perspective, the requirements that legitimise its imposition under Article 534 of the Comprehensive Organic Criminal Code, deliberately reordered so as to privilege legal analysis over the statutory sequence. The aim of the study is to determine which requirements legitimise the measure and how Ecuadorian judicial practice distorts them. The methodology applied is critical dogmatic analysis, documentary and descriptive in nature, based on constitutional, treaty-based and statutory rules, as well as on comparative procedural doctrine. It is argued that the judicial decision stands at a crossroads between two socially



valuable interests—individual liberty and the State’s authority to administer justice—whose resolution demands a strict proportionality test. Among the main findings, it is noted that the material grounds lack an evidentiary standard defined by national case law, and that precautionary necessity, restricted in Ecuador to the risk of flight, is invoked mechanically as a result of institutional pressure. It is concluded that the measure’s character as a last resort requires the judge to conduct a rigorous and reasoned analysis in each specific case.

Keywords: Pretrial Detention, Presumption of Innocence, Precautionary Measures, Proportionality, Risk of Flight, Material Grounds, Precautionary Necessity, Last Resort.

Introducción

La prisión preventiva es, entre las medidas cautelares de orden personal previstas en el ordenamiento jurídico ecuatoriano para asegurar la comparecencia de la persona procesada durante el proceso, la medida de coerción más grave de la legislación procesal, pues implica la privación de la libertad de una persona antes de que exista una sentencia condenatoria en su contra. Se encuentra regulada en el numeral 6 del artículo 522 del Código Orgánico Integral Penal (COIP, 2014).

Su aplicación supone, necesariamente, una limitación directa al principio constitucional de presunción de inocencia, justificada únicamente sobre la base de la existencia de peligro de fuga o de riesgo de entorpecimiento probatorio. Al interpretar la ley procesal, de conformidad con el artículo 29 del Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ, 2009), la jueza o el juez deberá considerar que el objetivo primordial de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y la ley sustantiva.

El problema que motiva esta investigación se ubica en la distancia que separa el diseño normativo de la práctica judicial. En el papel, la privación de la libertad es excepcional; en el foro, sigue siendo el desenlace previsible de buena parte de las audiencias de formulación de cargos. De allí que el objetivo del estudio sea identificar los requisitos que legitiman la medida y examinar de qué modo son desnaturalizados por prácticas institucionales que sustituyen el análisis del caso concreto por la solicitud automática.

La exposición sigue un hilo conductor que va de lo general a lo particular. En un primer momento se plantea la encrucijada en la que se sitúa el juzgador y se reconstruye el marco normativo constitucional y convencional que rige la medida, con especial atención a las Reglas de Tokio y al principio de excepcionalidad. En un segundo momento se aborda el juicio de proporcionalidad en sentido estricto y se denuncian las distorsiones que la práctica judicial ha introducido. Finalmente, se examinan los dos requisitos de legitimidad reconocidos por el derecho comparado —el supuesto material y la necesidad de cautela—, para cerrar con las conclusiones del trabajo.

Conviene advertir que, para dictar esta medida, deben cumplirse estrictamente las reglas detalladas en el artículo 534 del COIP (2014). No obstante, para efectos de este estudio se abandona la estructura lógica de dicho orden en favor de un análisis que privilegie la perspectiva jurídica y garantista que debe guiar el examen de las medidas cautelares.

Desarrollo

La encrucijada jurídica y el marco normativo de la prisión preventiva

Lo peculiar de la resolución sobre la prisión preventiva es que su naturaleza sitúa al juzgador en una encrucijada: se hallan de por medio dos intereses sociales de alto significado para la administración de justicia y su decisión provoca, necesariamente, la afectación de uno de ellos. Por un lado, el otorgamiento de la medida genera una pugna abierta con la presunción de inocencia y con su consecuencia lógica, la libertad. Por el otro, si no se da paso a la privación de la libertad, existe la posibilidad de perjudicar el legítimo derecho del Estado a ejercer la facultad de administrar justicia y juzgar a los presuntos infractores.

Esto último guarda consonancia con el principio básico de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de la Libertad, conocidas como Reglas de Tokio. La regla 14.5 prevé que, en caso de que el delincuente no cumpla las obligaciones impuestas, la ley determinará a quién corresponde dictar la orden de detenerlo o de mantenerlo bajo supervisión (Organización de las Naciones Unidas [ONU], 1990).¹ Respecto del alcance de la terminología empleada, la regla 2.1 establece:

Las disposiciones pertinentes de las presentes reglas se aplicarán a todas las personas sometidas a acusación, juicio o cumplimiento de una sentencia, en todas las fases de la administración de la justicia penal. A los efectos de las reglas, estas personas se designarán “delincuentes”, independientemente de que sean sospechosos o de que hayan sido acusados o condenados. (ONU, 1990, regla 2.1)

En esa misma línea garantista, el artículo 7, numerales 2 y 3, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos consagra el principio de reserva legal al establecer que nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las constituciones de los Estados parte o por las leyes dictadas conforme a ellas, con prohibición expresa de la detención o el encarcelamiento arbitrarios (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969). Un contenido análogo se encuentra en el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), que también protege el derecho a la libertad y a la seguridad personales frente a detenciones arbitrarias.

Asimismo, la regla 6.1 de las Reglas de Tokio dispone que, en el procedimiento penal, solo se recurrirá a la prisión preventiva como último recurso, teniendo debidamente en cuenta la investigación del supuesto delito y la protección de la sociedad y de la víctima (ONU, 1990). Este principio de excepcionalidad es concordante con el artículo 77,

¹ El término se emplea en el sentido convencional de las Reglas de Tokio, que designan así a toda persona sometida a acusación, juicio o cumplimiento de sentencia, con independencia de su condición de sospechosa, acusada o condenada (ONU, 1990, regla 2.1).

numeral 1, de la Constitución de la República del Ecuador (2008), que garantiza que la privación de la libertad se aplicará de manera excepcional, únicamente cuando sea necesaria para asegurar la comparecencia de la persona al proceso o garantizar el cumplimiento de la pena.

Es evidente que la medida privativa de la libertad incide negativamente en diversos bienes jurídicos de la persona procesada: la libertad, la dignidad, el derecho al trabajo y la presunción de inocencia. Esta seria afectación a los derechos fundamentales reafirma su carácter grave y excepcional. Sin embargo, el conflicto puramente objetivo generado por la confluencia de intereses opuestos pone de relieve la necesidad de encontrar un equilibrio en el sistema de enjuiciamiento penal: si el delito vulnera bienes fundamentales de la sociedad, la prisión preventiva del acusado surge como un sacrificio impuesto en aras de dicha protección colectiva.

Proporcionalidad procesal y distorsiones en la práctica judicial

La inasistencia o el abandono del proceso por parte de la persona procesada evidencia su falta de voluntad para someterse a él. En procura de evitar la impunidad, se vuelve indispensable la imposición de una medida cautelar que, si bien es extrema y excepcional, resulta necesaria para evitar la frustración del proceso penal. Como señala Maier (2003), “la meta específica a la cual se dirige el procedimiento penal, además de cualquier otra que pueda adjudicársele como judicial o como procedimiento de garantía para los justiciables, está constituida por la sentencia de condena” (p. 149).

A este estado procesal —y según la naturaleza del delito investigado— no puede arribarse sino con la presencia de la persona acusada, al no ser posible su juzgamiento en ausencia. Eludir la acción de la justicia no constituye un arbitrio del procesado, sino un franco abuso del derecho. La ausencia física del acusado, como renuencia a comparecer a las etapas del proceso, transmite la intención de burlar la acción de la justicia, conducta procesal que debe ser corregida recurriendo a una medida extrema y excepcional.

Para establecer el juicio de proporcionalidad en sentido estricto es preciso considerar que la privación del derecho a la libertad no resulta desmedida frente a la utilidad procesal de traer al acusado al proceso, pues es necesario que se ponga en

evidencia la verdad que confirme el estado de inocencia o la culpabilidad.² Los intereses en juego, por su categoría, no pueden ser considerados como uno subordinado al otro. A pesar de que hoy existe un acuerdo —reflejado tanto en la norma constitucional como en los instrumentos internacionales de derechos humanos— sobre la excepcionalidad de la medida cautelar, con cierta frecuencia resulta necesario afectar el derecho a la libertad con el fin de precautelar los intereses de la justicia, en la medida en que se cumplan los presupuestos de carácter objetivo y subjetivo.

No es posible, sin embargo, dejar de referir que los abusos en el uso de la prisión preventiva han contribuido al colapso del sistema carcelario, razón por la cual la Corte Nacional de Justicia ha emitido pronunciamientos jurisprudenciales y resoluciones con el fin de delimitar estrictamente sus presupuestos y evitar el uso arbitrario de la medida. Pese a estos esfuerzos normativos y jurisprudenciales, en la práctica persisten presiones por parte de ciertos funcionarios que exigen a los fiscales —incluso mediante memorandos, bajo amenaza de reportes a control disciplinario— que soliciten sistemáticamente la prisión preventiva. Aquellos funcionarios, que viven bajo la sombra y el temor de que sus encargos les sean retirados, se han convertido en dóciles firmantes de lo preconcebido.

Esa mirada miope desconoce que el estado normal para que una persona enfrente un proceso —como consecuencia del principio de presunción de inocencia— es el goce de su derecho a la libertad, y que solo cuando exista una necesidad real de precautelar la efectiva administración de justicia cabe privar de libertad a la persona acusada.

Los requisitos de legitimidad de la prisión preventiva

Dentro de la técnica jurídica que lleva a aceptar la aplicabilidad de la prisión preventiva es indispensable el cumplimiento previo de los requisitos que garantizan la legitimidad de su empleo. En el derecho comparado existe un acuerdo doctrinario y jurisprudencial sobre la necesidad de establecer, al menos, dos requisitos que precautelan la aplicación legítima de la prisión preventiva: el supuesto material y la necesidad de cautela.

La legislación ecuatoriana exige requisitos de carácter objetivo, contenidos en los numerales 1 y 2 del artículo 534 del COIP (2014), más uno adicional relativo a que se trate de un delito cuya pena máxima supere el año; y uno de carácter subjetivo —que sufrió modificaciones sustanciales con la reforma al COIP— relativo al llamado arraigo social, familiar y laboral, cuya demostración corresponde ahora a la Fiscalía.

² La proporcionalidad en sentido estricto constituye el tercer subprincipio del test de proporcionalidad, junto con la idoneidad y la necesidad, y exige ponderar el sacrificio del derecho restringido frente al beneficio obtenido para el fin perseguido.

El supuesto material

Este primer requisito consiste en la obligación de constatar que el caso cuenta con evidencia suficiente como para que sea razonable considerar que puede llegar a la etapa de juicio. La razón de ser de este primer filtro radica en que no resultaría lógico ni acorde con los principios de un Estado constitucional de derechos y justicia privar de libertad a alguien para precautelar su presencia en la audiencia si no se constata que el caso, hasta el momento de la solicitud y adopción de la medida cautelar, cuenta con potencial para llegar a esa instancia procesal. Debe quedar claro que, en este tema, la evidencia se entiende de manera diversa a como se entenderá la prueba en el juicio. En efecto, el objetivo procesal es otro: su utilidad se limita a ser el referente para valorar la seriedad del caso que posee la Fiscalía y de ninguna manera se vincula con la resolución sobre si la persona procesada es culpable o no del delito.

La norma ecuatoriana ha plasmado este requisito en un par de exigencias contenidas en los numerales 1 y 2 del artículo 534 del COIP (2014), que mandan a justificar que se cuenta con elementos de convicción claros y precisos que permitan concluir, de manera razonable, que ha existido un delito de acción penal pública y que la persona procesada es autora o cómplice. El texto normativo señala:

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. (COIP, 2014, art. 534, numerales 1 y 2)

En todo caso, la sola existencia de indicios de responsabilidad no constituye razón suficiente para ordenar la prisión preventiva. Hay que advertir, además, que esta redacción puede llevar a interpretaciones equívocas, pues, aplicada en un modelo de libre valoración de la prueba, puede permitir que el estándar probatorio se confunda con el exigido para dictar sentencia condenatoria. Un problema serio para los efectos del litigio surge, asimismo, debido a que la escasa producción jurisprudencial y doctrinaria ha generado una ausencia de análisis sobre cuál debe ser el estándar probatorio requerido para esta resolución.

Para los efectos de este estudio bastará con anotar que lo lógico es interpretar la norma acorde a su naturaleza, esto es, atendiendo a que su función es garantizar que, en el caso concreto, la persona procesada llegue a juicio. El estándar probatorio que se ajusta a esa necesidad es que la Fiscalía demuestre que cuenta con un caso de suficiente solidez como para que sea previsible que el proceso llegará a la instancia central del procedimiento.

La necesidad de cautela

Aquí radica la mutación operada en el numeral 3 del artículo 534 del COIP (2014), que dispone que deben existir “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”.

Para este efecto, corresponde a la o el fiscal demostrar que las medidas cautelares personales distintas a la prisión preventiva no son suficientes. La razón de ser de este requerimiento es constatar que la aplicación de la medida responde a su naturaleza propia, esto es, que la privación de libertad es necesaria para salvaguardar la administración de justicia.

Dentro de la doctrina y la legislación comparada se tiende a admitir que la necesidad de cautela puede fundarse, a su vez, en dos motivaciones. La primera es el peligro de fuga, es decir, los motivos por los cuales se sostiene que, de no privarse de la libertad a la persona procesada, es previsible que esta no se presentará a juicio. La segunda es la protección del proceso, esto es, la existencia de razones concretas para creer que el sujeto realizará actos que obstaculicen el trámite, como destruir evidencia o amenazar a víctimas o testigos.

Es necesario anotar que la postura de restringir la necesidad de cautela únicamente al peligro de fuga, adoptada por la legislación ecuatoriana, resulta poco sostenible desde su legitimidad, ya que deja sentada la incapacidad estatal para salvaguardar el expediente o su evidencia. Más problemáticos resultan los supuestos de atemorizar o agredir a víctimas y testigos, en los que —sin que se ponga en duda la posición de garante del Estado en la protección de estos sujetos y sin negar que efectivamente el procesado puede poner en riesgo su integridad o amedrentarlos— resulta dudoso que la incapacidad estatal para brindar dicha protección sea argumento suficiente para ampliar la esfera de privación de la libertad.

¿Qué ocurre en la praxis? Desde la tradición jurídica ecuatoriana, los sujetos procesales han generalizado, con actitud ligera, la práctica de solicitar esta medida extrema de manera mecánica, por temor al memorando del superior, quien —en franca intromisión— exige, sin análisis alguno del caso concreto, que sea solicitada la medida, sin que se justifiquen mediante antecedentes concretos las razones por las cuales se sostiene que, de no privarse de libertad a la persona procesada, es lógico creer que no se presentará a juicio. Frente a ello, la facultad discrecional concedida al juzgador conlleva la obligación de evaluar si, en realidad, el peligro de fuga alcanza un nivel capaz de legitimar la privación de libertad.

Conclusiones

Cumplido el recorrido propuesto, es posible sostener que el objetivo planteado al inicio se ha alcanzado: se han identificado los requisitos que legitiman la prisión preventiva y se ha evidenciado la distancia que separa su diseño normativo de su aplicación cotidiana. A continuación, se esbozan algunas conclusiones específicas, tanto en el plano teórico como en el práctico.

En primer lugar, la prisión preventiva no es una anticipación de la pena ni un instrumento de política criminal, sino una medida cautelar de naturaleza estrictamente procesal, cuya única finalidad legítima es asegurar la comparecencia de la persona procesada. Toda justificación que se aparte de ese fin —la alarma social, la gravedad abstracta del delito o la presión mediática— desnaturaliza la institución y la convierte en pena anticipada.

En segundo lugar, el marco convencional y constitucional es coincidente en el carácter excepcional de la medida. Las Reglas de Tokio la conciben como último recurso, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos la someten a reserva legal y proscriben la arbitrariedad, y el artículo 77, numeral 1, de la Constitución de la República del Ecuador la reserva para los casos de estricta necesidad. La regla es la libertad; la excepción, su privación.

En tercer lugar, respecto del supuesto material, se concluye que la ausencia de un estándar probatorio definido por la doctrina y la jurisprudencia nacionales constituye un problema serio para el litigio, pues abre la puerta a que se exija a la Fiscalía un nivel de convicción propio de la sentencia condenatoria o, en el extremo opuesto, a que baste la sola invocación de indicios. La interpretación que se propone es intermedia y funcional: demostrar que el caso posee solidez suficiente para que sea previsible su llegada a la etapa de juicio.

En cuarto lugar, sobre la necesidad de cautela, la restricción legislativa al solo peligro de fuga resulta cuestionable en su legitimidad, ya que traslada al procesado el costo de la incapacidad estatal para custodiar la evidencia y proteger a víctimas y testigos. Corresponde a la Fiscalía acreditar, con antecedentes concretos y no con fórmulas rituales, por qué las medidas alternativas resultan insuficientes en el caso examinado.

En quinto lugar, en el plano práctico se constata que las presiones institucionales —memorandos y amenazas de control disciplinario dirigidos a los fiscales— han generalizado la solicitud mecánica de la medida, con el consiguiente aporte al colapso del sistema carcelario. Frente a ello, se recomienda fortalecer la motivación judicial como control efectivo de dichas solicitudes, prohibir expresamente las directrices generales que ordenen pedir prisión preventiva sin análisis del caso concreto y desarrollar, por vía jurisprudencial, el estándar probatorio del supuesto material.

Como colofón, cabe citar a Carrara (1956), quien enseña que la custodia preventiva responde a tres necesidades: una de justicia, en cuanto impide la fuga del culpable y, de ese modo, hace posible la actuación de la ley penal; una de verdad, que evita que el procesado enturbie las investigaciones de la autoridad, destruya los vestigios del delito o intimide a los testigos; y una de defensa pública, que impide que ciertas personas continúen, mientras dura el proceso, con sus ataques al derecho ajeno. En definitiva, la prisión preventiva —por su naturaleza excepcional y por la gravedad de su afectación a derechos fundamentales— exige del juzgador un análisis riguroso y motivado del supuesto material y de la necesidad de cautela en cada caso concreto, sin ceder ante presiones institucionales que desnaturalicen su carácter de *ultima ratio* dentro del sistema procesal penal. Sostener lo contrario supondría invertir la regla constitucional: convertir en ordinario aquello que el constituyente y los instrumentos internacionales de derechos humanos concibieron como último recurso.

Referencias bibliográficas

- Carrara, F. (1956). *Programa de derecho criminal: Parte general* (Vol. 2). Temis.
- Código Orgánico de la Función Judicial. (2009, 9 de marzo). Registro Oficial N.º 544, suplemento (Ecuador).
- Código Orgánico Integral Penal. (2014, 10 de febrero). Registro Oficial N.º 180, suplemento (Ecuador).
- Constitución de la República del Ecuador. (2008, 20 de octubre). Registro Oficial N.º 449 (Ecuador).
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). (1969, 22 de noviembre).
- Maier, J. B. J. (2003). *Derecho procesal penal: Parte general. Sujetos procesales* (Tomo II). Editores del Puerto.
- Organización de las Naciones Unidas. (1990). *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio)*. Resolución 45/110 de la Asamblea General.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. (1966, 16 de diciembre). Resolución 2200 A (XXI) de la Asamblea General.



Revista de Derecho Directum. Vol. 3, No. Especial, pp. 12-25. Octubre 2026
ISSN: 3028-8754. ISSN Elect. 3028-8762. Universidad Católica de Cuenca

La relación del derecho penal con la ciberviolencia y la ciberpaz

The Relationship of Criminal Law with Cyberviolence and Cyberpeace

Recepción: 10 de junio de 2026

Revisión: 20 de julio de 2026

Aceptación: 28 de agosto de 2026

Publicación: 2 de octubre de 2026

Diana Cecilia González Maldonado

Universidad Católica de Cuenca

dcgonzalezm@ucacue.edu.ec

<https://orcid.org/0000-0003-2973-4967>



Francisco Javier Gorjón Gómez

Universidad Autónoma de Nuevo León

francisco.gorjon@uanl.mx

<https://orcid.org/0000-0001-5296-6454>



<https://doi.org/10.26871/directum.v3.nSI.59>

Cita sugerida:

González Maldonado, D. C., y Gorjón Gómez, F. J. (2026). La relación del derecho penal con la ciberviolencia y la ciberpaz. *Revista de Derecho Directum*, 3(esp.), 12-25. DOI: <https://doi.org/10.26871/directum.v3.nSI.59>

Resumen

En el trabajo se analiza la relación entre el derecho penal, la ciberviolencia y la promoción de la ciberpaz dentro del entorno digital. Se destaca que las innovaciones tecnológicas han facilitado la comunicación y la accesibilidad a la información en el entorno digital y la generación de nuevas formas de violencia en línea que se han convertido en una amenaza a los derechos fundamentales como la dignidad, la intimidad y la seguridad. Para abordar estos desafíos, el derecho penal debe evolucionar por medio de la revisión y actualización constante de la normativa, garantizando sanciones proporcionales y efectivas, pero también promoviendo acciones preventivas, educativas y de protección a las víctimas. La importancia de la promoción de una cultura de paz digital apoyada en el respeto y la responsabilidad es un elemento clave para la reducción de conductas delictivas, por lo que la intervención estatal debe estar encaminada a la búsqueda de un equilibrio entre sancionar y prevenir, evitando el uso excesivo del sistema penal y fomentando entornos digitales seguros que fortalezcan la convivencia pacífica y la protección de los derechos humanos en la era digital.

Palabras clave: derecho penal, ciberviolencia, ciberpaz, criminalización, entorno digital.

Abstract

This article analyzes the relationship between criminal law, cyberviolence, and the promotion of cyberpeace within the digital environment. It highlights how technological innovations have facilitated communication and access to information while also giving rise to new forms of online violence that threaten fundamental rights such as dignity, privacy, and security. To address these challenges, law must evolve through the constant review and updating of regulations, ensuring sanctions are both proportionate and effective while also promoting preventive, educational, and victim-protection measures. Fostering a culture of digital peace grounded in respect and responsibility is key to reducing criminal behavior; therefore, state intervention should aim to strike a balance between punishment and prevention, avoiding over-reliance on the penal system and instead fostering safe digital environments that strengthen peaceful coexistence and the protection of human rights in the digital age.

Keywords: Criminal Law, Cyberviolence, Cyberpeace, Criminalization, Digital Environment.

Introducción

La tecnología ha modificado la manera en la que nos comunicamos, interactuamos y vivimos; su expansión ha generado cambios en la sociedad en su dinámica económica, social y cultural. Este cambio tecnológico ha beneficiado a la sociedad por el fácil acceso a la información, por permitir una conectividad a nivel global y por la liberalización de diversas expresiones sociales y culturales. A pesar de ello, de forma simultánea a estos avances se han desarrollado nuevas formas de violencia y delincuencia que en el ámbito digital se conocen como ciberviolencia, las mismas que se han convertido en una amenaza para la paz y la seguridad en el ámbito digital y que afectan de forma directa a la ciberpaz.

En este contexto, surgen fenómenos como el ciberacoso, la difusión no consentida de contenidos íntimos, el *grooming*, el *ciberbullying*, entre otras formas de ciberviolencia que tienen un efecto negativo en los derechos fundamentales como la dignidad, la intimidad, la libertad y la seguridad de los individuos, lo que evidencia que este tipo de conductas ocasiona daños psicológicos y sociales con consecuencias éticas y legales para los usuarios del entorno digital.

En Ecuador, la respuesta jurídica frente a la ciberviolencia aún presenta limitaciones. Aunque el Código Orgánico Integral Penal sanciona conductas como el acoso, la violación a la intimidad y diversos delitos informáticos, manifestaciones específicas como el ciberacoso no cuentan con una tipificación penal autónoma, lo que dificulta su investigación y sanción (Teijón Alcalá, 2023). A ello se suma una regulación dispersa entre distintas normas, sin un mecanismo interinstitucional que articule de manera integral la respuesta frente a estas conductas.

Ante esta realidad, el estudio analiza la relación entre el derecho penal, la ciberviolencia y la ciberpaz, con el propósito de identificar los principales vacíos normativos y proponer un mecanismo articulado de tipificación, sanción y prevención, reconociendo que el derecho penal constituye una parte de la respuesta y debe complementarse con políticas públicas y estrategias preventivas.

Desarrollo

Relación del derecho penal con la ciberviolencia y la ciberpaz

El entorno digital se ha convertido en un sitio en el que interactúan los individuos de forma individual o multitudinaria donde las personas se conectan, comparten y crean contenido. En ese mismo entorno también en muchas ocasiones las personas han tenido experiencias agresivas y violentas que impactan en su vida personal y social, lo que se conoce como ciberviolencia. Frente a esta situación, la ciberpaz propone un entorno digital basado en el respeto y la prevención. En este escenario, el derecho penal cumple su función de sancionar conductas delictivas, pero también de proteger los derechos fundamentales y contribuir a una convivencia digital pacífica, actuando como una herramienta coercitiva que es utilizada para imponer orden y controlar el comportamiento de los individuos (López Gorostidi, 2022).

Es importante indicar que el aporte del derecho penal a una convivencia más pacífica no significa que su función principal sea prevenir los conflictos. Su finalidad es, ante todo, sancionar aquellas conductas que previamente han sido reconocidas por la ley como delitos, respetando el principio de legalidad establecido en el artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador de 2008. En este contexto, el derecho penal debe enfrentarse a retos que provienen de las características propias del entorno digital, donde se necesitan normas claras para responder de forma adecuada y proporcional a las conductas delictivas que se presentan; en este sentido, las políticas públicas y las estrategias de prevención deben orientarse a la reducción de la violencia en línea y a la mejora de la convivencia pacífica en el ámbito digital. Estas medidas deben trabajar de manera coordinada con la respuesta penal, pero sin confundir sus funciones, manteniendo a la sanción como una medida de última instancia (Ferrajoli, 2018).

Según Camere Figueroa (2022), el derecho penal es considerado como un conjunto de normas que el Estado establece para sancionar las conductas que perjudican la convivencia de la sociedad, mediante el establecimiento de penas a quienes incumplen la normativa. En este sentido, el derecho penal está encaminado a la protección de los derechos fundamentales de la sociedad al actuar como un instrumento que contribuye al desarrollo de la paz social y a conservar el orden de la comunidad.

Así también, el derecho penal sanciona los comportamientos que afectan a la coexistencia de las personas considerando el principio de legalidad que establece que la ley es la que define qué actos son considerados como delitos y qué penas deben imponerse, lo que garantiza que los individuos sean sancionados conforme al principio

de proporcionalidad. En este mismo sentido, es importante indicar que la intervención penal debe ser de *ultima ratio*, es decir, que solo debe aplicarse cuando otros mecanismos jurídicos y sociales no sean suficientes, respetando los principios de legalidad, proporcionalidad y culpabilidad (Ferrajoli, 2018).

Para comprender la relación, la tabla 1 presenta una comparación entre las perspectivas de diferentes autores considerando la relación de la ciberviolencia, el rol que cumple el Estado, el enfoque criminológico y los riesgos de esta relación, con el siguiente detalle:

Tabla 1

Tabla comparativa de las perspectivas sobre el derecho penal y la ciberviolencia: Jakobs, Ferrajoli y Zaffaroni

Autor	Modelo y enfoque del derecho penal	Relación con la ciberviolencia	Rol del Estado	Enfoque criminológico	Riesgos
Jakobs	Funcionalismo sistémico. Distingue entre <i>derecho penal del ciudadano</i> y <i>derecho penal del enemigo</i> .	Riesgo sistémico que requiere respuestas punitivas reforzadas. La ciberviolencia grave (como el ciberterrorismo o el abuso sexual sistemático en línea) puede considerarse una amenaza estructural al orden social. Justifica medidas excepcionales frente a los “enemigos” del sistema jurídico.	El Estado debe neutralizar peligros futuros, incluso con medidas anticipadas o limitación de garantías, cuando el sujeto desconoce el orden normativo.	Funcionalismo sistémico: la norma se reafirma con la pena	Pérdida de garantías, criminalización anticipada. Se cuestiona la compatibilidad con el Estado de derecho.

Autor	Modelo y enfoque del derecho penal	Relación con la ciberviolencia	Rol del Estado	Enfoque criminológico	Riesgos
Ferrajoli	Garantismo penal (<i>ultima ratio</i>) y debe estar sometido estrictamente a los principios constitucionales.	Lesión de bienes jurídicos que debe ser penalizada legal y proporcionalmente. La ciberviolencia debe enfrentarse con leyes claras, precisas y estrictamente necesarias. Rechaza el uso del derecho penal como herramienta simbólica o anticipatoria.	El Estado debe actuar dentro de los límites constitucionales, protegiendo derechos fundamentales y evitando la criminalización excesiva.	Criminología de los derechos humanos	Populismo punitivo, ampliación del sistema penal. Crítica la tendencia punitivista y la ampliación de figuras penales ambiguas que afectan garantías individuales.
Zaffaroni	Crítica al sistema penal moderno. Ve al derecho penal como parte de un sistema selectivo que reproduce desigualdad.	Expresión de conflicto estructural y desigualdad social. Advierte que la penalización de la ciberviolencia puede derivar en una nueva forma de control punitivo, especialmente sobre sectores vulnerables. Aboga por respuestas integrales (educación, prevención).	El Estado debe evitar el abuso del sistema penal como única respuesta al conflicto. Propone una reforma estructural del sistema.	Criminología crítica/abolicionista	Uso simbólico del castigo, criminalización de lo vulnerable. Señala el riesgo de criminalización simbólica, populismo penal y pérdida del sentido humanista del derecho penal.

La tabla resume tres modelos de respuesta penal frente a la ciberviolencia: el funcionalismo sistémico de Jakobs, que acepta respuestas punitivas reforzadas frente a riesgos sistémicos graves; el garantismo penal de Ferrajoli, que exige que la respuesta penal sea legal, proporcional y estrictamente necesaria; y la criminología crítica de Zaffaroni, que advierte sobre el riesgo de un uso simbólico y desigual del castigo.

El incremento de la ciberviolencia requiere que el derecho penal en la actualidad actúe de forma efectiva al brindar respuestas adecuadas para que no se vulneren los principios del Estado de derecho; en este sentido, Jakobs defiende al derecho penal del enemigo para contrarrestar a quienes amenazan al orden jurídico; Ferrajoli, por su parte, plantea un modelo garantista que se centra en la legalidad, la proporcionalidad y el respeto de los derechos fundamentales; mientras que Zaffaroni advierte sobre el uso excesivo del castigo como una forma de control social y defiende soluciones estructurales más allá de lo punitivo. Si se comparan estos criterios, se pueden comprender las tensiones entre seguridad y libertad en el ámbito digital, a pesar de que el derecho penal pueda responder a los delitos tecnológicos sin caer en la impunidad ni en el autoritarismo y que su aplicación sea justa y respetuosa con la dignidad humana.

En la era digital, el derecho penal ha tenido que adaptarse a la realidad actual, como la ciberviolencia, entendida como toda forma de agresión desarrollada en el ámbito digital; este tipo de comportamiento se hace evidente por medio del acoso, amenazas y agresiones que se presentan en las plataformas digitales, lo cual se convierte en un reto para el sistema de justicia penal (Agustina, 2021). Por lo tanto, hay que considerar que la ciberviolencia hace evidente la necesidad de incorporar un marco legal robusto que contribuya a la prevención y a la sanción de las conductas criminales que se desarrollan en el entorno digital y que afectan de forma psicológica y física a los individuos que interactúan en el entorno.

La relación del derecho penal con la ciberviolencia y la ciberpaz es un tema relevante en la actualidad, por el desarrollo de las tecnologías digitales que han transformado las formas de comunicarse de los individuos, lo que ha originado la manifestación de nuevas formas de violencia digital conocidas como ciberviolencia, que perjudican la convivencia social y los derechos fundamentales como la dignidad, la seguridad y la privacidad. Ante esta realidad, el derecho penal ofrece respuestas que no solo estén enfocadas a la sanción, sino que también contribuyan a la prevención de conductas violentas en línea. Para ello, es indispensable que las leyes se adapten a las nuevas realidades tecnológicas, promoviendo la creación de normativas específicas que permitan identificar estas conductas, investigar los casos y establecer las sanciones correspondientes (Cámara Arroyo, 2020). El derecho penal debe actuar de forma responsable, evitando el uso excesivo de la pena mientras promueve la cultura de paz en los entornos digitales, fomentando el respeto, la responsabilidad y la ética en el uso de las tecnologías.

Caso ecuatoriano: marco normativo fragmentado

El derecho penal y la ciberviolencia pueden ser analizados de diferentes maneras, en función de cómo el derecho penal aplica la normativa a las conductas delictivas en el entorno digital y cómo puede convertirse en una herramienta para erradicar este problema (Teijón Alcalá, 2023). En Ecuador la respuesta jurídica frente a la ciberviolencia no se encuentra concentrada en una sola norma, sino que se aborda desde diferentes disposiciones legales que permiten actuar frente a determinadas conductas que ocurren en los entornos digitales.

En este contexto, el Código Orgánico Integral Penal (COIP, 2014) contempla la sanción de conductas como el acoso, que puede presentarse también a través de medios digitales, así como aquellas que vulneran la intimidad de las personas y otros delitos relacionados con el uso de las tecnologías. A estas conductas se suman acciones que pueden afectar la honra y la reputación de una persona y que, debido al uso cotidiano de redes sociales y otros espacios digitales, también pueden producirse y difundirse a través de estos medios (Teijón Alcalá, 2023). De esta manera, aunque la legislación ecuatoriana ofrece mecanismos para responder ante diferentes manifestaciones de violencia en línea, su tratamiento jurídico se encuentra distribuido entre distintas figuras y disposiciones normativas.

Así también, la Ley Orgánica de Comunicación regula la comunicación digital y establece principios para la protección de la honra y la imagen de los individuos (Ley Orgánica de Comunicación, 2019). Esta normativa considera medidas que prohíben la difusión de la información falsa que atente a la dignidad de las personas. Por su parte, la Ley Orgánica Integral para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres reconoce a la ciberviolencia como una forma de violencia que afecta a las mujeres y establece medidas específicas para su prevención y sanción (Ley Orgánica Integral para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, 2018).

Por su parte, la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales (LOPDP) establece un marco legal para la protección de datos personales donde se regula la recopilación, uso, divulgación y transferencia de datos personales del sector público y privado; esta normativa considera principios como la licitud, la finalidad, la minimización de datos y la transparencia para asegurar la privacidad y el buen uso de la información personal (LOPDP, 2021). De esta manera, el derecho penal no solo debe considerarse como un pilar fundamental en la conservación del orden social y la defensa de los derechos fundamentales, sino que se enfrenta al desafío que representa la ciberviolencia en la sociedad digital actual.

Esta situación permite observar una de las principales limitaciones del marco jurídico ecuatoriano frente a la ciberviolencia. Al no existir una tipificación específica del cibercoso, su tratamiento penal debe apoyarse en otras figuras jurídicas que no fueron creadas originalmente para responder a las particularidades de las conductas desarrolladas en los

entornos digitales. Esto puede generar dificultades al momento de determinar la figura penal aplicable, reunir las pruebas necesarias y llevar adelante el proceso penal, lo que también puede afectar la respuesta que reciben las víctimas (Álvarez Rodríguez, 2020).

Con el objetivo de promover el concepto de ciberpaz y de crear un entorno digital que sea seguro y respetuoso, las normas penales deben evolucionar de forma simultánea para contribuir al establecimiento de mecanismos de prevención y sanción que fomenten la convivencia armónica en el entorno para la protección de los derechos fundamentales y la promoción de la justicia social.

De esta manera, la relación entre el derecho penal y la ciberpaz es importante para la promoción de un ambiente pacífico y sin violencia, donde los individuos puedan interactuar sin sufrir ningún tipo de agresión (Gómez Pilco, 2020); la protección de las víctimas de delitos cibernéticos requiere identificar factores de riesgo, proporcionar apoyo y favorecer su recuperación por medio de un enfoque proactivo que permita investigar los crímenes. El derecho penal, al tipificar y sancionar conductas en el ámbito digital, juega un rol importante en la prevención de este tipo de comportamientos inclusive desde un enfoque criminológico para lograr la concienciación sobre el uso responsable de la tecnología.

Teorías criminológicas para la comprensión de la ciberviolencia

Las teorías criminológicas ofrecen marcos conceptuales importantes para la comprensión de la dinámica de la ciberviolencia y el diseño de estrategias efectivas tanto punitivas como preventivas. Entre ellas se destacan la teoría de las actividades cotidianas y la teoría del aprendizaje social, que permiten analizar las causas y la configuración de los delitos en el ámbito digital, así como la manera de orientar las acciones del derecho penal y las políticas públicas hacia la promoción de la ciberpaz y la defensa de los derechos humanos.

Teoría de las actividades cotidianas en el ámbito digital

La teoría de las actividades cotidianas, que fue originalmente propuesta para explicar la ocurrencia de los delitos en contextos tradicionales, ha sido aplicada para demostrar cómo ciertas prácticas facilitan el cometimiento de delitos informáticos. Según Cohen y Felson (1979), esta teoría aplicada al ámbito digital muestra que los delitos se presentan cuando se agrupan tres factores: alguien con la intención de hacer daño, un individuo vulnerable y los escasos mecanismos de protección.

Esto, en el entorno digital, demuestra que se desarrollan prácticas donde no se aplican medidas de seguridad, se comparte información sin filtros y se interactúa en espacios sin vigilancia adecuada, situaciones que facilitan el desarrollo de conductas delictivas como el

ciberacoso o la publicación de información no consentida; estas circunstancias favorecen el desarrollo de delitos como el ciberacoso, la difusión no consentida de contenidos, el *grooming* y otros comportamientos delictivos que ponen en riesgo la integridad y la dignidad de los individuos.

En este contexto, se evidencia que la mayoría de las conductas delictivas que se desarrollan en el ámbito digital surgen no solo por la malicia de los actores, sino también por la presencia de contextos vulnerables y la falta de mecanismos efectivos de protección y vigilancia. En este contexto, la respuesta frente a estas conductas no debe limitarse al ámbito penal. La teoría de las actividades cotidianas permite reconocer la importancia de complementar la sanción con medidas preventivas orientadas a reducir las oportunidades y los factores de riesgo presentes en el entorno digital. Para ello, pueden desarrollarse campañas de sensibilización sobre el uso responsable de la tecnología, medidas de seguridad digital y procesos educativos que fortalezcan las capacidades de los usuarios para desenvolverse de manera segura en estos espacios.

Teoría del aprendizaje social y la construcción de conductas violentas en el entorno digital

La teoría del aprendizaje social, formulada por Bandura (1971), indica que gran parte de los comportamientos violentos desarrollados en el entorno digital se adquieren y fortalecen en varios grupos o comunidades digitales y no nacen de manera innata. Los individuos, especialmente los jóvenes, observan, reproducen y adquieren conductas agresivas o discriminatorias en redes sociales, foros, chats o plataformas *online*, donde estas prácticas pueden ser normalizadas o incluso reforzadas por medio de la aprobación social, la imitación de modelos que influyen o la exposición a contenidos violentos.

Esta teoría aplicada al contexto del derecho penal en el ámbito digital evidencia cómo la mayoría de las conductas violentas o delictivas en línea no son innatas, sino que se adquieren y fortalecen por medio de las interacciones en diferentes grupos y comunidades digitales. Considerando este punto de vista, el cometimiento de delitos como el ciberacoso, la distribución de contenido no autorizado o el *ciberbullying* puede ser el resultado de la interiorización de conductas que se refuerzan dentro de estos entornos, donde la aprobación social, la influencia de ciertos modelos y la exposición a contenidos violentos son estímulos que fomentan la repetición de este tipo de conductas (Gorjón Gómez, 2024).

Desde este enfoque, la respuesta penal hacia las conductas violentas o delictivas que se desarrollan en los entornos digitales requiere de estrategias preventivas que intervengan en la comunidad donde estos comportamientos pueden desarrollarse y normalizarse. Al respecto, la teoría del aprendizaje social contribuye a resaltar la importancia de la implementación de programas de educación y sensibilización digital que permitan la promoción de modelos de convivencia apoyados en el respeto, la empatía y el reconocimiento de los derechos de los individuos. Estas acciones son las que conciernen al ámbito de las políticas

públicas y de la prevención social, mientras que el derecho penal conserva su función de intervenir cuando se desarrollen aquellas conductas que han sido tipificadas como delitos.

La protección de las víctimas de delitos cibernéticos demanda la creación de un marco legal que permita garantizar la confidencialidad, el apoyo psicológico y su recuperación integral y el restablecimiento de sus derechos; es indispensable el desarrollo de un enfoque proactivo en la investigación de delitos cibernéticos donde la capacitación, educación y concienciación digital son elementos esenciales que contribuyen a fomentar una cultura de ciberpaz (Cámara Arroyo, 2020). En este marco, es indispensable la revisión y actualización de la normativa penal para dar respuesta a las conductas delictivas que se presentan en los entornos digitales y garantizar sanciones proporcionales y respetuosas de los derechos fundamentales.

Propuesta de un mecanismo articulado de respuesta frente a la ciberviolencia

A partir del análisis realizado, es necesario fortalecer la manera de responder a la ciberviolencia a través de acciones que integren el ámbito jurídico, institucional y preventivo. La propuesta está orientada a aprovechar los mecanismos existentes y favorecer una actuación coordinada de las instituciones involucradas frente a las conductas violentas que se producen en el ámbito digital. La propuesta se estructura en cuatro componentes:

1. El primero corresponde a la *tipificación específica del ciberacoso*, que permitirá identificar las conductas violentas y establecer sanciones proporcionales a su gravedad; en el caso ecuatoriano, esto contribuye a la reducción de la dependencia de figuras penales que no siempre responden a las características propias de las conductas desarrolladas en el espacio digital.
2. El segundo componente plantea *fortalecer la coordinación interinstitucional*, por medio del establecimiento de un protocolo que incluya criterios comunes para la recepción de denuncias, investigación de los hechos, protección de las víctimas y tratamiento de los casos de ciberviolencia con el propósito de lograr una actuación articulada de las instituciones involucradas.
3. El tercer componente se refiere a *la gestión de la evidencia digital*, que permita investigar los hechos que se desarrollan en las plataformas tecnológicas y en dispositivos mediante el establecimiento de criterios técnicos para su obtención, conservación y valoración y que puedan servir como elementos probatorios.

4. El cuarto componente se refiere a *la prevención y la educación digital*, acciones complementarias que difieren de la función sancionadora del derecho penal. Estas acciones deben desarrollarse desde las políticas públicas y las instituciones educativas a través de la implementación de programas orientados al uso responsable de las tecnologías, la identificación de riesgos y la promoción del respeto, la empatía y la convivencia pacífica en los espacios digitales.

La propuesta integra la tipificación, la coordinación institucional, el manejo de la evidencia digital y la prevención para dar respuesta de manera integral a la ciberviolencia; su propósito es el fortalecimiento de la actuación del Estado sin extender innecesariamente el poder punitivo, sino con el apoyo de políticas públicas, educación digital y prevención social orientadas a la construcción de una cultura de ciberpaz.

Conclusiones

Es necesario que el derecho penal evolucione y sea capaz de enfrentar a las nuevas formas de violencia que se exhiben en el ámbito digital y que amenazan la convivencia social y la dignidad humana. Este cometido se lleva a cabo por medio de la revisión continua de la normativa y de la adaptación de esta a las nuevas realidades, ya que no se trata solamente de castigar a quienes cometen delitos en este ámbito, sino que también se deben implementar medidas que permitan prevenir estos comportamientos y ofrezcan apoyo a las víctimas.

La relación entre la ciberpaz y el derecho penal involucra la existencia de un equilibrio entre la seguridad y la libertad individual. Según Jakobs, Ferrajoli y Zaffaroni, existen varios enfoques sobre cómo se debería responder ante la presencia de la ciberviolencia, por lo que es necesario un sistema que no solo defienda los derechos fundamentales de las personas, sino que prevenga las conductas delictivas y garantice que las respuestas a los delitos digitales sean adecuadas y justas.

Las teorías criminológicas, como la de las actividades cotidianas y el aprendizaje social, ofrecen información relevante para la comprensión de las causas de la ciberviolencia y el diseño de estrategias efectivas. La aplicación de estas teorías puede contribuir a la implementación de medidas preventivas y punitivas más adecuadas a la realidad digital. Es imprescindible que la normativa se actualice constantemente y que considere las conductas violentas en línea y que la normativa también garantice la aplicación de los principios de legalidad y proporcionalidad, de modo que no solamente se dé prioridad a la sanción, sino a la prevención, a la promoción de valores éticos y a la protección de víctimas en el entorno digital.

Para disminuir la ciberviolencia se requiere una respuesta que no se limite al ámbito penal, sino que se articule con políticas públicas orientadas a la educación digital, la prevención social y la protección de las víctimas de delitos digitales, para dar respuesta a las manifestaciones violentas en línea sin tener que acudir al sistema penal y aportar a la construcción de una cultura de paz y de entornos virtuales seguros y respetuosos.

Referencias bibliográficas

- Agustina, J. R. (2021). Nuevos retos dogmáticos ante la cibercriminalidad. *Estudios Penales y Criminológicos*, 41, 705-777. <https://doi.org/10.15304/epc.41.7433>
- Álvarez Rodríguez, I. (2020). El derecho del ciberespacio. Una aproximación. *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, (30), 1-13. <https://doi.org/10.7238/idp.v0i30.3201>
- Bandura, A. (1971). *Social learning theory*. General Learning Press.
- Cámara Arroyo, S. (2020). Estudios criminológicos contemporáneos (IX): La cibercriminología y el perfil del ciberdelincuente. *Derecho y Cambio Social*, (60), 470-512. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7524987>
- Camere Figueroa, E. M. (2022). De nuevo, el derecho penal del enemigo: una necesidad para asegurar las condiciones de juridicidad. *Derecho Penal y Criminología*, 44(116), 65-93. <https://doi.org/10.18601/01210483.v44n116.04>
- Código Orgánico Integral Penal. (2014, 10 de febrero). Registro Oficial N.º 180, suplemento. <https://www.asambleanacional.gob.ec/es/system/files/document.pdf>
- Cohen, L. E. y Felson, M. (1979). Social change and crime rate trends: A routine activity approach. *American Sociological Review*, 44(4), 588-608. <https://doi.org/10.2307/2094589>
- Constitución de la República del Ecuador. (2008, 20 de octubre). Registro Oficial N.º 449.
- Ferrajoli, L. (2018). *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*. Trotta.
- Gómez Pilco, E. L. G. (2020). Ineficiencia del sistema penal en el incremento de la criminalidad. *Ius Vocatio*, 3(3), 93-112. <https://doi.org/10.35292/iusVocatio.v3i3.436>
- Gorjón Gómez, F. J. (Coord.). (2024). *Universidades de paz: La ciencia como precursora de paz*. Universidad Autónoma de Nuevo León.
- Jakobs, G. (1997). *Derecho penal. Parte general: Fundamentos y teoría de la imputación*. Marcial Pons.
- Jakobs, G. y Cancio Meliá, M. (2003). *Derecho penal del enemigo*. Civitas.
- Ley Orgánica de Comunicación. (2019). <https://www.telecomunicaciones.gob.ec/wp-content/uploads/2020/01/Ley-Organica-de-Comunicación.pdf>
- Ley Orgánica de Protección de Datos Personales. (2021, 26 de mayo). Registro Oficial N.º 459, quinto suplemento. https://www.finanzaspopulares.gob.ec/wp-content/uploads/2021/07/ley_organica_de_proteccion_de_datos_personales.pdf

- Ley Orgánica Integral para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres. (2018). https://www.igualdad.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2018/05/ley_prevenir_y_erradicar_violencia_mujeres.pdf
- López Gorostidi, J. (2022). Sobre el alcance de los fines de la pena en el fenómeno criminal de la ciberdelincuencia. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, 11(1), 121-146. <https://doi.org/10.5354/0719-2584.2022.60913>
- Teijón Alcalá, M. (2023). Los delitos de peligro en el derecho penal contemporáneo. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 25, 1-39. <http://criminnet.ugr.es/recpc/25/recpc25-29.pdf>
- Zaffaroni, E. R. (2006). *El enemigo en el derecho penal*. Ediar.
- Zaffaroni, E. R., Alagia, A. y Slokar, A. (2002). *Derecho penal. Parte general*. Ediar.



Revista de Derecho Directum. Vol. 3, No. Especial, pp. 26-43. Octubre 2026
ISSN: 3028-8754. ISSN Elect. 3028-8762. Universidad Católica de Cuenca

¿La tecnología *blockchain* garantiza la integridad de la información y fortalece los derechos laborales en Ecuador? Un análisis a priori

Does Blockchain Ensure Information Integrity and Strengthen Labor Rights in Ecuador? An A Priori Analysis

Recepción: 14 de julio de 2026

Revisión: 20 de julio de 2026

Aceptación: 28 de agosto de 2026

Publicación: 2 de octubre de 2026

Mónica Cecibel Gallegos Avendaño  

Universidad Católica de Cuenca

mgallegos@ucacue.edu.ec

<https://orcid.org/0000-0002-9218-8754>



<https://doi.org/10.26871/directum.v3.nSI.60>

Cita sugerida:

Gallegos Avendaño, M. C. (2026). ¿La tecnología blockchain garantiza la integridad de la información y fortalece los derechos laborales en Ecuador? Un análisis a priori. *Revista de Derecho Directum*, 3(esp.), 26-43. DOI: <https://doi.org/10.26871/directum.v3.nSI.60>



Resumen

La persistencia de relaciones laborales no registradas y la dispersión de información relevante para acreditar contratación, remuneraciones, jornada y seguridad social plantean desafíos para la tutela efectiva de los derechos laborales en Ecuador. La investigación tuvo como objetivo analizar los alcances y límites jurídicos de la tecnología *blockchain* y de los contratos inteligentes como herramientas de apoyo al registro, la trazabilidad, la prueba y el cumplimiento de obligaciones laborales. Se desarrolló un estudio cualitativo, exploratorio y descriptivo, sustentado en los métodos jurídico-dogmático y comparado, mediante un corpus documental integrado por normativa ecuatoriana, literatura especializada, jurisprudencia y experiencias internacionales. Los resultados indican que el *blockchain* podría reforzar la integridad y trazabilidad de registros sobre contratos, pagos, jornadas, aportes y terminación de la relación laboral, así como apoyar futuros mecanismos de coordinación entre el Sistema Único de Trabajo (SUT) y el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS). Los contratos inteligentes, por su parte, pueden automatizar obligaciones objetivamente determinables, siempre que existan datos de entrada confiables, mecanismos de suspensión y supervisión humana. Sin embargo, la inmutabilidad no acredita por sí sola la veracidad o licitud del dato y debe conciliarse con los derechos de rectificación y eliminación, la minimización de datos y la protección desde el diseño. La ejecución automatizada tampoco puede desplazar normas laborales imperativas ni el control administrativo y jurisdiccional. Se concluye que el aporte de estas tecnologías es principalmente instrumental y probatorio y que una eventual implementación requiere regulación, evaluación de impacto, interoperabilidad institucional comprobada, inclusión digital y supervisión estatal.

Palabras clave: blockchain, contratos inteligentes, derechos laborales, registro laboral, seguridad jurídica.

Abstract

The persistence of unregistered employment relationships and the dispersion of information needed to prove hiring, remuneration, working time, and social security obligations pose challenges to the effective protection of labor rights in Ecuador. This study aimed to analyze the legal scope and limitations of blockchain technology and smart contracts as tools supporting employment records, traceability, evidence, and compliance with labor obligations. A qualitative, exploratory, and descriptive study was conducted using legal-dogmatic and comparative methods and a documentary corpus comprising Ecuadorian legislation, specialized literature, case law, and international experiences. The findings indicate that blockchain could strengthen the integrity and traceability of records concerning contracts, payments, working hours, social security contributions, and termination of employment, while also supporting future coordination mechanisms between the Unified Labor System (SUT) and the Ecuadorian Social Security Institute (IESS). Smart contracts may automate objectively determinable obligations when reliable input data, suspension mechanisms, and human oversight are in place. Nevertheless, immutability does not by itself establish the truthfulness or legality of recorded information and must be reconciled with rights to rectification and erasure, data minimization, and data protection by design. Automated execution also cannot displace mandatory labor rules or administrative and judicial oversight. The study concludes that the contribution of these technologies is mainly instrumental and evidentiary and that any implementation would require regulation, impact assessment, verified institutional interoperability, digital inclusion, and continuing public oversight.

Keywords: Blockchain, Smart Contracts, Labor Rights, Employment Records, Legal Certainty.

Introducción

La transformación digital ha modificado la forma en que se producen, conservan y verifican los actos jurídicos. En el ámbito laboral, esta evolución adquiere particular importancia porque la eficacia de los derechos no depende únicamente de su reconocimiento normativo, sino también de la existencia de información confiable sobre el inicio, desarrollo y terminación de la relación de trabajo. En Ecuador, la normativa reconoce el carácter protector del derecho laboral, la irrenunciabilidad de los derechos y la obligación de aplicar la interpretación más favorable a la persona trabajadora; sin embargo, la ausencia o el registro tardío de contratos, la falta de afiliación a la seguridad social y la dificultad para acreditar jornadas, remuneraciones y beneficios continúan debilitando su cumplimiento efectivo (Código del Trabajo, 2005; Constitución de la República del Ecuador, 2008).

El problema no se limita a la disponibilidad de herramientas digitales. El Sistema Único de Trabajo (SUT), administrado por el Ministerio del Trabajo, permite realizar diversos trámites y registrar información laboral, incluidos contratos y obligaciones asociadas a la relación de trabajo (Ministerio del Trabajo, s. f.). De forma paralela, la Ley de Seguridad Social impone al empleador la afiliación desde el primer día de labor y el aviso de entrada al IESS dentro del plazo legal (Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social [IESS], s. f.; Ley de Seguridad Social, 2001). La documentación pública consultada acredita, por tanto, la existencia de procedimientos digitales diferenciados, pero no permite afirmar empíricamente que el SUT presente caídas sistemáticas, rezago tecnológico o ausencia total de interoperabilidad. En consecuencia, este estudio no atribuye tales fallas a la plataforma; examina, en cambio, la conveniencia jurídica de una mayor trazabilidad y de mecanismos verificables de coordinación entre registros laborales y de seguridad social.

Estas limitaciones adquieren especial relevancia en un mercado de trabajo con elevados niveles de informalidad. Cuando el vínculo no se registra, el trabajador puede quedar sin afiliación o sin documentación suficiente para acreditar pagos, jornada y beneficios. La literatura ecuatoriana revisada relaciona la informalidad con factores económicos, institucionales y de desigualdad y muestra sus efectos sobre el acceso efectivo a la protección social; no obstante, esos estudios no permiten atribuir el fenómeno al SUT ni medir el desempeño de la plataforma (Arredondo-Lezama et al., 2023; Mejía Chávez et al., 2023; Miranda-Rivadeneira y Silva-Barrera, 2024).

La tecnología *blockchain* se plantea como una infraestructura de registro distribuido capaz de conservar datos cronológicamente vinculados y técnicamente verificables. Su posible utilidad laboral no radica en reemplazar el contrato de trabajo ni en crear obligaciones con independencia del ordenamiento jurídico, sino en fortalecer la trazabilidad, la integridad documental y la disponibilidad de evidencia. De manera complementaria, los *smart contracts* o contratos inteligentes permiten ejecutar instrucciones previamente programadas cuando

se verifican determinadas condiciones. En consecuencia, ambas herramientas cumplen funciones diferentes: la cadena de bloques organiza y preserva registros, mientras que el contrato inteligente automatiza prestaciones objetivamente definidas (De Filippi y Wright, 2018; Padilla Sánchez, 2020; Yeom et al., 2021). Por ello, para que se cumpla el objetivo de la tecnología *blockchain* es necesario generar políticas públicas y una cultura organizacional en torno a la obligatoriedad de inscripción de contratos con control y sanción de los órganos pertinentes.

La literatura examinada identifica aplicaciones potenciales de *blockchain* en el registro de contratos y jornada, la conservación de evidencias y la automatización de determinadas obligaciones (Alabdulkarim et al., 2023; Martínez Boada, 2024; Rueda Lázaro et al., 2024). Sin embargo, el mismo diseño que dificulta la alteración retrospectiva de registros puede tensionar la rectificación de datos inexactos; además, un contrato inteligente puede ejecutar instrucciones incompatibles con normas imperativas o con circunstancias que exijan interpretación jurídica. La innovación tecnológica introduce, por ello, una tensión entre integridad técnica, protección de datos y flexibilidad jurídica (Carreño Mendoza y Bernal Fandiño, 2022; Finck, 2018, 2019). En Ecuador, esa tensión debe analizarse además a la luz de la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales, su reglamento general y las reglas sobre documentos y prueba electrónica.

A partir de este problema, la pregunta es: ¿en qué medida la tecnología *blockchain* y los contratos inteligentes pueden fortalecer el registro, la prueba y el cumplimiento de obligaciones laborales en Ecuador sin menoscabar los principios protectores, la protección de datos personales y el control judicial? El objetivo general consiste en analizar los alcances y limitaciones jurídicas de estas tecnologías dentro del sistema laboral ecuatoriano. Para responderlo se examinan tres categorías: las deficiencias del modelo actual de contratación y registro; las capacidades de trazabilidad, automatización e interoperabilidad; y los riesgos derivados de la inmutabilidad, la rigidez contractual, la falta de regulación y la ejecución automática.

La investigación se desarrolló en Ecuador con un alcance documental y jurídico. Su utilidad académica reside en diferenciar la validez normativa de la confiabilidad técnica: un registro inmutable puede demostrar que determinada información existía en una fecha concreta, pero no convierte automáticamente en lícita una cláusula ni desplaza la primacía de la realidad. En el plano profesional, el análisis permite delimitar los usos que podrían incorporarse a la gestión pública y empresarial sin trasladar al código decisiones que exigen interpretación jurídica. La principal limitación consiste en que no se implementó un prototipo ni se recogieron datos empíricos de trabajadores, empleadores o funcionarios; por ello, los hallazgos expresan una evaluación cualitativa de viabilidad y no una medición de impacto.

Desarrollo

Limitaciones del modelo actual de contratación y registro laboral

Ecuador ya dispone de un canal digital para registrar información laboral; el SUT contiene módulos de registro contractual y otros trámites laborales, mientras que el IESS administra de manera específica la afiliación y los avisos de entrada y salida (IESS, s. f.; Ministerio del Trabajo, s. f.). Esta distribución funcional significa que la protección del trabajador depende de que los datos relevantes sean registrados de forma oportuna y puedan contrastarse entre las autoridades competentes. El estudio no examinó el código fuente, la arquitectura interna ni los registros de disponibilidad del SUT; por ello, no atribuye a la plataforma fallas técnicas no demostradas y concentra el análisis en el valor jurídico de mejorar la trazabilidad entre eventos laborales relacionados.

Desde una perspectiva de diseño, todo registro centralizado concentra en su administrador las funciones de custodia, disponibilidad, modificación y seguridad. Esa característica no prueba una deficiencia concreta del SUT, pero permite comparar su lógica con la de un registro distribuido y autorizado. La posible ventaja de *blockchain* consistiría en conservar evidencias verificables de altas, modificaciones y eventos relevantes entre entidades habilitadas, sin que ello implique sustituir las bases de datos institucionales ni presumir que un dato, por quedar registrado, sea verdadero o lícito (Baena-Luna y García-Río, 2022).

El marco vigente exige, por un lado, registrar información laboral en el SUT y, por otro, cumplir la afiliación y los avisos previstos en la Ley de Seguridad Social. Las fuentes oficiales consultadas describen estos procedimientos, pero no aportan evidencia suficiente para afirmar que exista o no una interoperabilidad técnica integral entre las plataformas. Por esa razón, el resultado se formula como una necesidad funcional: cualquier propuesta *blockchain* debería permitir contrastar, con competencias y accesos claramente definidos, el inicio de la relación, la afiliación, las remuneraciones reportadas, los aportes y la terminación, evitando duplicidades sin crear una base de datos paralela carente de rectoría estatal (Ley de Seguridad Social, 2001; Ministerio del Trabajo, s. f.).

La informalidad amplifica los problemas de registro porque la ausencia de contrato escrito, afiliación, registro de jornada o comprobantes de pago puede dificultar la prueba del vínculo y el acceso a prestaciones. Los estudios revisados identifican factores económicos, educativos e institucionales que exceden el alcance de una plataforma tecnológica. En consecuencia, *blockchain* no puede presentarse como una solución autónoma a la informalidad; como máximo, puede fortalecer la confiabilidad del empleo que efectivamente ingresa al sistema formal y aportar herramientas de seguimiento dentro de políticas públicas más amplias (Arredondo-Lezama et al., 2023; Mejía Chávez et al., 2023).

El ordenamiento combina obligaciones de registro y afiliación con mecanismos de inspección, reclamación administrativa y tutela judicial. Este estudio documental no midió la frecuencia con que la autoridad detecta incumplimientos antes o después de una denuncia, por lo que no resulta metodológicamente correcto caracterizar todo el sistema como exclusivamente reactivo. Sí puede sostenerse, en cambio, que una infraestructura de alertas y trazabilidad podría añadir una capa preventiva: por ejemplo, identificar divergencias entre eventos registrados o advertir vencimientos, siempre que las reglas de alerta provengan de obligaciones legales verificables y exista revisión humana.

Finalmente, la disponibilidad de evidencia incide en la tutela judicial. La primacía de la realidad permite reconocer un vínculo, aunque no exista contrato escrito, pero los registros contemporáneos sobre jornadas, pagos, aportes o modificaciones pueden contribuir a reconstruir los hechos controvertidos. El Código Orgánico General de Procesos (COGEP) reconoce como originales los documentos producidos electrónicamente y admite contenido digital como medio de prueba, mientras que la Ley de Comercio Electrónico reconoce eficacia jurídica y valor probatorio a los mensajes de datos y documentos electrónicos (Código Orgánico General de Procesos, 2015; Ley de Comercio Electrónico, 2002). En este ámbito, *blockchain* tendría una función de apoyo a la autenticidad e integridad del registro, sujeta siempre a contradicción y valoración judicial.

Blockchain y contratos inteligentes como herramientas de protección

La contribución más sólida de *blockchain* se encuentra en la trazabilidad documental. Una cadena de bloques puede registrar huellas digitales, marcas temporales, identificadores y evidencias de integridad sin necesidad de almacenar públicamente el contenido completo del contrato. De esta manera, sería posible comprobar que un documento existía en una fecha determinada y que no fue alterado después de su registro. Esta función resulta especialmente útil para contratos, adendas, comprobantes de pago, registros de jornada, constancias de aportes y actas de terminación (Martín Meneses, 2023; Quintero Perdomo, 2023).

La trazabilidad permite reconstruir el ciclo de vida de la relación laboral. Cada alta, modificación, pago o novedad puede quedar vinculada cronológicamente, de modo que una alteración posterior deje evidencia técnica. Para el trabajador, este historial reduce la dependencia de archivos internos del empleador y mejora el acceso a documentación relevante. Para las instituciones, facilita auditorías y permite identificar omisiones o incongruencias. El beneficio no consiste en presumir que todo dato registrado es verdadero, sino en impedir que sea modificado silenciosamente y en individualizar quién incorporó cada información.

La interoperabilidad constituye otro aporte potencial, pero debe entenderse como una hipótesis de diseño y no como una propiedad actualmente comprobada del SUT. Una infraestructura autorizada podría permitir que determinados eventos laborales fueran verificables por el Ministerio del Trabajo y el IESS conforme a sus competencias. Así, el inicio de la relación podría asociarse con la verificación de afiliación; los datos de remuneración, con los aportes; y la terminación, con constancias de obligaciones pendientes. La literatura sobre arquitecturas de contratos laborales basadas en *blockchain* demuestra técnicamente la posibilidad de combinar identidad, datos cifrados, contratos inteligentes y búsquedas autorizadas, aunque su traslación a Ecuador exige adecuación normativa y evaluación institucional (Yeom et al., 2021).

Los contratos inteligentes ofrecen una utilidad distinta: automatizar obligaciones que puedan expresarse mediante condiciones objetivas. Entre las aplicaciones identificadas se encuentran el pago periódico de remuneraciones, el cálculo de horas extraordinarias, la gestión de vacaciones, las alertas por mora en aportes y el cálculo de liquidaciones. Cuando la condición se verifica y el dato de entrada es confiable, el código puede ejecutar o activar el procedimiento sin depender de una nueva decisión humana. Esto reduce retrasos y errores administrativos, y aporta previsibilidad a obligaciones de contenido económico (Alabdulkarim et al., 2023; Tseng et al., 2025).

En el registro de jornada, por ejemplo, una cadena de bloques puede conservar entradas, salidas y modificaciones con marcas temporales, lo que dificulta alteraciones retrospectivas y facilita auditorías (Martínez Boada, 2024). Un contrato inteligente podría generar alertas cuando los datos registrados superen límites previamente definidos. En seguridad social, una integración institucional futura podría contrastar datos de remuneración con aportaciones y advertir inconsistencias. Estas funciones no verifican por sí mismas la verdad del dato inicial y, por ello, requieren procedimientos de corrección, auditoría y revisión humana.

Una infraestructura de registros compartidos y verificables podría aportar ventajas a la gestión pública al reducir repetición de verificaciones y facilitar alertas basadas en eventos previamente definidos. Esta posibilidad debe formularse como hipótesis de implementación y no como prueba de que el control actual sea exclusivamente reactivo. La inspección territorial, la investigación de hechos y la valoración de condiciones reales seguirían siendo necesarias, pues la trazabilidad digital solo registra lo que efectivamente ingresa al sistema.

El valor probatorio es otro efecto relevante. En una controversia, la cadena de bloques puede aportar evidencia sobre la existencia, integridad y secuencia temporal de determinados registros. La información técnica puede fortalecer la reconstrucción de pagos, jornadas o modificaciones contractuales y reducir la dependencia de documentos susceptibles de extravío. No obstante, su valoración debe permanecer sometida a las reglas procesales y al análisis integral del caso. La inmutabilidad acredita integridad del registro, pero no

demuestra necesariamente la legalidad del contenido ni desplaza otros medios de prueba (Rueda Lázaro et al., 2024).

Por tanto, *blockchain* y los contratos inteligentes pueden fortalecer derechos en un sentido instrumental: mejoran el soporte de información, facilitan la ejecución de obligaciones objetivas y aumentan la capacidad de seguimiento. No crean por sí solos formalidad laboral, igualdad contractual ni cumplimiento normativo. Su impacto depende de la calidad de los datos, de la incorporación institucional y del acceso efectivo de los usuarios. Respecto del SUT, las fuentes examinadas permiten sostener que constituye la plataforma oficial para diversos registros laborales, pero no aportan evidencia suficiente para calificar su desempeño tecnológico global; por ello, cualquier modernización basada en *blockchain* debe plantearse previa evaluación técnica y jurídica específica, y no a partir de afirmaciones valorativas sobre el sistema existente.

Marco jurídico ecuatoriano aplicable a blockchain y registros laborales

La viabilidad de *blockchain* en materia laboral debe partir del carácter protector del ordenamiento ecuatoriano. El artículo 326 de la Constitución consagra, entre otros, la irrenunciabilidad e intangibilidad de los derechos laborales y la aplicación favorable en caso de duda; el Código del Trabajo desarrolla estos principios y mantiene la primacía de las normas imperativas sobre la voluntad contractual. Por ello, un registro distribuido o un *smart contract* no puede validar una renuncia, reducción o condición contraria a mínimos legales. En seguridad social, la Ley de Seguridad Social obliga al empleador a afiliarse al trabajador desde el primer día y a remitir el aviso de entrada al IESS dentro del plazo previsto en su artículo 73; la automatización puede facilitar el cumplimiento, pero no trasladar ni extinguir la responsabilidad patronal (Código del Trabajo, 2005; Constitución de la República del Ecuador, 2008; Ley de Seguridad Social, 2001).

La Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos ofrece una base jurídica relevante para los efectos documentales de la propuesta. Su artículo 2 reconoce a los mensajes de datos el mismo valor jurídico que a los documentos escritos, y sus reglas sobre firma electrónica y prueba permiten atribuir efectos jurídicos a documentos electrónicos cuando se cumplen los requisitos legales. El artículo 52 reconoce como medios de prueba a los mensajes de datos, firmas y documentos electrónicos. Esta regulación no convierte a *blockchain* en una prueba tasada ni le atribuye una presunción absoluta de verdad; permite, más bien, que la información electrónica sea incorporada y valorada dentro del proceso conforme a las reglas generales (Ley de Comercio Electrónico, 2002).

Esta conclusión se complementa con el Código Orgánico General de Procesos. Su artículo 202 considera originales a los documentos producidos electrónicamente y admite

contenido digital como medio probatorio; además, la valoración se somete a las reglas procesales de pertinencia, contradicción y sana crítica. En consecuencia, un *hash*, una marca temporal o un historial *blockchain* podría servir para apoyar la demostración de integridad, existencia o secuencia de un registro, pero su fuerza probatoria dependerá de que pueda explicarse técnicamente su origen, vinculación con las partes y cadena de generación, y de que la contraparte tenga oportunidad de impugnarlo (Código Orgánico General de Procesos, 2015; Martín Meneses, 2023).

La principal restricción normativa surge de la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales (LOPDP). Los datos laborales permiten identificar a personas y pueden incluir categorías sensibles; por ello, su tratamiento debe observar licitud, finalidad, proporcionalidad, seguridad y minimización. El artículo 14 reconoce el derecho de rectificación y actualización, mientras que la Ley contempla supuestos de eliminación y oposición; además, su artículo 39 exige protección de datos desde el diseño y por defecto. Estas reglas impiden concebir la inmutabilidad como conservación indefinida e indiscriminada de datos personales en cadena. Una arquitectura compatible debería privilegiar almacenamiento externo de documentos, registrar en *blockchain* únicamente huellas o evidencias técnicas cuando sean necesarias, gestionar permisos y conservar procedimientos jurídicos de rectificación (Finck, 2018; Ley Orgánica de Protección de Datos Personales, 2021).

El Reglamento General de la LOPDP, expedido mediante Decreto Ejecutivo N.º 904, refuerza esa exigencia. Sus artículos 29 y 58 a 60 desarrollan la evaluación de impacto, la responsabilidad proactiva y la protección de datos desde el diseño y por defecto, incluida la obligación de limitar cantidad, extensión, conservación y accesibilidad de los datos tratados. Una eventual plataforma laboral basada en *blockchain* debería, por tanto, realizar evaluación de impacto antes de su despliegue, definir responsables y encargados, aplicar controles de acceso, justificar qué información necesita inmutabilidad y prever mecanismos para corregir efectos jurídicos sin destruir la trazabilidad histórica. La arquitectura tecnológica debe adaptarse al marco de protección de datos y no a la inversa (Presidencia de la República del Ecuador, 2023).

Riesgos y desafíos jurídicos de la implementación

El análisis de riesgos identifica que la inmutabilidad, presentada como ventaja técnica, constituye simultáneamente un desafío jurídico. Los registros laborales contienen datos personales y pueden incluir información sobre remuneración, sanciones, permisos, salud o desempeño. Si un dato incorrecto se incorpora de forma permanente, el sistema debe permitir ejercer los derechos de rectificación, actualización y, cuando corresponda, eliminación. La seudonimización tampoco excluye automáticamente la aplicación de la

normativa cuando una persona puede ser reidentificada. Por ello, la distribución del registro exige definir de antemano responsables, finalidades, accesos y medidas de seguridad (Finck, 2018; Ley Orgánica de Protección de Datos Personales, 2021).

No toda información laboral debe almacenarse directamente en la cadena. El uso de huellas digitales y marcas temporales puede aportar evidencia de integridad sin exponer el documento completo, mientras que el contenido personal permanece en repositorios sujetos a reglas de acceso, conservación y rectificación. Esta separación permite preservar la evidencia de que existió una versión sin convertir la inmutabilidad en obstáculo para actualizar datos inexactos. El diseño debe cumplir la minimización y la protección de datos desde el diseño y por defecto previstas en la LOPDP y desarrolladas por su Reglamento General (Ley Orgánica de Protección de Datos Personales, 2021; Presidencia de la República del Ecuador, 2023).

La rigidez de los contratos inteligentes representa un segundo riesgo. Una vez desplegado, el código ejecuta las instrucciones previstas y puede carecer de mecanismos para detenerse frente a errores, cambios normativos o circunstancias imprevistas. Esta característica es difícil de conciliar con la naturaleza dinámica del vínculo laboral, en el que existen incapacidades, variaciones de jornada, decisiones administrativas o judiciales y situaciones que exigen valorar hechos. La imposibilidad de adaptar automáticamente el programa puede producir consecuencias desfavorables y trasladar a la parte trabajadora el costo del error (Alharby y van Moorsel, 2017; Carreño Mendoza y Bernal Fandiño, 2022).

Un tercer riesgo es la traducción imperfecta del lenguaje jurídico al código. Los contratos inteligentes suelen ser desarrollados por especialistas técnicos, mientras que las partes y sus asesores pueden no contar con conocimientos suficientes para verificar si la programación reproduce íntegramente lo pactado. La ejecución automática puede ocultar cláusulas incomprensibles, errores de lógica o condiciones que contradigan normas laborales imperativas. En este contexto, el consentimiento formal no basta cuando la persona trabajadora no puede comprender el funcionamiento del mecanismo que afecta sus derechos (Padilla Sánchez, 2020; Valencia-Ramírez, 2020).

La automatización tampoco impide la ejecución de cláusulas ilegales. Un programa puede calcular y pagar una remuneración inferior, aplicar una deducción prohibida o ejecutar una terminación basada en una condición inválida si tales instrucciones fueron incorporadas al código. La cadena de bloques garantiza que la instrucción se ejecute conforme a su programación, no que sea compatible con la Constitución o el Código del Trabajo. Por ello, la equivalencia entre “código” y “ley” resulta inaceptable en un sistema protector: la regla informática debe permanecer subordinada a la norma jurídica (De Filippi y Wright, 2018; Wright y De Filippi, 2015).

Ecuador no parte de un vacío normativo absoluto. La Ley de Comercio Electrónico reconoce efectos a mensajes de datos, firmas y documentos electrónicos; la LOPDP y su

Reglamento regulan el tratamiento de datos; y el COGEP admite documentos y contenido digital como prueba. Lo que no existe es un régimen laboral específico para sistemas *blockchain* y contratos inteligentes que determine, de forma integral, responsabilidades por errores de código, mecanismos obligatorios de suspensión, estándares de auditoría y coordinación interinstitucional. Esta diferencia es relevante: la ausencia de regulación especial no impide todo uso de la tecnología, pero sí desaconseja tratarla como sustituto autónomo del contrato, de la inspección o de la decisión judicial (Código Orgánico General de Procesos, 2015; Ley de Comercio Electrónico, 2002; Ley Orgánica de Protección de Datos Personales, 2021).

El acceso digital constituye además una condición de implementación que debe evaluarse empíricamente antes de cualquier despliegue obligatorio. Un sistema que dependa de identidad digital, conectividad y comprensión técnica puede generar barreras para trabajadores o pequeños empleadores si no existen canales alternativos y asistencia. Esta investigación no midió la magnitud de la brecha digital en la población laboral ecuatoriana; por ello, la identifica como variable que deberá ser examinada mediante pilotos, pruebas de usabilidad y evaluación de impacto, y no como un efecto ya demostrado de *blockchain*.

En síntesis, los resultados descartan una visión tecnodeterminista. La inmutabilidad no equivale a verdad; la automatización no equivale a legalidad; y la descentralización no equivale a ausencia de responsabilidad. Estas distinciones delimitan los usos jurídicamente admisibles y confirman que la tecnología debe diseñarse como infraestructura de apoyo sometida al control del Estado.

Metodología

La investigación adoptó un enfoque cualitativo, jurídico-documental, con alcance exploratorio y descriptivo. La búsqueda bibliográfica se realizó y actualizó hasta el 13 de julio de 2026, tomando como ventana principal publicaciones de 2017 a 2026, por corresponder al período de consolidación doctrinal de los *smart contracts* y de expansión de aplicaciones de *blockchain* distintas de las criptomonedas. Se consultaron Scopus, Google Scholar, SciELO y Dialnet, complementadas con repositorios institucionales y sitios oficiales del Registro Oficial, Ministerio del Trabajo, IESS, Corte Constitucional, Función Judicial y organismos públicos responsables de normativa digital. Para la literatura científica se utilizaron, en español e inglés, combinaciones de los descriptores “blockchain”, “smart contracts/contratos inteligentes”, “labor law/derecho laboral”, “employment contract/contrato de trabajo”, “working time/jornada laboral”, “electronic evidence/prueba electrónica”, “social security/seguridad social” y “data protection/protección de datos”, mediante los operadores AND y OR.

Se incluyeron artículos científicos revisados por pares, libros académicos, normativa vigente, jurisprudencia y documentos institucionales con relación directa con al menos una de las categorías de análisis: registro y trazabilidad laboral, automatización contractual, valor probatorio, seguridad social o protección de datos. Se excluyeron duplicados; publicaciones centradas exclusivamente en criptomonedas, finanzas o usos de *blockchain* sin conexión con relaciones de trabajo; textos de opinión sin respaldo académico o institucional; y documentos sin texto completo verificable. Para la normativa ecuatoriana no se aplicó límite temporal, sino criterio de vigencia y pertinencia al 13 de julio de 2026. Tras la depuración, el corpus final analizado estuvo integrado por 33 documentos normativos, jurisprudenciales, institucionales y académicos, todos incorporados en la lista de referencias.

El método jurídico-dogmático se aplicó a la Constitución, el Código del Trabajo, la Ley de Seguridad Social, la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y su Reglamento General, la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, el Código Orgánico General de Procesos y la jurisprudencia pertinente. El método comparado utilizó experiencias y estudios de España, sobre registro de jornada mediante *blockchain* (Martínez Boada, 2024); Colombia, sobre *smart labor contracts* y límites jurídicos de la automatización (Carreño Mendoza y Bernal Fandiño, 2022; Rueda Lázaro et al., 2024); Corea del Sur, sobre arquitectura de contratos laborales basados en *blockchain* (Yeom et al., 2021); y Arabia Saudita, sobre gestión de contratos de trabajo de expatriados (Alabdulkarim et al., 2023). La comparación no buscó trasplantar modelos normativos, sino identificar funciones tecnológicas y salvaguardas susceptibles de contrastarse con los principios protectores ecuatorianos. Finalmente, la información se codificó en tres categorías: a) registro, trazabilidad e interoperabilidad; b) automatización y prueba; y c) protección de datos, legalidad y control. A partir de estas categorías se realizó una síntesis argumentativa de condiciones de viabilidad.

Discusión

Los hallazgos permiten sostener que la viabilidad de *blockchain* en el derecho laboral ecuatoriano depende de su ubicación funcional dentro del sistema de garantías. La tecnología es compatible con el ordenamiento cuando fortalece la prueba, la trazabilidad y la coordinación institucional; deja de serlo cuando pretende sustituir la interpretación jurídica o impedir la corrección de una afectación. Esta conclusión coincide con la doctrina que concibe los contratos inteligentes como mecanismos de ejecución automatizada sometidos a los requisitos y límites del contrato y al ordenamiento aplicable (De Filippi y Wright, 2018; Raskin, 2017).

La diferencia entre integridad técnica y validez jurídica es central. Un registro puede ser auténtico en el sentido de no haber sido alterado y, al mismo tiempo, contener una cláusula nula o un dato falso. En materia laboral, la primacía de la realidad obliga a confrontar el registro con la prestación efectiva del servicio, mientras que la irrenunciabilidad impide atribuir efectos a acuerdos que reduzcan derechos mínimos. El artículo 326 de la Constitución y el artículo 7 del Código del Trabajo exigen que la duda interpretativa sea resuelta en el sentido más favorable al trabajador. Ningún código informático puede excluir esta valoración (Código del Trabajo, 2005; Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Desde esta perspectiva, la implementación razonable no debería consistir en sustituir el Sistema Único de Trabajo por una red sin autoridad, sino en evaluar una infraestructura institucional complementaria. El Ministerio del Trabajo conservaría la rectoría sobre los registros laborales y el IESS sus competencias sobre afiliación y aportes; los eventos compartidos deberían limitarse a los datos necesarios y a permisos diferenciados. Esta propuesta no presupone que actualmente exista una falla técnica de interoperabilidad, aspecto que requeriría evidencia institucional específica, sino que plantea como hipótesis de mejora la verificación cruzada y trazable de obligaciones relacionadas.

También resulta necesario limitar la automatización a prestaciones objetivamente verificables. El pago de una suma periódica, la generación de una alerta o el cálculo preliminar de aportes pueden programarse con relativa certeza. En cambio, decisiones sobre sanciones, despidos, discriminación, acoso, fuerza mayor o interpretación de cláusulas requieren valorar contexto, proporcionalidad y principios. Trasladar estas decisiones al código convertiría la automatización en una barrera para la tutela. En consecuencia, los contratos inteligentes deben incorporar mecanismos de suspensión, revisión y corrección, así como una versión contractual comprensible para las partes.

El control jurisdiccional permanece indispensable. De Filippi y Wright (2018) reconocen que los tribunales conservan competencia sobre los efectos jurídicos de los contratos inteligentes y pueden recurrir a expertos para interpretar el código. En Ecuador, esta función adquiere mayor relevancia por el modelo constitucional de derechos. Grijalva Jiménez (2011) y Ávila Santamaría (2011) sitúan al juez como garante de la supremacía constitucional y de la exigibilidad de los derechos. Por ello, la ejecución automática no puede impedir que el juez declare la nulidad de una cláusula, ordene restituciones o adopte medidas para reparar una vulneración.

La Sentencia N.º 025-09-SEP-CC debe leerse dentro de su controversia concreta. La Corte Constitucional resolvió conjuntamente los casos 0023-09-EP, 0024-09-EP y 0025-09-EP, promovidos por tres extrabajadores de Ómnibus B.B. Transportes S. A./General Motors contra fallos de casación relacionados con el alcance de las indemnizaciones por despido intempestivo previstas en la ley y en el contrato colectivo. La Corte consideró que ambas indemnizaciones protegían el mismo derecho a la estabilidad y aplicó la regla más

favorable en su conjunto, concluyendo que no existió vulneración de los principios *in dubio pro operario* ni de intangibilidad porque los trabajadores habían recibido la indemnización colectiva más beneficiosa; por ello desechó las acciones extraordinarias de protección (Corte Constitucional del Ecuador, 2009). La ratio resulta pertinente para este estudio en un sentido delimitado: la automatización contractual no puede desmejorar mínimos laborales ni fragmentar reglas para producir un resultado menos favorable; no autoriza, en cambio, a presentar la sentencia como una regla abstracta sobre toda aplicación tecnológica.

Sobre esa base, una regulación o política pública específica debería definir el reconocimiento y auditoría de registros *blockchain*, la identificación de responsables, la gobernanza de datos, la transparencia del código, los mecanismos de suspensión y la coordinación con autoridades laborales y de seguridad social. Estas reglas tendrían que integrarse con la LOPDP y su Reglamento, la Ley de Comercio Electrónico, la Ley de Seguridad Social y el COGEP, no reemplazarlos. Como estrategia de implementación, resultan más adecuados pilotos delimitados en registro contractual, jornada, alertas de aportes o conservación de evidencias, acompañados de evaluación de impacto en protección de datos y de revisión jurídica antes de automatizar efectos.

Las implicaciones prácticas son relevantes. Para los trabajadores, el principal beneficio sería disponer de evidencia y acceso a su historial; para los empleadores, reducir duplicidades y demostrar cumplimiento; y para el Estado, mejorar la fiscalización y la calidad de la información. No obstante, la reducción de la informalidad exige intervenciones adicionales: inspección territorial, educación sobre derechos, simplificación de trámites y acceso a conectividad. *Blockchain* puede hacer más confiable el empleo registrado, pero no incorpora automáticamente a quienes permanecen fuera del sistema.

Conclusiones

La tecnología *blockchain* puede fortalecer la protección laboral en Ecuador en un plano principalmente instrumental y probatorio. Su capacidad para conservar huellas digitales, marcas temporales e historiales verificables puede apoyar la trazabilidad de contratos, jornadas, pagos, aportes y terminaciones, pero la inmutabilidad acredita integridad del registro y no la verdad ni la licitud de su contenido. Por ello, la primacía de la realidad y la valoración administrativa o judicial continúan siendo indispensables.

Los contratos inteligentes son jurídicamente más adecuados para obligaciones objetivamente determinables —como cálculos, pagos o alertas— que para decisiones que exijan interpretación, ponderación o valoración de hechos. Su uso debe incorporar datos de entrada verificables, mecanismos de suspensión y corrección, transparencia suficiente y supervisión humana. Ninguna ejecución automática puede legitimar cláusulas contrarias

a normas laborales imperativas ni desplazar la irrenunciabilidad, la favorabilidad o el control jurisdiccional.

El marco jurídico ecuatoriano ya contiene reglas relevantes para una eventual implementación: la Ley de Comercio Electrónico y el COGEP reconocen efectos y valor probatorio a documentos y contenidos digitales; la Ley de Seguridad Social mantiene las obligaciones patronales de afiliación y aportación; y la LOPDP y su Reglamento exigen minimización, rectificación, evaluación de impacto y protección desde el diseño. En consecuencia, una propuesta para el SUT debe plantearse como infraestructura complementaria sometida a rectoría estatal, con almacenamiento selectivo, permisos definidos y coordinación institucional técnicamente comprobada, no a partir de afirmaciones no verificadas sobre fallas actuales de la plataforma.

La tecnología tampoco reduce por sí sola la informalidad ni elimina las brechas de acceso. Una implementación responsable requiere pilotos, evaluación empírica, capacitación de funcionarios, trabajadores, empleadores y profesionales del derecho, canales alternativos de atención y revisión continua de impactos. La viabilidad de *blockchain* dependerá, en definitiva, de que la innovación fortalezca la tutela efectiva de la persona trabajadora y permanezca subordinada a la Constitución, al derecho laboral protector, a la protección de datos y al control administrativo y judicial.

Referencias bibliográficas

- Alabdulkarim, Y., Alameer, A., Almukaynizi, M., Allheib, N., Alkadyan, F. y Almaslukh, A. (2023). Managing expatriate employment contracts with blockchain. *Electronics*, 12(7), Artículo 1673. <https://doi.org/10.3390/electronics12071673>
- Alharby, M. y van Moorsel, A. (2017). Blockchain-based smart contracts: A systematic mapping study. *Computer Science & Information Technology*, 125-140. <https://doi.org/10.5121/csit.2017.71011>
- Arredondo-Lezama, L. M., Villar-Andia, P., Tasayco-Peñaloza, A. A. y Castillo-Quintero, E. (2023). Informalidad laboral: Un análisis integral de las causas y factores que perpetúan su existencia. *Revista Arbitrada Interdisciplinaria Koinonía*, 8(1), 269-286. <https://doi.org/10.35381/r.k.v8i1.2785>
- Ávila Santamaría, R. (2011). *El neoconstitucionalismo transformador: El Estado y el derecho en la Constitución de 2008*. Universidad Andina Simón Bolívar; Abya-Yala. <https://www.uasb.edu.ec/publicacion/el-neoconstitucionalismo-transformador-el-estado-y-el-derecho-en-la-constitucion-de-2008/>

- Baena-Luna, P. y García-Río, E. (2022). Tecnología blockchain: Desafíos presentes y futuros en su aplicación. *Revista Conhecimento Online*, 2, 258-273. <https://doi.org/10.25112/rco.v2.2859>
- Carreño Mendoza, S. y Bernal Fandiño, M. (2022). Vicisitudes de los smart contracts en el derecho del consumo. *Anuario de Derecho Privado*, 4, 41-78. <https://doi.org/10.15425/2022.648>
- Código del Trabajo. (2005, 16 de diciembre). Codificación N.º 17. Registro Oficial N.º 167, suplemento.
- Código Orgánico General de Procesos. (2015, 22 de mayo). Registro Oficial N.º 506, suplemento.
- Constitución de la República del Ecuador. (2008, 20 de octubre). Registro Oficial N.º 449.
- Corte Constitucional del Ecuador. (2009, 29 de septiembre). *Sentencia N.º 025-09-SEP-CC* (casos N.º 0023-09-EP, 0024-09-EP y 0025-09-EP, acumulados).
- De Filippi, P. y Wright, A. (2018). *Blockchain and the law: The rule of code*. Harvard University Press. <https://doi.org/10.2307/j.ctv2867sp>
- Finck, M. (2018). Blockchains and data protection in the European Union. *European Data Protection Law Review*, 4(1), 17-35. <https://doi.org/10.21552/edpl/2018/1/6>
- Finck, M. (2019). Smart contracts as a form of solely automated processing under the GDPR. *International Data Privacy Law*, 9(2), 78-94. <https://doi.org/10.1093/idpl/ipz004>
- Grijalva Jiménez, A. (2011). *Constitucionalismo en Ecuador*. Corte Constitucional para el Período de Transición.
- Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. (s. f.). *Avisos de entrada y salida*. <https://www.iessegob.ec/en/web/empleador/avisos-de-entrada-y-salida>
- Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos. (2002, 17 de abril). Registro Oficial N.º 557, suplemento.
- Ley de Seguridad Social. (2001, 30 de noviembre). Registro Oficial N.º 465, suplemento.
- Ley Orgánica de Protección de Datos Personales. (2021, 26 de mayo). Registro Oficial N.º 459, quinto suplemento.
- Martín Meneses, A. (2023). Blockchain e implicaciones procesales en materia probatoria. *Ius et Scientia*, 9(2), 136-156. <https://doi.org/10.12795/iestscientia.2023.i02.07>
- Martínez Boada, J. (2024). Blockchain como sistema para cumplir con la obligación de control y registro de la jornada laboral de los trabajadores. *IDP Revista de Internet, Derecho y Política*, (41), 1-11. <https://doi.org/10.7238/idp.v0i41.430846>
- Mejía Chávez, M., Mejía-Chávez, L., Mejía-Morales, M. y Lara Haro, D. (2023). La informalidad en el Ecuador: Una medición del tamaño del sector informal desde la perspectiva de la desigualdad. *Cuestiones Económicas*, 33(2), 188-208. <https://doi.org/10.47550/rce/33.2.6>



- Ministerio del Trabajo. (s. f.). *Sistema Único de Trabajo (SUT)*. <https://sut.trabajo.gob.ec/>
- Miranda-Rivadeneira, L. M. y Silva-Barrera, E. P. (2024). Las prestaciones sociales de los trabajadores frente al incumplimiento del empleador. *593 Digital Publisher CEIT*, 9(4), 625-636. <https://doi.org/10.33386/593dp.2024.4.2544>
- Padilla Sánchez, J. A. (2020). Blockchain y contratos inteligentes: Aproximación a sus problemáticas y retos jurídicos. *Revista de Derecho Privado*, (39), 175-201. <https://doi.org/10.18601/01234366.n39.08>
- Presidencia de la República del Ecuador. (2023, 13 de noviembre). *Reglamento General de la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales* (Decreto Ejecutivo N.º 904). Registro Oficial N.º 435, tercer suplemento.
- Quintero Perdomo, L. A. (2023). Validez jurídica de los contratos celebrados en la blockchain. *Episteme. Revista de Estudios Socioterritoriales*, 15(2), 76-85. <https://doi.org/10.15332/27113833.9697>
- Raskin, M. (2017). The law and legality of smart contracts. *Georgetown Law Technology Review*, 1(2), 305-341.
- Rueda Lázaro, J. M., Casadiego Santana, M. H. y Jácome Márquez, M. A. (2024). Smart labor contracts: Alcances y limitaciones en el sistema jurídico colombiano. *Revista CES Derecho*, 15(3), 39-52. <https://doi.org/10.21615/cesder.7671>
- Tseng, C.-H., Hsieh, Y.-H., Chen, W.-Q. y Yuan, S.-M. (2025). Blockchain-based labor dispatch system. *Journal of King Saud University Computer and Information Sciences*, 37(6), Artículo 153. <https://doi.org/10.1007/s44443-025-00161-9>
- Valencia-Ramírez, J. P. (2020). Derecho, tecnología e innovación: Blockchain y contratos inteligentes. *Revista de Investigación en Tecnologías de la Información*, 8(16), 46-55. <https://doi.org/10.36825/riti.08.16.005>
- Wright, A. y De Filippi, P. (2015). Decentralized blockchain technology and the rise of *lex cryptographia*. *SSRN Electronic Journal*. <https://doi.org/10.2139/ssrn.2580664>
- Yeom, S., Choi, S., Chi, J. y Park, S. (2021). Blockchain-based employment contract system architecture allowing encrypted keyword searches. *Electronics*, 10(9), Artículo 1086. <https://doi.org/10.3390/electronics10091086>



Revista de Derecho Directum. Vol. 3, No. Especial, pp. 44-60. Octubre 2026
ISSN: 3028-8754. ISSN Elect. 3028-8762. Universidad Católica de Cuenca

Flexibilidad y estabilidad laboral en el contrato especial emergente para mujeres embarazadas en Ecuador

Labor Flexibility and Job Stability in the Special Emergency Contract for Pregnant Women in Ecuador

Recepción: 7 de julio de 2026

Revisión: 20 de julio de 2026

Aceptación: 28 de agosto de 2026

Publicación: 2 de octubre de 2026

Cristian Fernando Verdugo Gárate



Función Judicial del Azuay

cristian.verdugo@funcionjudicial.gob.ec

<https://orcid.org/0009-0000-6778-8697>



<https://doi.org/10.26871/directum.v3.nSI.61>

Cita sugerida:

Verdugo Gárate, C. F. (2026). Flexibilidad y estabilidad laboral en el contrato especial emergente para mujeres embarazadas en Ecuador. *Revista de Derecho Directum*, 3(esp.), 44-60. DOI: <https://doi.org/10.26871/directum.v3.nSI.61>

Resumen

La pandemia por COVID-19 obligó a Ecuador a implementar medidas excepcionales para proteger la economía y el empleo. En este contexto, la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario introdujo el contrato especial emergente, destinado a garantizar la continuidad productiva mediante la flexibilidad laboral. Sin embargo, la Constitución y el Código del Trabajo protegen de manera reforzada a las mujeres embarazadas y en período de lactancia, prohibiendo despidos arbitrarios y asegurando igualdad y no discriminación. Este estudio, con un enfoque cualitativo documental-analítico, analiza la interrelación entre estas disposiciones, revisando la legislación vigente y la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la Corte Nacional de Justicia. Los resultados demuestran que, aunque el contrato especial emergente permite flexibilidad, la estabilidad laboral reforzada para mujeres embarazadas prevalece como derecho absoluto. Asimismo, se identifican desafíos de implementación y la necesidad de mecanismos claros de registro y notificación por parte del empleador para garantizar la seguridad jurídica. La investigación concluye que los derechos fundamentales deben prevalecer sobre la flexibilidad contractual y propone futuras líneas de estudio sobre la aplicación práctica de estos contratos en el contexto laboral ecuatoriano.

Palabras clave: flexibilidad laboral, estabilidad laboral reforzada, contrato especial emergente, mujeres embarazadas, Ecuador.

Abstract

The COVID-19 pandemic compelled Ecuador to implement exceptional measures to protect the economy and employment. In this context, the Organic Humanitarian Support Law introduced the special emergency contract, designed to ensure productive continuity through labor flexibility. However, the Constitution and the Labor Code provide reinforced protection for pregnant and breastfeeding women, prohibiting arbitrary dismissals and guaranteeing equality and non-discrimination. This qualitative, documentary-analytical study analyzes the interaction between these provisions, reviewing current legislation and jurisprudence from the

Constitutional Court and the National Court of Justice. The findings show that, while the special emergency contract allows flexibility, reinforced labor stability for pregnant women prevails as an absolute right. Furthermore, the study identifies implementation challenges and the need for clear registration and notification mechanisms by employers to ensure legal certainty. The research concludes that fundamental rights must prevail over contractual flexibility and suggests future studies on the practical application of these contracts in the Ecuadorian labor context.

Keywords: Labor Flexibility, Reinforced Labor Stability, Special Emergency Contract, Pregnant Women, Ecuador.

Introducción

La pandemia por COVID-19 generó impactos significativos en la economía y el mercado laboral de Ecuador, obligando al Estado a adoptar medidas excepcionales para mitigar los efectos adversos sobre la productividad, el empleo y la salud pública. Dentro de este contexto, la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para Combatir la Crisis Sanitaria Derivada del COVID-19 introdujo el contrato especial emergente, diseñado como un mecanismo de flexibilidad laboral destinado a garantizar la continuidad de la producción y las fuentes de ingresos frente a situaciones emergentes. Simultáneamente, la Constitución de la República del Ecuador y el Código del Trabajo establecen garantías reforzadas de estabilidad laboral para mujeres embarazadas y en período de lactancia, prohibiendo despidos arbitrarios y protegiendo los derechos fundamentales de igualdad y no discriminación.

El presente estudio tiene como objetivo analizar la interrelación entre la flexibilidad laboral derivada del contrato especial emergente y la protección reforzada de la estabilidad laboral para mujeres embarazadas en Ecuador. Se revisan los marcos legales, las obligaciones del empleador, las características de los contratos de tiempo definido y la jurisprudencia que establece la prevalencia de la protección laboral especial sobre la libertad contractual, proporcionando un enfoque integral sobre los límites y alcances de estas normas en el contexto laboral actual.

Desarrollo

El análisis de la regulación laboral en Ecuador requiere comprender simultáneamente los principios constitucionales, la legislación vigente y la evolución doctrinaria que sustentan la protección de los derechos de las trabajadoras. En materia laboral, los principios cumplen una función importante, debido a que buscan garantizar relaciones de trabajo justas, proteger los derechos de las personas trabajadoras y establecer límites frente a posibles abusos por parte de los empleadores. En el Ecuador, los principales fundamentos constitucionales del derecho al trabajo se encuentran establecidos en el artículo 326 de la Constitución de la República del Ecuador (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Uno de estos principios establece que el Estado debe impulsar el pleno empleo y la eliminación del subempleo y del desempleo. Esta disposición reconoce al trabajo como un elemento fundamental para el desarrollo económico y social, por lo que corresponde al Estado promover políticas y oportunidades que permitan a las personas acceder a un empleo digno y estable. De esta manera, se busca fortalecer tanto el bienestar individual como el desarrollo colectivo.

Otro principio fundamental es el carácter irrenunciable e intangible de los derechos laborales. Esto significa que las personas trabajadoras no pueden renunciar voluntariamente a los derechos que les reconoce la legislación laboral, ni estos pueden ser modificados de manera que se afecte su contenido esencial. La irrenunciabilidad constituye una limitación a la autonomía de la voluntad destinada a proteger al trabajador frente a posibles acuerdos que disminuyan sus derechos mínimos (Guerrón Ayala, 2001). Por ello, cualquier estipulación contractual que contradiga estos derechos carece de validez jurídica.

Asimismo, la Constitución establece el principio de interpretación más favorable para la persona trabajadora cuando exista duda respecto del alcance de una disposición legal, reglamentaria o contractual en materia laboral. Este criterio, conocido como *in dubio pro operario*, busca compensar la desigualdad existente entre trabajador y empleador y garantizar una interpretación que favorezca la protección de los derechos laborales. En este sentido, ante distintas posibilidades de interpretación, debe preferirse aquella que resulte más beneficiosa para la persona trabajadora (Guerrero Salgado y Macías Quisaguano, 2019).

Finalmente, el principio de que a trabajo de igual valor corresponde igual remuneración constituye una garantía de igualdad y no discriminación en el ámbito laboral. Su finalidad es asegurar que las personas reciban una remuneración justa de acuerdo con el valor del trabajo realizado, sin que factores personales ajenos a la actividad laboral sean utilizados para establecer diferencias injustificadas. Este principio contribuye a promover la equidad salarial y a fortalecer la protección constitucional de los derechos de los trabajadores. En el contexto del derecho laboral, el tratadista Cabanellas de Torres (2005) define el trabajo:

El esfuerzo humano, físico o intelectual, aplicado a la producción u obtención de la riqueza.
Toda actividad susceptible de valoración económica por la tarea, el tiempo o el rendimiento.
Ocupación de conveniencia social o individual, dentro de la licitud. (p. 376)

Por su parte, el legislador ecuatoriano, en el artículo 1 del Código del Trabajo, establece normas relativas al trabajo que serán aplicadas en los casos específicos a los que se refieren. La Constitución garantiza a las personas trabajadoras el pleno respeto a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas, así como el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido o aceptado (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 33). De este modo, el trabajo se entiende como un derecho y un deber social, siendo obligatorio en la forma y con las limitaciones prescritas en la Constitución y en la legislación vigente (Código del Trabajo, 2021, art. 2).

Metodología

Esta investigación se desarrolló mediante un enfoque cualitativo con diseño documental-analítico, basado en el análisis sistemático de fuentes normativas, doctrinarias y jurisprudenciales relacionadas con la flexibilidad laboral derivada del contrato especial emergente y la protección reforzada de la estabilidad laboral para mujeres embarazadas en Ecuador. El método principal utilizado fue el jurídico-dogmático, que permitió un estudio exegético de la legislación vigente, complementado con el método analítico-sintético para examinar las disposiciones legales en sus componentes esenciales y establecer las relaciones entre los diferentes cuerpos normativos. Asimismo, se aplicó el método comparativo para contrastar las regulaciones sobre flexibilidad laboral derivada del contrato especial emergente con la protección reforzada de la estabilidad laboral para mujeres embarazadas.

El procedimiento de recolección de información se realizó mediante la revisión exhaustiva de fuentes primarias, incluyendo la Constitución de la República del Ecuador, Código del Trabajo, Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para Combatir la Crisis Sanitaria Derivada del COVID-19, Reglamento de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario y la Ley Orgánica para la Justicia Laboral y el Reconocimiento del Trabajo en el Hogar. También como fuentes primarias se consultaron sentencias de la Corte Constitucional del Ecuador sobre la garantía de motivación y la protección laboral de mujeres embarazadas y en período de lactancia, así como sentencias de la Corte Nacional de Justicia.

El análisis de la información se estructuró en tres fases: primero, la identificación y sistematización de las disposiciones normativas aplicables a la flexibilidad laboral derivada del contrato especial emergente y a la protección reforzada de la estabilidad laboral para mujeres embarazadas en Ecuador; segundo, la síntesis crítica de las normas, que permitió identificar coherencias, vacíos legales y desafíos de implementación en el contexto ecuatoriano; y tercero, la integración de la jurisprudencia y doctrina para respaldar la interpretación normativa. Los criterios de selección de fuentes incluyeron la actualidad normativa, priorizando aquellas que reflejaran el estado vigente de la legislación ecuatoriana sobre flexibilidad y estabilidad laboral reforzada para mujeres embarazadas. Este procedimiento aseguró que la investigación se fundamentara en información confiable y pertinente para el análisis jurídico y académico.

Resultados

La emergencia sanitaria generada por la pandemia de COVID-19 impulsó la creación del contrato especial emergente, una figura legal orientada a garantizar la continuidad de la producción y la estabilidad económica, sin comprometer los principios y derechos

fundamentales de las personas trabajadoras, especialmente de las mujeres en estado de gestación o lactancia. A continuación, se presentan los resultados de este estudio, que integran la doctrina especializada, la normativa laboral y la jurisprudencia relevante, permitiendo una comprensión integral de los alcances y limitaciones de estas disposiciones en el contexto ecuatoriano.

En este marco de protección laboral, para abordar el problema objeto de estudio, es necesario comprender el contexto en el que fue promulgada la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para Combatir la Crisis Sanitaria Derivada del COVID-19. El objetivo principal de esta ley fue mitigar los efectos negativos de la crisis sanitaria, salvaguardando la productividad, el empleo y la salud, así como impulsar la reactivación económica. Como respuesta legislativa a los desafíos económicos y laborales generados por la pandemia, se introdujo un nuevo tipo de contrato laboral, caracterizado por ser de tiempo definido y diseñado para situaciones emergentes que afecten la sostenibilidad de la producción y las fuentes de ingresos. Esta modalidad también aplica para nuevas inversiones, líneas de negocio, productos o servicios, ampliaciones o extensiones del negocio, modificaciones del giro empresarial, incremento en la oferta de bienes y servicios por parte de personas naturales o jurídicas, nuevas o existentes, o para atender necesidades de mayor demanda de producción o servicios en las actividades del empleador (Ley Orgánica de Apoyo Humanitario, 2020, art. 19).

Conforme lo define Cabanellas de Torres (2005), el término “emergente” hace referencia a aquello que nace, surge o tiene principio de otra cosa, como el daño emergente, que se refiere al deterioro, perjuicio o detrimento que las cosas o bienes sufren. En consecuencia, el objetivo de la ley en relación con el contrato especial emergente se enmarca dentro de las medidas de apoyo para combatir el desempleo y el subempleo, proporcionando cierto grado de flexibilidad laboral para adaptarse a las circunstancias excepcionales generadas por la crisis del COVID-19 (Cabanellas de Torres, 2005). En el artículo 19 de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para Combatir la Crisis Sanitaria Derivada del COVID-19 se define el contrato especial emergente:

Es aquel contrato individual de trabajo por tiempo definido que se celebra para la sostenibilidad de la producción y fuentes de ingresos en situaciones emergentes o para nuevas inversiones o líneas de negocio, productos o servicios, ampliaciones o extensiones del negocio, modificación del giro del negocio, incremento en la oferta de bienes y servicios por parte de personas naturales o jurídicas, nuevas o existentes o en el caso de necesidades de mayor demanda de producción o servicios en las actividades del empleador. (Ley Orgánica de Apoyo Humanitario, 2020, art. 19)

En ese mismo sentido, el artículo 19 de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario establece lo siguiente respecto de la celebración del contrato:

El contrato se celebrará por el plazo máximo de un (1) año y podrá ser renovado por una sola vez por el mismo plazo. La jornada laboral ordinaria objeto de este contrato podrá ser parcial o completa, con un mínimo de veinte (20) y un máximo de cuarenta (40) horas semanales, distribuidas en un máximo de seis (6) días a la semana sin sobrepasar las ocho (8) horas diarias, y su remuneración y beneficios de ley serán proporcionales, de acuerdo con la jornada pactada. El descanso semanal será al menos de veinticuatro horas consecutivas. Las horas que excedan de la jornada pactada se pagarán con sujeción a lo determinado en el artículo 55 del Código del Trabajo. (Ley Orgánica de Apoyo Humanitario, 2020, art. 19)

Al concluir el contrato o si el empleado renuncia voluntariamente antes de la fecha fijada, se le deben pagar sus sueldos pendientes, la bonificación por desahucio y los demás derechos que establece el Código del Trabajo. Por otro lado, si la persona sigue trabajando una vez vencido el plazo estipulado, la relación laboral pasa automáticamente a ser de carácter indefinido con todas sus implicaciones legales (Ley Orgánica de Apoyo Humanitario, 2020, art. 19).

No obstante, es necesario considerar lo resuelto por la Corte Constitucional del Ecuador en la Sentencia N.º 49-20-IN/25 y acumulados del 14 de febrero de 2025, emitida dentro del control de constitucionalidad de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario. En dicha decisión, con efectos *erga omnes*, se declaró la inconstitucionalidad del artículo 16, del primer inciso del artículo 17, del artículo 18 y de la frase “o si la terminación se da por decisión unilateral del empleador” contenida en el penúltimo inciso del artículo 19 de la referida ley. En consecuencia, a partir de esta sentencia, cuando el contrato es terminado por decisión unilateral del empleador, corresponde el pago de la indemnización por despido intempestivo (Corte Constitucional del Ecuador, 2025). Asimismo, el artículo 15 del Reglamento General de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario establece lo siguiente:

El contrato especial emergente podrá celebrarse a jornada completa o jornada parcial. El empleador deberá registrar en el Sistema Único de Trabajo el contrato suscrito con el trabajador, con indicación expresa del plazo de vigencia y de la razón por la cual el empleador lo suscribe, de conformidad con el artículo 19 de la Ley. (Reglamento General de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario, 2020, art. 15)

De esta manera, resulta evidente que el legislador ha establecido condiciones y circunstancias específicas para la suscripción de este tipo de contrato, imponiendo al empleador la obligación de registrarlo en el Sistema Único de Trabajo, indicando el plazo de vigencia y la justificación de su suscripción. Esto busca garantizar la transparencia y la correcta

fundamentación de la contratación bajo esta modalidad, evitando su desnaturalización y asegurando su adecuado funcionamiento.

Por lo tanto, el contrato especial emergente constituye una modalidad contractual de duración determinada, con un plazo máximo de un año, renovable únicamente una vez por el mismo período. De manera expresa, la ley establece que, si al concluir el plazo acordado la relación laboral continúa sin interrupción, dicho contrato se considerará indefinido, generando todos los efectos legales propios de esta modalidad contractual. En otras palabras, la prestación de servicios más allá del plazo originalmente pactado transforma jurídicamente la naturaleza del contrato en uno de carácter indefinido (Ley Orgánica de Apoyo Humanitario, 2020, art. 19).

En consecuencia, la temporalidad del contrato no se satisface únicamente mediante la estipulación de un plazo en el contrato. Para evitar su renovación tácita o la conversión a contrato indefinido, se requiere una manifestación clara, inequívoca y oportuna por parte del empleador al momento de finalizar el plazo contractual. Si bien la ley no exige expresamente una notificación formal por escrito para su terminación, los principios de seguridad jurídica, buena fe contractual y protección del trabajador obligan al empleador a comunicar de manera expresa y verificable su decisión de no renovar el contrato. De no cumplirse esta exigencia, se corre el riesgo de que el vínculo contractual se desnaturalice, generando una presunción de continuidad laboral, conforme al principio de estabilidad consagrado en los artículos 33 y 326 de la Constitución de la República del Ecuador (Constitución de la República del Ecuador, 2008, arts. 33 y 326).

Ahora bien, la flexibilización de las relaciones laborales como consecuencia de la pandemia de COVID-19 generó ciertos conflictos en relación con la protección de las mujeres embarazadas y en período de lactancia. El artículo 43 de la Constitución de la República del Ecuador garantiza su derecho a no ser discriminadas por causa del embarazo en los ámbitos educativo, social y laboral. Con el propósito de fortalecer la protección y garantizar la efectividad de este derecho, se expidió la Ley Orgánica para la Justicia Laboral y el Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, publicada en el Registro Oficial N.º 483, de 20 de abril de 2015. En desarrollo de este marco constitucional, el artículo 153 del Código del Trabajo establece lo siguiente sobre la protección de la mujer embarazada:

No se podrá dar por terminado el contrato de trabajo por causa del embarazo de la mujer trabajadora y el empleador no podrá reemplazarla definitivamente dentro del período de doce semanas que fija el artículo anterior. Durante este lapso la mujer tendrá derecho a percibir la remuneración completa, salvo el caso de lo dispuesto en la Ley de Seguridad Social, siempre que cubra en forma igual o superior los amparos previstos en este Código. La o el juzgador dispondrá el reintegro inmediato al trabajo de la mujer despedida en estado de embarazo o en periodo de lactancia. (Código del Trabajo, 2021, art. 153)

Asimismo, el artículo 195.1 del mismo cuerpo legal dispone en lo que concierne a la prohibición de despido y declaratoria de ineficacia lo siguiente:

Se considerará ineficaz el despido intempestivo de personas trabajadoras en estado de embarazo o asociado a su condición de gestación o maternidad, en razón del principio de inamovilidad que les ampara. Las mismas reglas sobre la ineficacia del despido serán aplicables a los dirigentes sindicales en cumplimiento de sus funciones por el plazo establecido en el artículo 187. (Código del Trabajo, 2021, art. 195.1)

El despido de una mujer embarazada o en período de lactancia constituye un despido injustificado agravado, en tanto no solo vulnera el derecho a la estabilidad laboral, como en cualquier despido intempestivo, sino que además transgrede derechos fundamentales como la igualdad y la no discriminación. Este tipo de despido, por contener un doble ilícito —la terminación arbitraria del contrato y la discriminación por motivo de embarazo—, reviste un carácter especialmente grave y, por tanto, no puede ser reparado únicamente mediante una indemnización económica, pues ello equivaldría a legitimar la violación de derechos fundamentales a cambio de una compensación monetaria.

En el caso específico, el fuero de maternidad presume que el despido de la mujer trabajadora durante el tiempo de embarazo o en los meses posteriores al parto ocurre por razón de su estado de gravidez. Esta protección se aplica únicamente bajo la condición de gestación, momento en el cual la trabajadora adquiere protección especial.

El Código del Trabajo, en sus artículos 153 y 154, establece normativamente los derechos constitucionales que prohíben la terminación del contrato por causa de embarazo, así como el reemplazo definitivo de la trabajadora y cualquier despido intempestivo, salvo por las causas legales de terminación del contrato. Esta regulación se fundamenta en la Constitución, que busca evitar la discriminación de la trabajadora embarazada y desarrollar el derecho a la igualdad, asegurando que nadie sea tratado de manera diferente y promoviendo condiciones que hagan efectiva la igualdad, especialmente para personas en situación de vulnerabilidad económica, física o mental (Código del Trabajo, 2021, arts. 153-154; Constitución de la República del Ecuador, 2008, arts. 11 y 66). La Corte Nacional de Justicia, mediante Resolución N.º 06-2016, publicada en el Suplemento del Registro Oficial N.º 873 el 31 de octubre de 2016, estableció como precedente jurisprudencial obligatorio lo dispuesto en el artículo 3 de dicha resolución, señalando lo siguiente:

Para que sean aplicables las garantías a la mujer en estado de gestación contempladas en el artículo 154 del Código del Trabajo, es necesario que se haya notificado previamente al empleador haciendo conocer esa condición, mediante el certificado otorgado por un profesional del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, y a falta de éste, por otro facultativo; salvo que el estado de embarazo de la demandante sea notorio; o que exista prueba

fehaciente que demuestre que el empleador conocía por algún otro medio del estado de gestación de la trabajadora. (Corte Nacional de Justicia, 2016, Resolución N.º 06-2016, art. 3)

La Corte Constitucional del Ecuador (2023), en la Sentencia N.º 2997-19-EP/23, ha sostenido que, conforme a su línea jurisprudencial, los derechos de las mujeres embarazadas y la protección especial que les asiste han sido objeto de un desarrollo progresivo. En este sentido, en la Sentencia N.º 3-19-JP/20, la Corte Constitucional reconoció expresamente lo siguiente:

Los contratos ocasionales, los nombramientos provisionales y los cargos de libre remoción no deben cambiar de naturaleza jurídica, sino que tienen un régimen especial debido al derecho a la protección especial, a la no discriminación y al derecho [al] cuidado que tienen las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia. (Corte Constitucional del Ecuador, 2020b, párr. 169)

Asimismo, respecto de la estabilidad laboral reforzada de la que gozan las mujeres embarazadas, precisó: “La Corte considera que independientemente del tipo de contrato o cargo no se contabilizará la protección especial en atención al cierre del año fiscal, sino que durará hasta el fin del periodo de lactancia” (Corte Constitucional del Ecuador, 2020b, párr. 176). Por su parte, la Corte Nacional de Justicia, en la sentencia emitida dentro del juicio N.º 01371-2023-00333, manifestó:

Resulta pertinente pronunciarse sobre la línea jurisprudencial que ha desarrollado la Corte Constitucional del Ecuador en torno a la garantía de estabilidad laboral reforzada en el caso de las mujeres embarazadas. Esta línea reconoce la prohibición que recae sobre los empleadores de despedir a una mujer en estado de embarazo, maternidad o lactancia, debido a la protección especial que el Estado les otorga. Estos grupos forman parte de lo que la Constitución de la República denomina “grupos de atención prioritaria”, conforme lo establece el artículo 35. En virtud de ello, requieren una protección especial y prioritaria que garantice el pleno ejercicio de sus derechos constitucionales, ya que históricamente han sido marginadas o excluidas en distintos ámbitos de la sociedad, incluida la esfera laboral. (Corte Nacional de Justicia, 2025, juicio N.º 01371-2023-00333)

A partir de esta premisa, la Corte Nacional reconoce que la estabilidad laboral reforzada es una garantía de carácter absoluto, lo que implica que un despido efectuado contra una mujer embarazada carece de efectos jurídicos. En cuanto a las modalidades contractuales que, por su propia naturaleza, no generan estabilidad o permanencia, como los contratos ocasionales o los nombramientos provisionales, la Corte ha sido enfática al señalar: “Si la mujer embarazada se encuentra vinculada mediante alguna de estas

modalidades, no puede darse por terminada la relación laboral sino hasta que finalice su periodo de lactancia. Es decir, la vigencia del vínculo laboral se prorroga temporalmente” (Corte Nacional de Justicia, 2025, juicio N.º 01371-2023-00333).

En esta línea, la Corte Nacional reconoció que la estabilidad laboral reforzada es una garantía absoluta, por lo que un despido en contra de una mujer embarazada carece de efecto jurídico. Incluso en modalidades contractuales que no generan estabilidad, como los contratos ocasionales o durante el período de prueba, prevalece el derecho a la protección reforzada sobre la libertad de contratación del empleador. Por lo tanto, no es posible dar por terminada la relación laboral de una mujer embarazada o en período de lactancia sino hasta la finalización del período de protección (Código del Trabajo, 2021, art. 195.3).

En tal virtud, si el empleador tenía conocimiento del nacimiento del hijo de la trabajadora y durante el período correspondiente a la licencia de maternidad o lactancia la trabajadora es notificada con la decisión del empleador de no renovar el contrato especial emergente, procede la declaratoria de ineficacia del despido conforme lo establece el artículo 195.3 del Código del Trabajo (Código del Trabajo, 2021, art. 195.3).

Esta problemática fue analizada por la Corte Constitucional del Ecuador en la Sentencia N.º 36-22-CN/26, originada en una consulta de norma planteada dentro de un proceso por despido ineficaz presentado por una trabajadora contra Ecoflor Groupchile Cía. Ltda. La trabajadora había sido desvinculada pocos días después de haber dado a luz, pese a mantener un contrato especial emergente con la empresa (Corte Constitucional del Ecuador, 2026).

En esta sentencia, la Corte Constitucional examinó la constitucionalidad del artículo 19 de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario y determinó que su aplicación automática, particularmente respecto de la terminación del contrato por el cumplimiento del plazo máximo de un año, podría resultar incompatible con la protección constitucional reforzada de las mujeres embarazadas y en período de lactancia. La Corte consideró que la aplicación de esta disposición debía realizarse de manera compatible con los derechos reconocidos en los artículos 43, 331 y 332 de la Constitución de la República del Ecuador, relacionados con la protección especial, la igualdad y no discriminación, y la protección laboral de las mujeres (Corte Constitucional del Ecuador, 2026).

Por esta razón, la Corte Constitucional estableció una interpretación conforme a la Constitución del artículo 19 de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario. En consecuencia, cuando una trabajadora se encuentre embarazada o en período de lactancia y la terminación del contrato especial emergente se produzca por el cumplimiento de su plazo, deben considerarse medidas que garanticen su protección laboral reforzada. La Corte determinó dos alternativas: la extensión del contrato hasta la finalización del período de lactancia, sin que ello implique convertirlo en un contrato de duración indefinida; o la utilización de otra modalidad de contratación que garantice la continuidad laboral y mantenga las

mismas o mejores condiciones de trabajo y remuneración hasta la culminación del período de lactancia (Corte Constitucional del Ecuador, 2026).

Esta decisión guarda relación con la jurisprudencia constitucional previa sobre la protección reforzada de las mujeres embarazadas y en período de lactancia. Por ejemplo, en la Sentencia N.º 108-14-EP/20, la Corte Constitucional sostuvo que, aun cuando determinados contratos tengan una duración temporal, la protección especial de las mujeres embarazadas y en período de lactancia puede justificar su extensión o renovación hasta la culminación del período de lactancia, debido a la prevalencia de esta garantía constitucional frente al límite temporal del contrato (Corte Constitucional del Ecuador, 2020a).

En este sentido, la protección laboral reforzada busca evitar que el embarazo, el parto o el período de lactancia se conviertan en circunstancias que generen discriminación o pérdida injustificada del empleo. Por tanto, las modalidades contractuales de carácter temporal no pueden aplicarse de manera automática cuando ello implique desconocer derechos constitucionales de las trabajadoras que se encuentran en una situación de especial protección.

La Sentencia N.º 36-22-CN/26 también resolvió la causa acumulada N.º 17-24-CN, relacionada con una trabajadora que presentó una acción por despido ineficaz contra Indurama Ecuador S. A., alegando que fue desvinculada mientras se encontraba embarazada mediante un contrato de características similares. La Corte utilizó ambos casos para analizar la compatibilidad constitucional del artículo 19 de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario y establecer criterios aplicables a situaciones semejantes (Corte Constitucional del Ecuador, 2026).

En conclusión, la jurisprudencia constitucional ecuatoriana reafirma que la protección laboral de las mujeres embarazadas y en período de lactancia posee un carácter reforzado y debe prevalecer frente a una aplicación estrictamente formal de las modalidades contractuales temporales. La terminación de un contrato especial emergente por el simple cumplimiento de su plazo no puede desconocer esta protección cuando la trabajadora se encuentre embarazada o en período de lactancia. En estos casos, corresponde garantizar la continuidad laboral mediante la extensión del contrato hasta la culminación del período de lactancia o mediante otra modalidad contractual que asegure condiciones laborales iguales o superiores. De esta manera, la Corte Constitucional busca armonizar la aplicación de las medidas laborales adoptadas durante la emergencia sanitaria con los principios constitucionales de igualdad, no discriminación, protección especial y estabilidad laboral reforzada (Corte Constitucional del Ecuador, 2026).

En síntesis, los resultados evidencian que el contrato especial emergente constituye un mecanismo legal de flexibilidad laboral cuidadosamente regulado, que busca equilibrar la continuidad de la producción con la protección de los derechos fundamentales de las trabajadoras, particularmente de aquellas en estado de gestación o lactancia. La normativa

ecuatoriana, complementada con la jurisprudencia de la Corte Nacional de Justicia y la Corte Constitucional, refuerza la estabilidad laboral de este grupo, imponiendo límites claros a la terminación de los contratos y estableciendo garantías absolutas frente a despidos injustificados. Estos hallazgos permiten comprender no solo la estructura legal del contrato y sus condiciones, sino también la interacción entre flexibilidad laboral y protección especial, sirviendo como base para un análisis crítico sobre la efectividad y los desafíos de implementación de estas medidas en la práctica laboral ecuatoriana.

Discusión

Los hallazgos de esta investigación evidencian una tensión normativa entre la flexibilidad laboral derivada del contrato especial emergente y la protección reforzada de la estabilidad laboral para mujeres embarazadas en Ecuador. Por un lado, la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario introdujo un mecanismo contractual de duración determinada, renovable y adaptable a situaciones emergentes, con el fin de garantizar la continuidad de la producción y la preservación de empleos frente a crisis sanitarias y económicas (Ley Orgánica de Apoyo Humanitario, 2020, art. 19). Por otro lado, el marco constitucional y laboral ecuatoriano protege de manera absoluta a las mujeres en estado de gravidez, estableciendo la prohibición de despido y la garantía de estabilidad laboral, incluso frente a modalidades contractuales temporales o especiales (Código del Trabajo, 2021, arts. 153 y 195.1; Constitución de la República del Ecuador, 2008, arts. 11, 33, 43, 66).

El análisis comparativo con la doctrina de Cabanellas de Torres (2005) y la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la Corte Nacional de Justicia muestra que el derecho a la estabilidad laboral reforzada prevalece sobre la flexibilidad contractual. Los fallos judiciales confirman que la protección de la trabajadora embarazada es de carácter absoluto, y cualquier intento de dar por terminado el contrato especial emergente durante el embarazo o la lactancia constituye un despido nulo, incluso si la relación laboral se desarrolla bajo modalidades de contrato temporal o de emergencia (Corte Constitucional del Ecuador, 2020b, Sentencia N.º 3-19-JP/20; Corte Nacional de Justicia, 2025, juicio N.º 01371-2023-00333). Esto está en concordancia con los principios de igualdad, no discriminación y protección de grupos vulnerables que establece la Constitución ecuatoriana.

Un hallazgo inesperado de este estudio fue que, aunque la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario buscaba flexibilizar la contratación para atender emergencias económicas, su aplicación frente a trabajadoras embarazadas no puede comprometer sus derechos fundamentales. Esto refleja un equilibrio normativo complejo entre la flexibilidad laboral y la protección reforzada, evidenciando que las medidas de emergencia no pueden legítimar

prácticas discriminatorias ni disminuir la estabilidad laboral de mujeres en situación de vulnerabilidad.

Entre las limitaciones de este estudio se encuentra la naturaleza documental-analítica, que impidió observar la implementación práctica de estos contratos en el contexto laboral real. Futuras investigaciones podrían incorporar estudios empíricos que analicen cómo los empleadores aplican la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario en relación con trabajadoras embarazadas y si existen brechas entre la norma y la práctica.

En términos de implicaciones, los hallazgos demuestran que la estabilidad laboral reforzada para mujeres embarazadas actúa como un límite jurídico a la flexibilidad contractual, garantizando que los derechos fundamentales prevalezcan sobre los intereses económicos de los empleadores. Asimismo, este estudio sugiere que los mecanismos de registro y notificación previstos en la Ley son esenciales para la seguridad jurídica, evitando la desnaturalización de los contratos y asegurando la correcta aplicación de la normativa laboral.

Conclusiones

La presente investigación confirma que la flexibilidad laboral derivada del contrato especial emergente y la protección reforzada de la estabilidad laboral para mujeres embarazadas coexisten dentro de un marco normativo jerárquico en el que los derechos fundamentales prevalecen. La normativa ecuatoriana, respaldada por la Constitución y la jurisprudencia, establece que la estabilidad laboral reforzada de las trabajadoras embarazadas es de carácter absoluto, aplicable incluso a contratos temporales o de emergencia, garantizando el pleno ejercicio de los derechos a la igualdad, la no discriminación y la protección especial.

Se concluye que, aunque el contrato especial emergente constituye un instrumento útil para mitigar los efectos de crisis sanitarias y económicas, su implementación no puede vulnerar la protección constitucional de las mujeres embarazadas. Este estudio aporta evidencia jurídica que refuerza la necesidad de interpretar las normas laborales con una perspectiva de derechos fundamentales, asegurando que cualquier medida de flexibilidad laboral se aplique dentro de los límites de la legalidad y la protección social.

Finalmente, se recomienda que futuras investigaciones analicen la aplicación práctica de estos contratos y evalúen la efectividad de los mecanismos de control y registro, con el objetivo de garantizar que la protección laboral reforzada para mujeres embarazadas sea respetada en todos los niveles de la relación laboral, evitando vacíos normativos y fortaleciendo la justicia laboral en Ecuador.

Referencias bibliográficas

- Cabanellas de Torres, G. (2005). *Diccionario enciclopédico de derecho usual: Teoría y práctica*. Abeledo Perrot.
- Código del Trabajo. (2021). Codificación N.º 17, Registro Oficial N.º 167, suplemento, 16 de diciembre de 2005. <https://www.tce.gob.ec/wp-content/uploads/2022/01/Codigo-del-Trabajo.pdf>
- Constitución de la República del Ecuador. (2008, 20 de octubre). Registro Oficial N.º 449.
- Corte Constitucional del Ecuador. (s. f.). *Jurisprudencia sobre la garantía de motivación*. <https://www.corteconstitucional.gob.ec/>
- Corte Constitucional del Ecuador. (2020a, 9 de junio). *Sentencia N.º 108-14-EP/20*.
- Corte Constitucional del Ecuador. (2020b, 5 de agosto). *Sentencia N.º 3-19-JP/20 y acumulados*. <https://www.salud.gob.ec/wp-content/uploads/2020/09/3-19-JP-y-acumulados-firmado-1.pdf>
- Corte Constitucional del Ecuador. (2023, 25 de octubre). *Sentencia N.º 2997-19-EP/23*.
- Corte Constitucional del Ecuador. (2025, 14 de febrero). *Sentencia N.º 49-20-IN/25 y acumulados*.
- Corte Constitucional del Ecuador. (2026, 14 de mayo). *Sentencia N.º 36-22-CN/26* (caso N.º 36-22-CN y acumulado N.º 17-24-CN). <https://www.corteconstitucional.gob.ec/sentencia-36-22-cn-26/>
- Corte Nacional de Justicia. (2016, 28 de septiembre). *Resolución N.º 06-2016: Garantías laborales a la mujer gestante*. Registro Oficial N.º 873, suplemento, 31 de octubre de 2016. <https://www.cortenacional.gob.ec/resources/Resoluciones/Precedentes/2016/06-2016-Garantias-laborales-a-mujer-gestante.pdf>
- Corte Nacional de Justicia. (2025, 21 de mayo). *Sentencia del juicio N.º 01371-2023-00333*. <https://www.funcionjudicial.gob.ec/>
- Guerrero Salgado, E. E. y Macías Quisaguano, J. (2019). Confluencias de la doctrina jurídica de la Corte Constitucional ecuatoriana 2008-2018: Análisis de redes. *Ius Humani. Revista de Derecho*, 8, 75-98. <https://doi.org/10.31207/ih.v8i0.210>
- Guerrón Ayala, S. (2001). *Principios constitucionales del derecho del trabajo y flexibilidad laboral en el Ecuador* [Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador].
- Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para Combatir la Crisis Sanitaria Derivada del COVID-19. (2020, 22 de junio). Registro Oficial N.º 229, suplemento. https://www.emov.gob.ec/sites/default/files/transparencia_2020/a2_41.pdf

Ley Orgánica para la Justicia Laboral y el Reconocimiento del Trabajo en el Hogar. (2015, 20 de abril). Registro Oficial N.º 483, suplemento.

Reglamento General de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para Combatir la Crisis Sanitaria Derivada del COVID-19. (2020, 5 de octubre). Decreto Ejecutivo N.º 1165. Registro Oficial N.º 303, suplemento. <https://faolex.fao.org/docs/pdf/ecu200128.pdf>



Revista de Derecho Directum. Vol. 3, No. Especial, pp. 61-75. Octubre 2026
ISSN: 3028-8754. ISSN Elect. 3028-8762. Universidad Católica de Cuenca

Las lesiones terapéuticas en el COIP: un análisis desde la dogmática penal y la jurisprudencia del Tribunal Alemán

Therapeutic Injuries in the Comprehensive Organic Criminal Code (COIP): An Analysis from Criminal Law Doctrine and the Jurisprudence of the German Federal Court

Recepción: 7 de julio de 2026

Revisión: 20 de julio de 2026

Aceptación: 28 de agosto de 2026

Publicación: 2 de octubre de 2026

Diego Xavier López Jara

Investigador independiente

diegoxavierlopezjara@gmail.com

<https://orcid.org/0009-0001-6242-1586>



<https://doi.org/10.26871/directum.v3.nSI.62>

Cita sugerida:

López Jara, D. X. (2026). Las lesiones terapéuticas en el COIP: un análisis desde la dogmática penal y la jurisprudencia del tribunal alemán. *Revista de Derecho Directum*, 3(esp.), 61-75. DOI: <https://doi.org/10.26871/directum.v3.nSI.62>

Resumen

El artículo analiza la naturaleza jurídico-penal de las lesiones derivadas de intervenciones médicas terapéuticas a partir del último inciso del artículo 152 del Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano (COIP), que declara no punibles las lesiones ocasionadas por profesionales de la salud cuando actúan conforme al principio de necesidad para precautelar la salud del paciente. El objetivo es determinar si esta disposición configura una excusa legal absolutoria, una causa de justificación, un supuesto de exculpación o una hipótesis de atipicidad. Para ello, se emplea un análisis dogmático-jurídico sustentado en doctrina penal ecuatoriana, española y alemana, así como en la jurisprudencia alemana sobre intervenciones médicas curativas. El estudio contrasta la tesis de la excusa legal absolutoria, la explicación basada en el estado de necesidad justificante y la posición tradicional de la jurisprudencia alemana, que considera típica la intervención médica que afecta la integridad corporal, pero susceptible de justificación mediante el consentimiento del paciente. Los resultados muestran que la tesis de la excusa absolutoria genera consecuencias dogmáticas insostenibles, mientras que el estado de necesidad ofrece una explicación válida solo para determinados supuestos de urgencia. Se concluye que las soluciones más consistentes se encuentran en el ámbito de la justificación y que el principio de necesidad terapéutica debe analizarse conjuntamente con el consentimiento del paciente y las circunstancias concretas de la intervención médica.

Palabras clave: lesiones, necesidad terapéutica, responsabilidad penal, teoría del delito.

Abstract

This article examines the criminal-law nature of injuries resulting from therapeutic medical interventions under the final paragraph of Article 152 of Ecuador's Comprehensive Organic Criminal Code (COIP), which provides that injuries caused by healthcare professionals acting in accordance with the principle of necessity to safeguard a patient's health shall not be punishable. The study aims to determine whether this provision constitutes a statutory excuse, a ground of justification, a ground of excuse, or a case of atypicality. To address this question, the article adopts a legal-dogmatic approach based on Ecuadorian, Spanish, and German criminal-law scholarship, together with German case law concerning curative medical interventions. The analysis contrasts the statutory-excuse thesis, the justification based on necessity, and the traditional German position, according to which a medical intervention affecting bodily integrity may satisfy the elements of bodily injury but can be justified through the patient's valid consent. The findings show that the statutory-excuse thesis produces untenable dogmatic consequences, whereas necessity provides a plausible explanation only in specific emergency situations. The article concludes that the most consistent solutions lie within the framework of justification and that therapeutic necessity should be assessed together with patient consent and the particular circumstances surrounding the medical intervention.

Keywords: Bodily Injury, Therapeutic Necessity, Criminal Responsibility, Theory of the Offense.

Introducción

La labor propia y cotidiana de los galenos, sobre todo la de aquellos que se especializan en las intervenciones médicas de índole curativa, está revestida intrínsecamente de muchas interrogantes a propósito de cómo y cuándo deben responder por los resultados de sus procedimientos o por el simple hecho de realizarlos; o lo que es más difícil aún, cuál es el fundamento que legitima una intervención curativa que modifique la sustancia corporal de un paciente.

En Ecuador, inclusive para el propio gremio médico, puede ser complicada la respuesta de cuál es la justificación que habilita su proceder y los ubica dentro de los riesgos permitidos por el derecho penal, sin rebasar los límites entre lo que convierte una conducta en lícita o reprochable. Por ejemplo, a un médico que en teoría es conocedor en cuanto a las leyes que rigen su arte, pero luego en cuanto a muchas de las normas que gobiernan la vida en sociedad, le puede ser suficiente el lograr una operación exitosa para tener la conciencia limpia de que su actuar fue lícito y justificado.

Reyes Alvarado (2022) explica de una manera muy pedagógica la cuestión cuando concluye que no es sencillo explicarle a un médico que, tras años de formación en centros universitarios —gran parte de ellos públicos— para desempeñar su oficio, y después de haber superado evaluaciones estatales y alcanzar un permiso oficial para habilitarse en la medicina, cada ocasión en que practica una intervención quirúrgica ejecuta una conducta relevante para el derecho penal a la luz de la tipicidad, como si de un navajero¹ se tratase.

El Código Orgánico Integral Penal (COIP) no se refiere de forma explícita a la “necesidad terapéutica”; no obstante, conforme a una interpretación sistemática y teleológica de la disposición en conjunto con la norma penal sustantiva, es manifiesto que de entre todas las virtualidades a las que pudo referirse el “principio de necesidad”, la terapéutica es la que más respeta el espíritu de dicho artículo. En aras de no caer en ligerezas, aquello puede ser comprobado sencillamente incluso a través del uso de la semántica, pues la norma incluye las siguientes constantes: profesionales de la salud, acciones terapéuticas y salud del paciente.

Existe un viejo adagio latino del derecho que sostiene que en lo claro no se practica interpretación: *in claris non fit interpretatio*. No obstante, algo de oscuridad latente existe en esta norma, pues en Ecuador no existe una postura clara y definida sobre las consecuencias jurídicas de la existencia de aquel enunciado. Tampoco existe claridad en cuanto a la posición que el legislador ecuatoriano ha adoptado frente a la legitimidad de las intervenciones médicas curativas.

¹ En Alemania: “*der Arzt als Messerstecher*”, un ejemplo clásico del derecho penal de la medicina.

Ahora bien, la cuestión dificultosa que circunda a esta exención tiene que ver con el principio de necesidad terapéutica regulado en el artículo 152 del COIP (2014), que regula las lesiones, y si este funge o debe fungir como una excusa legal absolutoria, una causa de justificación o exculpación, o si se trata más bien de un presupuesto de atipicidad. Siendo así, el artículo señala que la persona que lesione a otra será sancionada de acuerdo con las siguientes reglas:

1. Si como resultado de las lesiones se produce en la víctima un daño, enfermedad o incapacidad de cuatro a ocho días, será sancionada con pena privativa de libertad de treinta a sesenta días.
2. Si produce a la víctima un daño, incapacidad o enfermedad de nueve a treinta días, será sancionada con pena privativa de libertad de dos meses a un año.
3. Si produce a la víctima un daño, incapacidad o enfermedad de treinta y uno a noventa días, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.
4. Si produce a la víctima una grave enfermedad o una disminución de sus facultades físicas o mentales o una incapacidad o enfermedad, que no siendo permanente, supere los noventa días, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años.
5. Si produce a la víctima enajenación mental, pérdida de un sentido o de la facultad del habla, inutilidad para el trabajo, incapacidad permanente, pérdida o inutilización de algún órgano o alguna grave enfermedad transmisible e incurable, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

Si la lesión se produce durante concentraciones masivas, tumulto, conmoción popular, evento deportivo o calamidad pública, será sancionada con el máximo de la pena privativa de libertad prevista para cada caso, aumentada en un tercio. La lesión causada por infringir un deber objetivo de cuidado, en cualquiera de los casos anteriores, será sancionada con pena privativa de libertad de un cuarto de la pena mínima prevista en cada caso.

Para la determinación de la infracción del deber objetivo de cuidado se considerará lo previsto en el artículo 146. No serán punibles las lesiones derivadas de acciones terapéuticas ejecutadas por profesionales de la salud en cumplimiento del principio de necesidad² que precautele la salud del paciente. (COIP, 2014, art. 152)

En Ecuador existen únicamente dos pronunciamientos teóricos importantes sobre la naturaleza dogmática del inciso final del artículo 152 del COIP, uno y otro provenientes de la reflexión de Felipe Rodríguez Moreno y Wilson Guillermo Espín Rosales. Para el

² Aunque es evidente que el legislador se refiere al principio de necesidad médica como criterio objetivo, puede existir tentación de interpretar este principio como si del estado de necesidad se tratase.

primero, esta disposición es propia de una excusa legal absolutoria, mientras que, para el segundo, el legislador quiso más bien referirse a un supuesto de estado de necesidad justificante. A continuación, analizaré cada una de estas posturas y buscaré justificar por qué el primer postulado es incorrecto y el segundo puede ser correcto si se realizan algunas mejoras dogmáticas. Al hacerlo, realizaré una breve parada en la posición del Tribunal Federal alemán, que parece ser la teoría más aceptada en la doctrina actual. Finalmente, demostraré que las mejores tesis pasan por la justificación.

La tesis de la excusa legal absolutoria

Una vez recorrido todo el algoritmo welzeliano, es muy tentador resolver la cuestión de las lesiones terapéuticas en el COIP reduciendo la expresión “no serán punibles” a aquel lenguaje propio de las excusas legales absolutorias. No obstante, no puede perderse de vista que los elementos objetivos de la disposición —esto es, profesionales de la salud, acciones terapéuticas y salud del paciente— son más bien típicos del esbozo de una causa de justificación. Puede ser, entonces, que la norma *prima facie* nos conduzca a una conclusión dogmática motivada por razones más bien lingüísticas o de técnica legislativa poco precisa.

A este respecto, es de mencionar que el aborto terapéutico cumple así también con esa exención de punibilidad de la que están dotadas las lesiones terapéuticas analizadas en este trabajo. No obstante, aquello no menoscaba el hecho de que el aborto terapéutico sea un caso de manual de estado de necesidad, pero lo determinante aquí, sin duda, es que es el mismo legislador el que excluye la punibilidad de forma expresa cuando así lo consigna en la literalidad de la norma.

Para Kindhäuser y Zimmermann (2024), las causas personales de exclusión y supresión de la punibilidad son situaciones cuya verificación —sobre todo por apreciaciones de política criminal— no avala la criminalización de una conducta *per se* antijurídica y culpable. Es decir, si se presentan los requisitos de una causa de exclusión de la punibilidad, ergo el hecho no es punible *in limine*. En el marco de este concepto, los autores proponen como ejemplo precisamente el ya nombrado caso de la impunidad para las embarazadas, que se encuentra establecido en el § 218a “No punibilidad de la interrupción del embarazo” del Código Penal alemán o *Strafgesetzbuch* (StGB).

Para Roxin (2003), los presupuestos de la punibilidad, que solo juegan un papel en algunas pocas disposiciones penales, se encuentran dotados de una decisión sobre la necesidad de punición desde perspectivas ubicadas fuera de la teoría de los fines de la pena y que por reflexiones impropias al derecho penal (p. ej., políticas o de derecho público) justamente se atraviesan en el camino de mentados objetivos penales. Son, entonces, cuerpos atípicos dentro del derecho penal y defienden, de manera diferente a las causas

de justificación, intereses diferentes que aquí demandan inclusive la preferencia frente a los auténticos objetivos jurídico-penales.

Justamente, por razones de política criminal, el legislador ecuatoriano ha decidido preceder la descripción típica de ciertas conductas con la leyenda “no serán punibles”. Para Rodríguez Moreno (2019), la excusa legal absolutoria consiste en todas aquellas situaciones consagradas en la ley en las que el ordenamiento jurídico determina en forma expresa que la verificación del injusto típico y culpable, en el supuesto de acaecer en conjunto con ciertas características o exigencias, no será punible. Es precisamente aquella categoría donde este autor ubica al inciso final del artículo 152 del COIP.

Aquello, sin embargo, nos abandona en un escenario problemático, pues si la conducta del médico es típica, antijurídica y culpable, pero solamente no punible por razones de política criminal —es decir, una excusa absolutoria—, entonces de eso se derivan muchas consecuencias contraintuitivas e irreconciliables con un análisis dogmático serio y plausible. La más relevante es que, al tratarse de una conducta antijurídica, el paciente —o sus familiares— podrían ejercer legítima defensa contra la conducta antijurídica del médico, en los términos del artículo 33³ del COIP. Una conclusión tan absurda pone de manifiesto la insostenibilidad jurídica de la que adolece una tesis dada en los términos que se critican aquí. Sin agotar las dificultades, el médico probablemente tendría todavía que resarcir al paciente por su responsabilidad civil, pues la antijuridicidad no es una caracterización privativa del lenguaje del derecho penal, sino que irradia efectos frente a todo el ordenamiento jurídico. Por esas razones decisivas es claro que no se puede tratar en ninguna circunstancia como una excusa absolutoria.

La tesis del estado de necesidad justificante

Aunque muchas veces no se enfoquen directamente en resolver la cuestión que nos ocupa —más que para abordarla en forma secundaria o complementaria—, el estado de necesidad justificante es un denominador común que los estudiosos del derecho penal en Ecuador siempre invocan cuando se trata de desarrollar temas como las lesiones terapéuticas. Por ejemplo, Salazar Icaza (2021) sostiene en esa línea que no hay controversia en que todas las afectaciones que se verifiquen sobre el cuerpo de una persona, que sean indispensables para proteger su salud, se hallan justificadas al amparo del criterio de necesidad. Por ejemplo, es natural que para efectuar una cirugía de emergencia se deba efectuar un

³ Art. 33.- Legítima defensa.- Existe legítima defensa cuando la persona actúa en defensa de cualquier derecho, propio o ajeno, siempre y cuando concurran los siguientes requisitos: 1. Agresión actual e ilegítima. 2. Necesidad racional de la defensa. 3. Falta de provocación suficiente por parte de quien actúa en defensa del derecho.

corte quirúrgico; no obstante, aquello estará justificado si se practica bajo el criterio de la salud del paciente, esté o no presente el consentimiento expreso.

Lo cierto es que, en la dogmática penal alemana, esta tesis en particular no se considera nada descabellada. Hilgendorf (2020), por ejemplo, explora una variante en el derecho alemán, apartada de la tesis dominante del consentimiento; es decir, traza como posible una justificación en el estado de necesidad. En esa línea, marca los linderos del presupuesto fáctico preciso donde podría entrar a debatirse un estado de necesidad justificante en el derecho penal de la medicina. Es decir, se cuela en el debate una justificación del profesional de la salud vía estado de necesidad justificante, en los casos en que un paciente se atienda por un caso de urgencia y no exista consentimiento expreso para la intervención de urgencia, ni sea factible averiguar, por el apremio del caso, si hubiese habido consentimiento del paciente.

En esa misma línea, Puppe (2007) sostiene que una causa de exclusión de la antijuridicidad diferente y frecuentemente importante en las intervenciones médicas curativas es el proverbial consentimiento presunto. Esta figura, distinta al consentimiento, es una fehaciente causa de justificación, esto es, un caso especial de estado de necesidad. Se diferencia de los supuestos comunes de estado de necesidad en que los titulares del bien jurídico en sacrificio y del salvado confluyen en el mismo sujeto, esto es, en el paciente, y que, en consecuencia, no es menester que se superponga en sustancia el interés salvado por encima del sacrificado. En suma, el requisito de la justificación continúa siendo un supuesto de estado de necesidad.

La única investigación en el Ecuador que analiza de forma seria el inciso final del artículo 152 ubica a la conducta terapéutica del médico, que actúa en amparo del principio de necesidad que precautele la salud del paciente, justamente en aquellas que excluyen la antijuridicidad penal, por hallarse patente una causa de justificación llamada estado de necesidad. Así, Espín Rosales (2016) sostiene que si se presenta la pregunta de por qué ocasiona un daño el médico y si la respuesta es con fines estrictamente terapéuticos, esto es, para reconfigurar un estado de salud o reducir los daños en la integridad del paciente, no acaece responsabilidad penal.

Entonces, si el médico hace una incisión en el cráneo, corta un miembro o extirpa la vesícula con el objeto de proteger la vida del paciente, no es punible la conducta por no verificarse un acto dotado de relevancia penal por ausencia de antijuridicidad, por constituirse los tres requisitos establecidos en el artículo 32, pues el atentar contra la integridad personal es imprescindible para tutelar el más alto bien del hombre como es la vida.

En ese contexto, *prima facie*, el artículo 152, al hablar de “necesidad”, podría conducirnos a un estado de necesidad tanto como causa de justificación como de exculpación. A diferencia de otros códigos penales de la región, el COIP contiene un apartado específico donde regula expresamente al estado de necesidad e incluso desarrolla enunciativamente sus requisitos legales. Además, la norma penal ecuatoriana esboza taxativamente cuáles son las tres justificaciones⁴ que admite el ordenamiento jurídico como enervantes de la antijuridicidad.

Aunque el COIP desarrolla los presupuestos del estado de necesidad, no distingue las situaciones que configuran un justificante o exculpante, por ejemplo, en los mismos términos que lo hace el Código Penal alemán, que sí patentó un sistema “clasificador”; sin embargo, además de una cuestión semántica, es claro que el legislador ubicó al estado de necesidad dentro del articulado que desarrolla las causas de exclusión de la antijuridicidad, precisamente porque sus requisitos, tal y como se desarrollan en el COIP, son propios del estado de necesidad justificante incluso en términos similares a los del Código Penal alemán; por tanto, la forma en la que se ocupa el COIP de configurarlo es precisamente como justificación. Así, la norma del COIP (2014) sobre este tema menciona en su artículo 32 lo siguiente:

Existe estado de necesidad cuando la persona, al proteger un derecho propio o ajeno, cause lesión o daño a otra, siempre y cuando se reúnan todos los siguientes requisitos: 1. Que el derecho protegido esté en real y actual peligro. 2. Que el resultado del acto de protección no sea mayor que la lesión o daño que se quiso evitar. 3. Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para defender el derecho. (COIP, 2014, art. 32)

Para Bajo Fernández (1979), un daño físico que causa peligro para la salud y no proviene de un agente en posición de estado de necesidad, producido en detrimento de la voluntad del ofendido, no puede permanecer libre de responsabilidad penal, a menos que se practique para repeler otro mal, hasta la muerte, por insuficiencia de educación en valores básicos imprescindibles para la armonía social, como es la exigencia de consideración a la voluntad del prójimo y de no conferir a nadie atribuciones extraordinarias de intromisión en los intereses de otros. En ese sentido, aquel que ignora la voluntad del paciente y le realiza una transfusión de sangre en aras de salvarle la vida realiza una violación de la libertad, de lo contrario una lesión o, mínimo, un maltrato de obra, no justificado por la exonerante de estado de necesidad.

⁴ Artículo 30. Causas de exclusión de la antijuridicidad.- No existe infracción penal cuando la conducta típica se encuentra justificada por estado de necesidad o legítima defensa. Tampoco existe infracción penal cuando se actúa en cumplimiento de una orden legítima y expresa de autoridad competente o de un deber legal, debidamente comprobados.

Con ese antecedente, es fácil pensar en otros ejemplos de la legislación ecuatoriana donde es evidente la concurrencia del estado de necesidad justificante. Es el caso del médico que decide practicarle un aborto terapéutico⁵ a una mujer para salvar su vida. Según Hilgendorf y Valerius (2017), el estado de necesidad, como exclusión de la antijuridicidad penal, aparece por primera vez en los supuestos de interrupciones de embarazos indicados de forma médica. El COIP establece que el aborto con fines de precautelar la vida de la mujer embarazada no será punible; sin embargo, para dilucidar si aquella situación corresponde a un estado de necesidad justificante o disculpante, tendrá mucho que ver el hecho de cómo se valore la vida del no nacido a la luz del ordenamiento jurídico ecuatoriano.⁶

Así también, Hilgendorf (2020) asevera que en el contexto de una ponderación de bienes e intereses es menester determinar si los intereses protegidos, como la vida o la salud, se superponen en esencia sobre el interés gravado, esto es, el derecho a la autodeterminación. En todo caso, cuando el médico decide saltarse la autonomía del paciente para precautelar su vida, actúa amparado en un estado de necesidad de tipo justificante y su conducta, ergo, no sería antijurídica.

En síntesis, esta teoría, sin duda, es más convincente y sostenible que la de la excusa legal absolutoria, pero no resiste el análisis contrafáctico, pues no responde solventemente al supuesto de una cirugía programada, pues el primer requisito del estado de necesidad es que exista un peligro real y actual.

La tesis de la jurisprudencia alemana

Una parte importante de la doctrina postula que cualquier procedimiento médico curativo, sin perjuicio de que cumpla con el deber de cuidado exigido, de que contemple o no mejoramiento de la salud o, inclusive, la sanación del paciente, y de cuál haya sido el objetivo del profesional de la salud que lo ha practicado, configura el tipo penal de lesiones. Aquello porque el bien jurídico que protege el tipo de lesiones se plantea en función únicamente de la integridad física y/o salud. Explica Dias (2021), por ejemplo:

⁵ Art. 150.- Aborto no punible.- El aborto practicado por un médico u otro profesional de la salud capacitado, que cuente con el consentimiento de la mujer o de su cónyuge, pareja, familiares íntimos o su representante legal, cuando ella no se encuentre en posibilidad de prestarlo, no será punible en los siguientes casos: 1. Si se ha practicado para evitar un peligro para la vida o salud de la mujer embarazada y si este peligro no puede ser evitado por otros medios. 2. Si el embarazo es consecuencia de una violación en una mujer que padezca de discapacidad mental.

⁶ La teoría que goza de mayor aceptación es aquella que lo considera un caso de estado de necesidad justificante, pues la vida del *nasciturus* —según se dice— ostenta un valor inferior. De cualquier forma, el médico también podría actuar justificado si obtiene el consentimiento de la madre o de sus familiares.

La posición clásica alemana asume que las intervenciones médicas curativas configuran, *prima facie*, el delito de lesiones corporales (en términos dogmáticos, como ya se señaló, serían “típicas”), incluso cuando han sido realizadas exitosamente y de conformidad con los estándares fijados por la ciencia médica. (p. 6)

Así las cosas, esta postura se origina específicamente en la jurisprudencia alemana, que se basa en que cualquier intervención que modifica la sustancia corporal del paciente configura una lesión corporal; ergo, es típica. Sin embargo, este procedimiento típico puede ser justificado y, por ende, no convertirse en antijurídico cuando acaece un consentimiento otorgado por el paciente válidamente recabado. El consentimiento del usuario del servicio de salud se convierte entonces en una causa de justificación, en el sentido de que, con la presencia de aquel, el profesional de la salud *in comento* permanecerá exento de responsabilidad penal.

La posición de la jurisprudencia alemana sobre este tema, que históricamente ha clasificado las intervenciones médicas como tipos de lesiones, remonta su origen a la sentencia del *Reichsgericht* (RG) de 31 de mayo de 1894. En este fallo, el Tribunal Supremo del Imperio alemán sentenció a un médico por el tipo de lesiones luego de amputarle el pie a una pequeña de siete años sin estar presente el consentimiento del padre que creía categóricamente en la medicina natural como manera de solución a la situación de salud de su hija (Rodríguez Vázquez, 2017).

La supuración tuberculosa que se esparcía por el tarso y que había causado el cuadro de la niña motivó la actuación del cirujano. La enfermedad fue totalmente curada a raíz del procedimiento aplicado por el médico, lo que también salvó su vida. No obstante, el RG dejó sin efecto la resolución judicial adoptada por la *Strafkammer* de Hamburgo que decidió la absolución del médico. Esta resolución era partidaria de la idea de que la intervención no se podía considerar perjudicial para la salud ni tampoco un maltrato a la luz del § 223 StGB, ya que la salud de la menor no se había dilapidado; más bien, al contrario, se había promovido.

La *Strafkammer* de Hamburgo dictaminó que era dicotómico catalogar como maltrato a un procedimiento que se había acreditado ser adecuado y necesario. Sin embargo, el RG patentó con su fallo un derecho penal médico básico, que fue imitado ulteriormente por el *Zivilsenat* y por el *Strafsenat* del *Bundesgerichtshof* (BGH), por lo que se dejó sentado que cualquier intervención médica que comprometiese la integridad física de un paciente significaba un detrimento a su salud y configuraba un delito de lesiones sin perjuicio de que la intervención fuese exitosa o un fiasco, conforme o no a derecho.

La jurisprudencia alemana buscó afianzar de esta manera la protección penal de la autonomía del paciente vía el delito de lesiones, requiriendo el consentimiento del paciente para revestir de validez jurídica al acto médico, ante la falta en el StGB de disposiciones adecuadas para proteger este bien jurídico a propósito de las intervenciones médicas

curativas. La incapacidad de aplicar las disposiciones relativas a los delitos en contra de la libertad, ya sean coacciones o detenciones ilegales, así como la inexistencia de un delito de tratamiento médico arbitrario, dio pábulo para que las cortes alemanas escogieran esta vía de solución (Rodríguez Vázquez, 2017).

Para Silva Sánchez (2025), la teoría alemana tradicional buscó explicar las intervenciones médicas curativas como una premisa del ejercicio legítimo de la profesión médica, con énfasis en la adecuación social de la conducta. No obstante, esta fundamentación fue posteriormente considerada insuficiente, especialmente por la necesidad de precisar los límites de la intervención y el papel del consentimiento informado. Actualmente, la opinión mayoritaria ubica al consentimiento del paciente como un requisito esencial de legitimidad de la intervención curativa; sin embargo, aquello no implica que actúe siempre como causa de justificación técnicamente, pero sí que la no prestación del consentimiento transforma la intervención médica en jurídicamente conflictiva.

Es menester señalar que el consentimiento no es una causa de justificación nominada taxativamente en el COIP. La ausencia de una previsión expresa del consentimiento en la legislación ecuatoriana dirige a que un sector doctrinal decline su naturaleza de causa de justificación. Ello conduce a una potencial conclusión dogmática adicional, referente a que, en el supuesto de que se tenga que eximir de responsabilidad a un agente médico, aquello deberá entenderse como falta de tipicidad.

Sin embargo, Salazar Icaza (2021) pone en práctica una interesante reflexión cuando estudia en una parte general la norma penal ecuatoriana, y asevera que, en el COIP, el consentimiento no se encuentra enunciado explícitamente como causa de justificación dentro de las causas de exclusión de la antijuridicidad, lo que conduce a la apremiante interrogante de si constituye verdaderamente una causa de justificación. La respuesta puede convertirse en afirmativa si se toma en cuenta que es el mismo COIP el que lo invoca en forma expresa en ciertos delitos; tal es el caso de la privación forzada de la capacidad de reproducción. En consecuencia, para esterilizar a un ser humano se exige de forma explícita su consentimiento; así lo dispone con categoría el artículo 165 o, por otro lado, la inseminación no consentida del artículo 164 (COIP, 2014, arts. 164 y 165).

Conclusiones

El último inciso del artículo 152 del COIP establece que no serán punibles las lesiones derivadas de acciones terapéuticas ejecutadas por profesionales de la salud en cumplimiento del principio de necesidad que precautele la salud del paciente. Este inciso es bastante *sui generis*, y esta investigación no lo ha encontrado en ningún otro código criminal. La legislación comparada que se ha estudiado en el presente trabajo desarrolla el principio que subyace a esta norma, vía jurisprudencial, o lo hace en términos más generales en los códigos penales domésticos, pero nunca se refiere de forma tan directa y específica a la cuestión, menos aún en el propio tipo penal autónomo.

En conclusión, al inicio de este trabajo se propuso demostrar por qué la tesis de la excusa legal absolutoria es errada y por qué la tesis del estado de necesidad puede ser plausible con ciertas reservas. Sin duda, las tesis más acertadas y que ofrecen las soluciones más plausibles, dogmáticamente hablando, son precisamente las que recurren a la justificación. Al catalogar al inciso final del artículo 152 del COIP como causa de exclusión de la antijuridicidad se suprimen casi en su totalidad las contradicciones dogmáticas al mismo tiempo que se convierten en solventes las resoluciones que puedan tomarse a partir de este inciso, pues la decisión sobre la *quaestio facti* siempre deberá caminar de la mano de una teoría del delito sólida aplicada. Sin embargo, no todas las soluciones por la vía de la antijuridicidad resisten un análisis contrafáctico ni cubren todos los supuestos de hecho que pueden surgir. En definitiva:

1. La tesis del estado de necesidad de Wilson Guillermo Espín Rosales acierta parcialmente, porque existen casos en los que no se verifica una situación de necesidad, y el estado de necesidad exige actualidad y peligro. Además, sería redundante que el legislador vuelva a incluir el estado de necesidad en un tipo penal autónomo cuando ya lo desarrolla en las causas de exclusión de la antijuridicidad.
2. La tesis de Felipe Rodríguez Moreno es insostenible porque el hecho de catalogar al inciso final del artículo 152 como excusa absolutoria presupone que la conducta del agente es antijurídica y el paciente o sus familiares podrían ejercer legítima defensa contra la conducta antijurídica del médico. Además, el médico probablemente tendría todavía que resarcir al paciente por su responsabilidad civil, pues la antijuridicidad no es una caracterización privativa del lenguaje del derecho penal, sino que irradia efectos frente a todo el ordenamiento jurídico.

Una tercera vía puede encontrar asidero en que el principio de necesidad es una exigencia que se adiciona al consentimiento y no un sustituto de aquel. Es decir, el inciso estudiado no es otra cosa sino la ratificación del requisito del consentimiento sumado a una condición objetiva.

Referencias bibliográficas

- Bajo Fernández, M. (1979). La intervención médica contra la voluntad del paciente. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 32(2), 491-500.
- Código Orgánico Integral Penal*. (2014, 10 de febrero). Registro Oficial N.º 180, suplemento. <https://www.asambleanacional.gob.ec/es/system/files/document.pdf>
- Dias, L. (2021). Intervenciones médicas curativas y lesiones corporales. *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, 21(2), 1-34. <https://revistajuridica.utdt.edu/ojs/index.php/ratj/article/view/397>
- Espín Rosales, W. G. (2016). *La responsabilidad penal en la mala práctica médica en el Ecuador: Un enfoque desde la actuación probatoria* [Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador].
- Hilgendorf, E. (2020). *Introducción al derecho penal de la medicina* (J. A. Cerdeiro y M. A. Sancinetti, Trads.). Ad-Hoc.
- Hilgendorf, E. y Valerius, B. (2017). *Derecho penal: Parte general*. Ad-Hoc.
- Hirsch, H.-J. (1999). Zur Frage eines Straftatbestands der eigenmächtigen Heilbehandlung. En G. Gössel y A. Triffterer (Eds.), *Gedächtnisschrift für Heinz Zipf* (pp. 353-375).
- Kindhäuser, U. y Zimmermann, T. (2024). *Derecho penal: Parte general* (L. Solavagione, Trad.). Tirant lo Blanch.
- Mir Puig, S. (2016). *Derecho penal: Parte general* (10.^a ed.). Reppertor.
- Puppe, I. (2007). La justificación de la intervención médica curativa. *InDret*, (1), 1-14. <https://indret.com/la-justificacion-de-la-intervencion-medica-curativa/>
- Reyes Alvarado, Y. (2022). El consentimiento informado en la actividad médica como una manifestación del riesgo permitido. En V. Gómez Martín, C. Bolea Bardón, J. I. Gallego Soler, J. C. Hortal Ibarra y U. Joshi Jubert (Dirs.), *Un modelo integral de derecho penal: Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo* (pp. 847 y ss.). Boletín Oficial del Estado.

- Rodríguez Moreno, F. (2019). *Curso de derecho penal: Parte general. Tomo II: Teoría del delito*. Cevallos Editora Jurídica.
- Rodríguez Vázquez, V. (2017). El delito de tratamiento médico arbitrario: Una propuesta de lege ferenda. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 19, 1-59.
- Roxin, C. (1970). Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht. En *Festschrift für Richard M. Honig zum 80. Geburtstag* (pp. 133-150).
- Roxin, C. (2003). *Derecho penal: Parte general. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito* (D.-M. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo y J. de Vicente Remesal, Trads.). Civitas.
- Salazar Icaza, J. C. (2021). *Derecho penal: Parte general* (2.^a ed.). Edino.
- Strafgesetzbuch [Código Penal alemán]*. (1998). (C. López Díaz, Trad.; 32.^a ed.). Deutscher Taschenbuch Verlag y C. H. Beck.
- Welzel, H. (1970). *Derecho penal alemán: Parte general* (J. Bustos Ramírez y S. Yáñez Pérez, Trads.). Editorial Jurídica de Chile.



Revista de Derecho Directum. Vol. 3, No. Especial, pp. 76-92. Octubre 2026
ISSN: 3028-8754. ISSN Elect. 3028-8762. Universidad Católica de Cuenca

Legitimación del derecho penal: desafíos actuales en el Estado ecuatoriano

*The Legitimacy of Criminal Law: Current Challenges in
Ecuador*

Recepción: 7 de julio de 2026

Revisión: 20 de julio de 2026

Aceptación: 28 de agosto de 2026

Publicación: 2 de octubre de 2026

Josué Andrés Solís Verdugo



Investigador independiente

solisjosueandres@gmail.com

<https://orcid.org/0009-0001-5328-9288>



<https://doi.org/10.26871/directum.v3.nSI.63>

Cita sugerida:

López Jara, D. X. (2026). Las lesiones terapéuticas en el COIP: un análisis desde la dogmática penal y la jurisprudencia del tribunal alemán. *Revista de Derecho Directum*, 3(esp.), 76,92. DOI: <https://doi.org/10.26871/directum.v3.nSI.63>

Resumen

En una primera parte, el presente artículo analiza los elementos necesarios para garantizar la legitimidad del derecho y de la justicia penal, sosteniendo que esta no depende únicamente de la validez formal de las normas penales, sino también de su racionalidad, de la confianza y expectativa social que generan, del respeto a los principios, derechos y garantías constitucionales, así como de la existencia de una jurisdicción penal independiente. Posteriormente, se examinan los principales desafíos contemporáneos que ponen en riesgo dicha legitimidad, identificándose tres fenómenos relevantes: el populismo penal y el derecho penal simbólico, la mediatización de la justicia y las afectaciones a la independencia judicial. El objetivo principal del trabajo es determinar cómo estos fenómenos inciden negativamente en la legitimidad del sistema penal, con la finalidad de evitarlos y preservar la vigencia y credibilidad del derecho penal. Ello resulta indispensable en un Estado constitucional de derecho, donde el derecho penal debe cumplir una doble función: constituirse en un límite al poder punitivo estatal, evitando la arbitrariedad, y, de manera subsidiaria, proteger eficazmente los bienes jurídicos fundamentales.

Palabras clave: derecho penal, derecho penal simbólico, populismo penal, mediatización, principios, legitimidad.

Abstract

In its first part, this article analyzes the elements necessary to guarantee the legitimacy of law and criminal justice, arguing that this legitimacy depends not only on the formal validity of criminal norms, but also on their rationality, the social trust and expectations they generate, respect for constitutional principles, rights, and guarantees, and the existence of an independent criminal jurisdiction. Subsequently, it examines the main contemporary challenges that jeopardize this legitimacy, identifying three relevant phenomena: penal populism and symbolic criminal law, the mediatization of justice, and the impact on judicial independence. The main objective of this work is to determine how these phenomena negatively affect the legitimacy of the criminal justice system, with the aim of preventing them and preserving the validity and credibility of criminal law. This is essential in a constitutional state governed by the rule of law, where criminal law must fulfill a dual function: to act as a limit to the state's punitive power, preventing arbitrariness, and, subsidiarily, to adequately protect fundamental legal interests.

Keywords: Criminal Law, Symbolic Criminal Law, Penal Populism, Mediatization, Principles, Legitimacy.

Introducción

La importancia de la legitimación como concepto proviene principalmente de la ciencia política; esta dio un paso al marcar la posible contraposición con la legalidad. Pero la legitimidad va mucho más allá de la ciencia política, y su esencia radica sobre todo en la aceptación social de determinadas conductas, instituciones o personas, y se encuentra sobre la validez formal. La legitimidad justifica y acepta el poder, percibiéndolo como razonable, justo, proporcional y necesario. En ese sentido, el *ius puniendi* del Estado actúa mediante el derecho penal, y este es sinónimo de poder. Pero por lo mismo, puede ser legítimo o ilegítimo, más allá de su validez formal; se encuentra supeditado a una aceptación y a la confianza social.

Últimamente, la sociedad ha perdido su confianza en el derecho penal. En teoría, la norma penal, por su composición en cuanto a lo prescriptivo y a la sanción como consecuencia del incumplimiento, debería infundir confianza de que nadie realizará conductas que violenten bienes jurídicos protegidos y de que el respeto a roles generales e institucionales es la regla que se mantiene incólume. No sucede esto: cada vez la norma penal pierde sentido por cuanto la violación a la misma es sistemática. Pero esto no es una cuestión separada y ajena: todo el sistema de justicia penal se ve afectado, por cuanto existen desafíos actuales que tienen que ser superados para que la legitimidad no solo de la norma, sino del sistema de justicia penal se mantenga firme y recupere confianza social, esto a fin de que el derecho penal sea concebido sin duda alguna como un medio para frenar y controlar el *ius puniendi* y, a su vez, sea un garante de la protección a los bienes jurídicos más importantes.

En el presente trabajo, se analiza cuáles son los desafíos actuales para el derecho penal ecuatoriano que ponen en tela de juicio su legitimidad. Principalmente, se debe abordar el populismo penal y el derecho penal simbólico, la mediatización de la justicia penal y las afectaciones a la independencia judicial, que tienen como consecuencia la irracionalidad de la norma penal, así como la desconfianza y descontento social ya no solo con la norma, sino con el sistema de justicia penal en su complejidad.

La presente investigación se desarrolla bajo un enfoque cualitativo, mediante el empleo de los métodos dogmático y analítico, en cuanto se determinan las causas de la legitimación del derecho penal con base en la doctrina contemporánea, analizando críticamente los fenómenos que afectan a esa legitimidad en el caso ecuatoriano.

La legitimación del derecho penal en un Estado de derecho

El derecho penal es expresión de poder. A diferencia del resto de ramas del derecho, el poder se expresa en una pena privativa de libertad, y existe un reconocimiento válido de ese castigo. El castigo es sinónimo de coerción, y este solo puede ser aplicado por la existencia de jerarquía. En el caso de relaciones particulares o privadas, quien somete a un castigo a otro lo hace también por la jerarquía y la coerción que tiene sobre el otro. Evidentemente, por la naturaleza humana, nadie acepta con facilidad el castigo en su contra, exista o no mérito; lo normal es resistirse.

La conciencia de que las conductas violatorias de bienes jurídicos son merecedoras de un castigo penal es parte de la sociedad. No le corresponde al presente trabajo indagar en cuanto al origen de la pena como castigo, ni cuál es la función de esta, porque, como menciona Francesco Carrara (1990), buscar su origen:

Sería lo mismo que indagar el origen de la vida en el hombre (...) dondequiera que han existido hombres han surgido ofensas recíprocas a impulso de las pasiones egoístas, y ha sido violado el derecho, ha surgido inmediatamente el deseo de la reacción, al cual le ha seguido, cuando le ha sido posible, la represión. (p. 4)

Claro está que la pena no estuvo en manos del Estado desde un inicio. La represión es un antecedente primitivo; luego fue la Iglesia quien tuvo el control, pero se le arrebataron dichas facultades, llegando finalmente a manos del Estado la coerción en representación del ofendido. La pena como castigo por la culpabilidad del delito se encuentra atribuida al Estado, esto desde un inicio de la Edad Moderna por lo menos, hasta la actualidad, pero fuera de la legalidad, también es una institución legítimamente reconocida por la sociedad como propiedad del Estado. Silva Sánchez (2025) determina que existe una juridificación del castigo.

La legitimidad del poder y, por ende, del castigo es importante, en cuanto, al ser reconocido y aceptado por los integrantes de la sociedad, el Estado en sí mismo es posible. Un poder legítimo es el poder de la coexistencia, que permite el desarrollo máximo de la libertad de los grupos sociales (Rodríguez Moreno, 2020). Pero, en ese sentido, la pregunta es: ¿por qué aceptamos al castigo (pena) como una atribución única y propia del Estado y no cuestionamos que esa facultad sea correcta?

Pues, a nuestro parecer, la aceptación social del castigo y su legitimidad se sustentan en la racionalidad de la norma penal, la confianza social en la norma penal, el respeto a las garantías, derechos y principios constitucionales; y una jurisdicción penal independiente. Primero, desde lo más básico, es importante divagar en cuanto al origen de la norma penal; esta no es extraña a la naturaleza humana ni es espontánea a la realidad social. Los hechos que pueden constituir delitos deberían ser, primero, infracciones a normas preexistentes, la

norma penal prohíbe o proscribire a consecuencia de una pena, pero tiene como precedente la violación a normas lógicas, axiológicas y deontológicas (Silva Sánchez, 2025). Existe, por lo tanto, racionalidad suficiente en la norma penal y, por ende, es válida, o por lo menos esa debería ser la premisa y el fundamento para la creación de la norma penal: la existencia de normas de conducta previas, que, en el entorno social, fácilmente son aceptadas desde el pensamiento, los valores y la moral.

El castigo, cuando era eminentemente privado, se fundamentaba sobre todo en la venganza y la retribución. Pese a la inexistencia de normas penales como las que hoy en día tenemos, la venganza tenía legitimidad en cuanto a la existencia de las normas de conducta que eran violentadas, y el castigo se resumía en la canalización de la emoción reactiva por el padecimiento del daño. En ese sentido, hoy en día “la realidad del castigo estatal, tanto en su lenguaje como en la configuración de sus instituciones, no ha abandonado nunca los rasgos de una justicia moral-retributiva” (Silva Sánchez, 2025, p. 182).

La base de la creación de las normas penales radica, por tanto, en su sustento, asentado en normas de conducta preexistentes, valores, ética y moralidad. Ello resulta primordial para garantizar la racionalidad del sistema penal. La racionalidad del derecho penal es esencial para determinar la aceptación social tanto de la norma como de la pena. En principio, no deberían existir cuestionamientos respecto de estas, precisamente por su coherencia con el entorno social, pues su existencia encuentra justificación y sentido dentro de este.

Como señala Zaffaroni (1998), la racionalidad es un término que requiere siempre precisión por su alta equivocidad, y para él, la racionalidad requiere de coherencia interna del saber penal y un valor de verdad en cuanto a la operatividad social. Determina entonces que, si es que el saber penal o discurso jurídico-penal es racional en esos términos, y el sistema penal funciona con base en ese discurso jurídico-penal racional, entonces existe legitimidad en ese sistema (p. 20). La coherencia interna del discurso jurídico-penal, sobre el que debe basarse el sistema penal, implica que ese discurso tenga bases antropológicas, es decir, que sirva al hombre, y que, claro, no exista contradicción entre enunciados.

El sistema normativo penal, a su vez, debe mantener sus límites de subsidiariedad. Existe una prohibición de exceso para el poder punitivo del Estado. En definitiva, podría existir desproporcionalidad en el derecho penal cuando se sancionan conductas que no deberían sancionarse con una pena, o cuando se las sanciona de manera irracional. El papel fundamental a fin de garantizar proporcionalidad lo tiene la política penal y criminal, la cual, comúnmente, no está involucrada con la retórica política. Esta última, lamentablemente, se aprovecha del desconocimiento popular y del sentimentalismo, creando normas penales incompatibles con un derecho penal constitucionalizado, racional y aplicable en nuestro contexto social.

Segundo, más allá de la racionalidad, hay que tomar en cuenta el beneficio para el ciudadano de esa norma. Hay, entonces, que resaltar que el derecho penal es pluridimensional,

y es importante, a fin de determinar el porqué de su legitimidad, mencionar su dimensión social. Esta implica que cuando una persona comete un delito, realiza actos antijurídicos que implican una proyección social. Por ende, la sociedad considera que la acción delictiva es merecedora de una conminación social; esto, a su vez, genera la confianza suficiente de saber que no somos capaces de delinquir libremente (Rodríguez Moreno, 2020).

La expectativa social se fortalece; cumple un rol fundamental en la legitimación del derecho penal, en cuanto la norma penal genera confianza y seguridad. La pena como consecuencia jurídica de la conducta prohibida o exigida aparece a fin de generar esa confianza y reafirmar la vigencia de la norma. Es el hombre quien se beneficia del derecho penal, en tanto conoce que la norma está presente, y sabe lo que puede esperar de las demás personas (Bernate Ochoa, 2004).

Claro que todo esto no sería posible sin la intervención del Estado, en un primer momento, por la creación de las normas y en sí del sistema penal que debe cumplir con la racionalidad. Pero luego, la confianza y la expectativa social de la norma tampoco serían posibles sin el Estado, por cuanto la reafirmación de la vigencia de la norma y, por ende, la generación de la confianza social son una consecuencia de la pena, y la pena es una consecuencia de la juridificación del castigo.

Tercero, en palabras de Silva Sánchez (2025), podrían existir normas que, si bien son parte del derecho penal, por cuanto han seguido el trámite correspondiente en la creación de estas normas por parte del Legislativo, no necesariamente son parte de un derecho penal correcto, por cuanto, para formar parte de este último, debe existir una cercanía con principios de libertad, justicia, igualdad y seguridad jurídica.

Estos principios se encuentran positivizados, y tienen un rango constitucional. En ese sentido, en este punto hablamos de la importancia de la constitucionalización del derecho penal, el respeto de las normas penales a los valores, principios y derechos de rango constitucional, como un medio más de legitimación. No existe, entonces, una norma penal correcta que sea contraria a la normativa constitucional.

Polaino Navarrete (2024) determina que, a fin de que exista legitimación en la legalidad penal, el legislador, al establecer determinadas conductas como delitos, debe someterse inexorablemente a exigencias constitucionales del principio de igualdad, en aras de la protección de bienes jurídicos, de la consecución de la reinserción social, de la prevención criminal y del fin último de la justicia penal. Rodríguez Moreno (2020), en el mismo sentido, resalta la importancia de la relación entre el derecho penal y la Constitución. Indiscutiblemente, en un Estado de derecho, la Constitución es la norma suprema y en la que se plasman los principios sobre los cuales se deben regir indiscutiblemente las normas penales.

Entonces, la racionalidad y la confianza social en la norma penal están estrictamente ligadas en cuanto a la cercanía de estas normas con los principios y garantías. Los principios

son limitadores del *ius puniendi*, y eso garantiza legitimación en la legislación penal, puesto que el derecho penal mantiene una misión de garantizar al máximo las libertades de los ciudadanos, así como evitar la arbitrariedad, en donde toman relevancia los principios de proporcionalidad e igualdad.

Finalmente, por más simple que suene, la racionalidad y la confianza social en la norma penal no son suficientes para que el derecho penal se mantenga legítimo ante la sociedad; entiéndase que el sistema penal implica también a la jurisdicción penal. La norma racional, con una aplicación arbitraria, parcializada o motivada por cuestiones ajenas a la culpabilidad del autor, nunca reafirmará correctamente la vigencia de la norma penal, ni garantizará una satisfacción a nivel social; por otro lado, causará desconfianza en la misma demostrando inutilidad. Debe, entonces, también existir una legitimación en el juicio de reproche penal.

La legitimidad, por lo tanto, no solo es formal, sino que debe ser garantizada en lo material. Como mencionamos, el derecho penal va más allá del control social, porque es expresión de poder, en cuanto aparece en el momento exacto en el que se necesita de la coerción y el castigo. Esto implica afectar la libertad del individuo, pero cuando esto sucede, esa injerencia en derechos inherentes del individuo necesita ser aplicada bajo principios de necesidad y proporcionalidad. Esto quiere decir que existen límites en cuanto a la aplicación del derecho penal, así como a la proporcionalidad y correcta aplicación de este. Silva Sánchez (2025), en el mismo sentido, determina que la proporcionalidad en el castigo físico se presenta cuando los beneficios de este para la sociedad superan los costes evidentes, y otra posición es que la proporcionalidad es la cualidad de expresar correctamente la relación entre lo que hizo el individuo y la relación punitiva que se dirige en contra de él (p. 183).

La forma correcta de garantizar legitimidad en el sistema penal es evitando la politización de la justicia y el uso de esta como un medio para alcanzar finalidades que están fuera de lo que realmente le importa al derecho penal, y esto no se podría lograr sin una independencia judicial verdadera. Las decisiones que vayan a ser tomadas por los órganos jurisdiccionales en materia penal tienen que responder exclusivamente a la culpabilidad o no del procesado. Decisiones fuera de esa esfera lo único que causarían es una desmotivación social y desconfianza en el sistema de justicia penal en general, ya no solo en las normas, sino también en quienes las aplican.

La reafirmación de la validez de la norma, cuando se pena, no está sola: se acompaña de un sentimiento social de justicia; no necesariamente esto tiene que ser visto como un apaciguar la venganza privada, sino que, por otro lado, es coherente con el hecho de que reafirmar la vigencia de la norma crea confianza social, por cuanto la confianza es un sentimiento propio del ser humano, al igual que la satisfacción y sentimiento de justicia.

Pero en ese mismo sentido, la justicia penal parcializada o politizada genera sentimientos de inseguridad, por cuanto el poder punitivo podría ser ocupado en contra de

cualquiera y ser un reflejo de arbitrariedad, causando desconfianza social en el sistema penal. Estos son los aspectos principales que, a nuestro parecer, tienen que protegerse a fin de garantizar la continuidad en la legitimidad del derecho penal. Sin embargo, existen desafíos y fenómenos actuales que ponen en riesgo la legitimidad. En el caso ecuatoriano, resaltan la inexistencia de un derecho penal mínimo, el populismo penal en la esfera legislativa y la falta de garantías en la independencia judicial.

Desafíos actuales para la justicia penal en el Estado ecuatoriano

Populismo penal y derecho penal simbólico

La creciente actividad criminal en Ecuador en las últimas décadas ha dado paso a que la retórica política se aproveche del desconocimiento de la población en general de política criminal y penal, y presente públicamente un discurso excesivamente punitivista, a fin de ocasionar una falsa confianza de la sociedad en el sistema de justicia penal.

En un primer momento, debemos entender al populismo penal como la intervención mediante el discurso político que falsamente hace creer a la población que el derecho penal es la solución para erradicar la criminalidad en un Estado. Entre sus propuestas priman la supresión de garantías procesales, aumento indiscriminado de penas, creación de más tipos penales, penas físicas y de muerte, etc. Estas propuestas, según Gómez y Proaño (2012), están legitimadas únicamente en cuanto a que responden a lo que las personas piensan, sienten y quieren. No existe un fundamento criminológico, dogmático o de política criminal; en el discurso del populismo penal es evidente que sus ideales y propuestas están dirigidas sobre todo a ganar más votos que a ofrecer soluciones claras y concretas en la lucha contra el crimen.

Tras el discurso punitivista, una vez que sin sustento de política criminal se han creado normas de tipo penal, estas, sin lugar a duda, son vacías y sin racionalidad alguna, lo que a su vez da paso a lo que se conoce como derecho penal simbólico, el cual, en palabras de Rodríguez Moreno (2014), consiste en normas únicamente cargadas de simbolismo y cuyos efectos son inexistentes; las denomina normas de *marketing* de ideologías o de seguridad. Es decir, no tienen efectos positivos en la sociedad, puesto que no regulan conducta alguna, siendo nada más que tinta en papel.

El problema con el populismo penal y el derecho penal simbólico es que afecta a la racionalidad de las normas. No existe, por lo tanto, un sustento lógico, axiológico o deontológico que se tome en cuenta al momento de la creación de la norma, ni existe un antecedente político criminal que permita que esa norma refleje resultados positivos y con

impacto en la sociedad. El elevar las penas o crear nuevos delitos nunca ha demostrado ser una solución en la lucha contra el crimen.

En el caso ecuatoriano, las reformas al Código Orgánico Integral Penal (COIP) han evidenciado un aumento deliberado de penas, sin que existan resultados positivos, como es el caso de las reformas del año 2024,¹ en donde en varios tipos penales las penas fueron aumentadas y casi duplicadas. Comúnmente, esto se legitimó por el discurso de la lucha contra el crimen organizado, narcotráfico y terrorismo; sin embargo, en ninguno de esos casos en lo que va del presente, se ha podido reducir la criminalidad como se pretendía, porque claro está que el aumento de penas no es la solución. No obstante, este tipo de normas en un inicio son aclamadas por la sociedad en general; tras la falta de resultados positivos, pierden su legitimidad y se exige nuevamente un aumento de penas, ocasionando únicamente que repetidamente la legitimidad del derecho penal sustantivo se vea afectada.

A su vez, este tipo de normas, en un primer momento, podrían generar confianza y reafirmación en la vigencia de la norma, porque evidentemente habrá casos que merezcan sanción, pero ante la continua violación de la norma y su irrespeto total, la confianza se pierde y a su vez la legitimidad. En un primer momento, únicamente existe un falso sentimiento de confianza, pero sin políticas públicas de prevención del delito, esa confianza en normas completamente punitivistas y limitadoras de garantías pierde el efecto de la confianza de la sociedad y legitimación, por cuanto no se aprecian resultados positivos de prevención, sino únicamente de castigo.

El problema de la pérdida de confianza en las normas y su legitimidad es progresivo y aumentado por el populismo penal y el derecho penal simbólico: no basta con el aumento de tipos penales o penas; se aboga continuamente por la supresión de garantías procesales y normas restrictivas de derechos, como sucedió, por ejemplo, en la propuesta de reforma constitucional del 5 de febrero de 2025, en donde se buscaba la reforma al artículo 77, numerales 1 y 11, de la Constitución de la República, con la finalidad de que la prisión preventiva tenga una excepción a ser de *ultima ratio* y tenga la característica de obligatoria en ciertos casos.²

¹ Ley sin número, Registro Oficial N.º 599, suplemento, 12 de julio de 2024.

² Texto de propuesta de reforma: Artículo 77.- En todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas:

1. La privación de la libertad no será la regla general y se aplicará para garantizar la comparecencia del imputado o acusado al proceso, el derecho de la víctima del delito a una justicia pronta, oportuna y sin dilaciones, y para asegurar el cumplimiento de la pena, así como por razones de combate al terrorismo y crimen organizado, según los casos y condiciones que determine la ley; procederá por orden escrita de jueza o juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades establecidas en la ley. Se exceptúan los delitos flagrantes, en cuyo caso no podrá mantenerse a la persona detenida sin fórmula de juicio por más de veinticuatro horas. Las medidas no privativas de libertad se aplicarán de conformidad con los casos, plazos, condiciones y requisitos establecidos en la ley. [...]

11. La jueza o juez aplicará las medidas cautelares alternativas a la privación de libertad contempladas en la

La propuesta de reforma no superó evidentemente el filtro de consulta de la Corte Constitucional³ por afectaciones graves e injustificadas a la garantía de presunción de inocencia y al derecho a la libertad de movilidad. A primera vista, para la ciudadanía en general esa era la solución para combatir la criminalidad, pero, jurídicamente, no existía mérito alguno para que dicha reforma sea aplicada y que se evidencien, a su vez, resultados positivos, más allá de llenar las cárceles y confinarlas. El resultado hubiera sido negativo y deslegitimador para la justicia penal, por cuanto, en primer lugar, no se previene el delito de forma alguna, y luego, bajo un marco de convencionalidad, en aplicación de estándares internacionales sobre derechos humanos y prisión preventiva, no hubiera podido ser aplicada, y estas decisiones, que jurídicamente hubieran sido correctas, hubieran sido tachadas de erróneas o favorecedoras, deslegitimando aún más al sistema de justicia penal.

Es por esto que, a fin de cuidar la racionalidad de las normas y la confianza social en ellas, el populismo penal y el derecho penal simbólico tienen que ser evitados a toda costa; su aplicación no trae más que resultados desfavorecedores para lo que es realmente el derecho penal y sus principios básicos de fragmentariedad, subsidiariedad y proporcionalidad.

Mediatización de la justicia penal

En la actualidad, las redes sociales y los medios digitales difunden con frecuencia discursos que atribuyen la criminalidad de manera directa a jueces y fiscales. En este contexto, suelen presentarse como “malas noticias” decisiones judiciales tales como sentencias ratificadoras de inocencia, libertades concedidas a personas detenidas en flagrancia, la aplicación de beneficios procesales, etc. Sin embargo, estas opiniones suelen emitirse desde el desconocimiento de principios y garantías fundamentales del derecho penal y constitucional, especialmente aquellos relacionados con la presunción de inocencia, el debido proceso y la valoración probatoria.

Los medios de comunicación y las plataformas digitales desempeñan un papel central en la construcción de la legitimidad de la justicia penal, particularmente en la percepción social de los procesos judiciales. López-Paredes y García-Moreno (2018) sostienen que todo proceso comunicativo requiere un emisor, un mensaje y un receptor; no obstante, en el ámbito de la criminología mediática, este último se convierte en un “perceptor”, pues no solo recibe información, sino que la incorpora a su realidad y modifica su visión del

ley, salvo las situaciones en que, por razones de combate al terrorismo y crimen organizado, según los casos y condiciones que determine la ley, se deba ordenar obligatoriamente la prisión preventiva. Las sanciones alternativas se aplicarán de acuerdo con los casos, plazos, condiciones y requisitos establecidos en la ley.

³ Corte Constitucional: Dictamen N.º 2-25-RC/25. Juez ponente: Richard Ortiz Ortiz.

entorno social. En consecuencia, la cobertura mediática de los casos penales puede influir de manera significativa en la confianza pública hacia el sistema judicial.

Ramírez González (2022) advierte que la difusión de los juicios a través de los medios afecta la percepción ciudadana de la justicia y, por ende, la confianza institucional. El problema surge cuando dicha cobertura adopta una lógica claramente punitivista, propia del discurso del populismo penal. Bajo esta perspectiva, se consideran positivas las noticias sobre allanamientos, aplicación de prisión preventiva o sentencias condenatorias, mientras que se presentan como perjudiciales para la sociedad las absoluciones o las decisiones de libertad para personas procesadas. Esto alimenta la idea de que la impunidad es consecuencia de jueces “permisivos”, de normas penales “débiles” o de actos de corrupción, sin analizar las razones jurídicas que fundamentan cada decisión.

Como resultado, los perceptores de la información tienden a rechazar cualquier resolución que no responda a una lógica de castigo, aun cuando esta se base en la falta de pruebas suficientes para acreditar la culpabilidad de una persona. En muchos casos, la absolución no implica corrupción ni negligencia judicial, sino el cumplimiento estricto de las reglas del proceso penal y del estándar probatorio exigido por un Estado constitucional de derecho.

La principal dificultad de los juicios mediáticos radica en el impacto que generan sobre la confianza social, no solo en la norma penal, sino también en el sistema de justicia en su conjunto. Trujillo (2024) señala que la mediatización de la justicia ha incidido significativamente en la forma en que la ciudadanía percibe los procesos judiciales, al punto de que los medios pueden presentar a una persona como culpable o inocente antes de que exista un pronunciamiento judicial definitivo.

Esta creación de juicios paralelos produce un efecto especialmente grave: cuando la opinión pública es inducida a creer que una persona es culpable sin conocer las pruebas, la evidencia o los indicios reales del caso, cualquier decisión posterior del sistema judicial que concluya lo contrario puede ser interpretada como una muestra de impunidad. Así, incluso una resolución fundada en derecho que determine que no se ha probado la culpabilidad y que, por tanto, no corresponde imponer una pena puede generar desconfianza social debido a la falsa expectativa previamente construida por los medios y en redes sociales.

La mediatización de la justicia guarda una estrecha relación con el populismo penal. Este último aprovecha la desconfianza social generada por los juicios paralelos para promover un discurso punitivista orientado a obtener réditos políticos. A través de la idea de que “más castigo” equivale automáticamente a “más seguridad”, se impulsa una visión simplificada del fenómeno criminal que reduce la complejidad del proceso penal y debilita la valoración de las garantías constitucionales.

En definitiva, la cobertura mediática de los procesos penales no es neutral: puede contribuir a fortalecer la confianza ciudadana cuando informa con rigor y respeto a las

decisiones judiciales, pero también puede erosionar la legitimidad del sistema cuando convierte el proceso penal en un espectáculo orientado por expectativas punitivas antes que por el análisis jurídico de los hechos. La confianza social en la norma es importante como legitimadora del derecho penal sustantivo, pero al hablar de legitimación en el sistema de justicia penal en su integridad, es necesario reforzar la confianza y expectativa social también en el proceso penal y el sistema jurisdiccional.

Afectación a la independencia judicial

Como se mencionó anteriormente, la legitimidad del derecho penal y del sistema de justicia penal debe manifestarse tanto en su dimensión formal como material. De poco serviría contar con normas penales plenamente racionales, compatibles con los principios constitucionales y capaces de generar confianza social, si su aplicación práctica no responde a criterios de imparcialidad, objetividad y respeto a las garantías fundamentales. La legitimidad del sistema penal no depende únicamente de la calidad de sus normas, sino también de la forma en que estas son interpretadas y aplicadas por quienes ejercen la jurisdicción penal.

La independencia judicial constituye, por ello, una de las condiciones esenciales para la legitimación del derecho penal. La función jurisdiccional tiene la responsabilidad de resolver la acusación penal exclusivamente con base en el mérito del proceso, la valoración racional de la prueba y el respeto a los derechos de las partes. Cuando la decisión judicial responde a factores ajenos a estos elementos, la confianza social en la justicia penal se debilita y el sistema pierde credibilidad.

No debe olvidarse que el derecho penal es una manifestación de poder. Precisamente por ello, históricamente ha existido el riesgo de que dicho poder sea utilizado para alcanzar objetivos políticos, ideológicos o estratégicos ajenos a la búsqueda de la verdad procesal y a la determinación de la responsabilidad penal. La instrumentalización política de la justicia constituye una de las mayores amenazas para la legitimidad del sistema, pues transforma al proceso penal en un mecanismo de persecución o protección selectiva, dependiendo de los intereses que se encuentren en juego. Si es que en tiempos antiguos no existía legitimidad, era por el mismo hecho de que la sanción la decidía quien no tenía imparcialidad o independencia alguna; por eso el castigo medieval es rechazado tajantemente.

En un Estado constitucional de derecho, la independencia judicial no representa un privilegio de jueces y tribunales, sino una garantía de los ciudadanos frente al ejercicio arbitrario del poder. Su finalidad es asegurar que las decisiones jurisdiccionales se encuentren libres de presiones externas, ya provengan de actores políticos, grupos económicos o incluso de la mediatización de la justicia y sus intereses punitivistas. La función del juez

penal no consiste en satisfacer expectativas sociales de castigo ni en responder a demandas coyunturales de popularidad, sino en aplicar el derecho de manera imparcial y conforme a las garantías constitucionales.

Como menciona Devis Echandía (2022), “un Estado en donde los jueces sufran la coacción de gobernantes, legisladores y políticos, deja de ser un Estado de Derecho” (p. 102). La afectación a la independencia judicial puede manifestarse de diversas formas. En ocasiones surge mediante presiones directas provenientes de otros poderes del Estado; en otras, mediante mecanismos más sutiles, como campañas mediáticas dirigidas a desacreditar decisiones jurisdiccionales o a condicionar el contenido de futuras resoluciones. Cuando un juez percibe que una decisión absolutoria, una negativa de prisión preventiva o una declaratoria de nulidad pueden generar represalias institucionales, cuestionamientos públicos o afectaciones a su estabilidad profesional, la independencia judicial está siendo afectada y queda únicamente en tinta y papel, en vez de ser, más allá de la formalidad, una garantía material.

Las consecuencias de este fenómeno son especialmente graves para la legitimidad del sistema penal. Si la ciudadanía percibe que las decisiones judiciales responden a intereses políticos o a presiones externas, desaparece la confianza en la imparcialidad de la justicia. Del mismo modo, cuando los operadores judiciales adoptan resoluciones orientadas a satisfacer demandas sociales de castigo y no a decidir conforme al derecho, el proceso penal pierde su función garantista y deja de actuar como un mecanismo de control del poder punitivo del Estado, para convertirse en un instrumento de legitimación política característico del populismo penal.

La independencia judicial resulta, además, indispensable para la protección de los principios que fundamentan la legitimidad del derecho penal. La presunción de inocencia, el debido proceso, la igualdad ante la ley y la proporcionalidad de la pena solo pueden hacerse efectivos cuando quien juzga se encuentra libre de cualquier interferencia externa. Sin independencia judicial, las garantías constitucionales corren el riesgo de convertirse en meras declaraciones formales carentes de eficacia práctica. Y un derecho penal que es aplicado sin atender a los límites constitucionales no es más que punitivismo vacío; no tiene un fin legítimamente válido.

En el contexto ecuatoriano, la constante confrontación entre actores políticos y órganos jurisdiccionales, así como la creciente presión mediática sobre los procesos penales de relevancia pública, evidencian la necesidad de fortalecer las garantías institucionales de independencia judicial. La estabilidad de los jueces, la transparencia en los mecanismos de designación y evaluación, así como el respeto a la autonomía de la función jurisdiccional constituyen elementos indispensables para preservar la confianza ciudadana en la administración de justicia.

En definitiva, la independencia judicial no solo es una exigencia constitucional, sino también una condición indispensable para la legitimidad del derecho penal. La racionalidad de las normas, la confianza social en su vigencia y el respeto a las garantías fundamentales pierden eficacia cuando las decisiones judiciales son percibidas como producto de influencias externas o internas. Por ello, la preservación de una justicia penal independiente constituye uno de los principales estándares del Estado ecuatoriano contemporáneo y una condición necesaria para mantener la confianza social en el sistema de justicia penal.

Conclusiones

El presente trabajo tuvo como objetivos delimitar el porqué de la legitimación del castigo estatal, entendiendo este como una atribución única del derecho penal, y, en ese sentido, a su vez delimitar desafíos actuales que podrían poner en duda y mermar la legitimidad del sistema de justicia penal, entendida como la aprobación social, más allá de lo legal. En ese sentido, luego del desarrollo, es pertinente presentar las siguientes conclusiones:

La legitimidad del derecho penal y del sistema de justicia penal no deriva exclusivamente de la legalidad formal de las normas ni de la capacidad coercitiva del Estado, sino de su aceptación social como un ejercicio racional, necesario y limitado del poder punitivo. El castigo estatal encuentra justificación únicamente cuando se desarrolla dentro de un marco de racionalidad normativa, confianza y expectativa social, así como de respeto a garantías, principios y derechos fundamentales. De manera clave, hay que rescatar la independencia judicial como legitimadora material del sistema de justicia penal. La ausencia o debilitamiento de cualquiera de estos elementos afecta directamente a la legitimidad.

La racionalidad constituye un requisito indispensable de legitimación. Las normas penales deben responder a necesidades reales de protección de bienes jurídicos, respetar los principios de subsidiariedad, fragmentariedad y proporcionalidad, y mantener coherencia con los valores constitucionales, así como con la preexistencia de normas lógicas, deontológicas y axiológicas. Un derecho penal desvinculado de estos fundamentos pierde capacidad de generar confianza social y se transforma en una manifestación arbitraria del poder; sin embargo, hay que tener claro que no basta con la confianza en la norma penal por su racionalidad; es necesario mantener esa confianza luego de la interpretación y aplicación de esta.

Entre los principales factores contemporáneos que amenazan la legitimidad del derecho penal en el Estado ecuatoriano se encuentran el populismo penal, el derecho penal simbólico, la mediatización de la justicia y las afectaciones a la independencia judicial. Estos fenómenos introducen elementos ajenos a la racionalidad jurídica y generan expectativas sociales incompatibles con los principios de un Estado constitucional de derechos

y justicia. El populismo penal y el derecho penal simbólico deterioran la legitimidad del sistema al promover reformas basadas en demandas emocionales o coyunturales, antes que en criterios de política criminal, evidencia empírica y respeto a los límites constitucionales del poder punitivo. La utilización del derecho penal como herramienta discursiva genera falsas expectativas de seguridad que, al no traducirse en resultados reales, terminan profundizando la desconfianza ciudadana.

A su vez, la mediatización de los procesos penales contribuye a la formación de juicios paralelos que condicionan la percepción pública de la justicia. Cuando la valoración social de los casos penales se construye sobre narrativas mediáticas y no sobre la evidencia producida en juicio, las decisiones judiciales ajustadas a derecho pueden ser interpretadas erróneamente como actos de impunidad, debilitando la confianza en las instituciones encargadas de administrar justicia.

La independencia judicial constituye una condición indispensable para la legitimidad material del sistema penal. Solo una jurisdicción libre de presiones políticas, mediáticas o de cualquier otra naturaleza puede garantizar la aplicación imparcial de la ley penal y la protección efectiva de los derechos fundamentales. La pérdida de independencia judicial no solo compromete la validez de las decisiones jurisdiccionales, sino que erosiona la confianza ciudadana en el conjunto del sistema de justicia penal.

En consecuencia, la preservación de la legitimidad del derecho penal en el Ecuador exige, en primer lugar, la existencia de normas penales racionales, compatibles con los principios constitucionales y orientadas a la protección efectiva de bienes jurídicos. No puede admitirse la proliferación del derecho penal simbólico, pues este genera únicamente una percepción momentánea de seguridad y confianza, sin producir resultados reales ni fortalecer la credibilidad del sistema penal. Del mismo modo, resulta indispensable promover un derecho penal proporcional, respetuoso del debido proceso y de las garantías fundamentales, así como consolidar mecanismos efectivos que aseguren la independencia judicial frente a cualquier forma de presión externa.

Sin embargo, también es necesario comprender los límites propios del derecho penal. Su naturaleza es esencialmente sancionadora y reactiva, por lo que no puede atribuírsele, por sí solo, la capacidad de resolver los problemas estructurales de criminalidad ni de reducir significativamente los índices delictivos. Mientras persista la idea de que el castigo constituye la solución principal frente al fenómeno criminal, se continuarán depositando en el derecho penal expectativas que no está en condiciones de satisfacer. Esta distorsión de su función provoca frustración social, favorece el surgimiento de respuestas punitivistas y termina erosionando su legitimidad. Por ello, el derecho penal debe ser comprendido dentro de sus verdaderos límites: como un mecanismo subsidiario de control social, destinado a contener el poder punitivo del Estado y a proteger legítimamente los bienes jurídicos fundamentales de la sociedad.

Referencias bibliográficas

- Bernate Ochoa, F. (2004). La legitimidad del derecho penal. *Estudios Socio-Jurídicos*, 6(1), 61-80. http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0124-05792004000100002
- Carrara, F. (1990). Programa de derecho criminal: De la pena y del juicio criminal. Temis.
- Devis Echandía, H. (2022). Teoría general del proceso. Temis.
- Gómez, A. y Proaño, F. (2012). Entrevista a Máximo Sozzo: “¿Qué es el populismo penal?”. *URVIO. Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad*, (11), 117-122. <https://doi.org/10.17141/urvio.11.2012.1162>
- López-Paredes, M. y García-Moreno, J. G. (2018). Desde lo mediático a lo real. *Criminología mediática: La verdad de los medios a la audiencia; estudio en Ecuador caso Karina del Pozo*. *Razón y Palabra*, 22(101), 210-230. <https://www.revistarazonypalabra.org/index.php/ryp/article/view/1198>
- Polaino Navarrete, M. (2024). Lecciones de derecho penal: Parte general (Tomo I). Tecnos.
- Ramírez González, J. C. (2022). La influencia de los medios de comunicación en los juicios. *Estudios y Perspectivas. Revista Científica y Académica*, 2(1), 27-50. <https://doi.org/10.61384/r.c.a.v2i1.8>
- Rodríguez Moreno, F. (2014). La bipolaridad del derecho penal. Cevallos Editora Jurídica.
- Rodríguez Moreno, F. (2020). Curso de derecho penal: Parte general. Tomo I: Introducción al derecho penal (2.^a ed.). Cevallos Editora Jurídica.
- Silva Sánchez, J. M. (2025). Derecho penal: Parte general. Civitas.
- Trujillo, O. (2024, 8 de octubre). La mediatización de la justicia. Oswaldo P. Trujillo. <https://oswaldotrujillo.com/la-mediatizacion-de-la-justicia/>
- Zaffaroni, E. R. (1998). En busca de las penas perdidas. Ediar.



Revista de Derecho Directum. Vol. 3, No. Especial, pp. 93-115. Octubre 2026
ISSN: 3028-8754. ISSN Elect. 3028-8762. Universidad Católica de Cuenca

Breve estudio de la libertad de expresión y crítica a MacKinnon respecto a la restricción de los discursos de odio

A Brief Study of Freedom of Expression and a Critique of MacKinnon Regarding the Restriction of Hate Speech

Recepción: 2 de julio de 2026

Revisión: 20 de julio de 2026

Aceptación: 28 de agosto de 2026

Publicación: 2 de octubre de 2026

Pedro Andrés Moreno Delgado

Universidad Católica de Cuenca

pedro.moreno@ucacue.edu.ec

<https://orcid.org/0009-0001-5924-8209>



Fernando Patricio Moreno Morejón

Función Judicial del Azuay

fernando.moreno@funcionjudicial.gob.ec

<https://orcid.org/0009-0008-5863-052X>



<https://doi.org/10.26871/directum.v3.nSI.64>

Cita sugerida:

Moreno Delgado, P. A., y Moreno Morejón, F. P. (2026). Breve estudio de la libertad de expresión y crítica a MacKinnon respecto a la restricción de los discursos de odio. *Revista de Derecho Directum*, 3(esp.), 93-115.
DOI: <https://doi.org/10.26871/directum.v3.nSI.64>

Resumen Este artículo analiza la libertad de expresión como un presupuesto fundamental de la legitimidad democrática, examinando su evolución y límites en la jurisprudencia de los Estados Unidos y el Ecuador. El estudio aborda dos paradigmas principales de restricción: los discursos peligrosos, que evolucionaron desde el criterio de “peligro claro y presente” hacia el estándar de “acción ilegal inminente”, y los discursos ofensivos o de odio. Se explora la tensión entre la tradición liberal clásica y las teorías igualitarias de Catharine MacKinnon, quien sostiene que ciertas expresiones alteran las condiciones de igualdad necesarias para la deliberación. Como propuesta central, el trabajo sugiere utilizar la “posición original” de John Rawls para identificar y restringir aquellos recursos discursivos que, mediante sesgos sistemáticos, anulan la credibilidad de grupos históricamente discriminados. Finalmente, se revisa la doctrina de la Corte Constitucional del Ecuador, señalando que, aunque ha incorporado estándares interamericanos, aún enfrenta el desafío de construir una teoría sistemática que evite restricciones basadas en valoraciones intuitivas o coyunturales. **Palabras clave:** libertad de expresión, discursos de odio, posición original, jurisprudencia comparada, igualdad material.

Abstract This article examines freedom of expression as a fundamental prerequisite for democratic legitimacy, analyzing its evolution and limits in the jurisprudence of the United States and Ecuador. The study analyzes two main paradigms of restriction: dangerous speech, which transitioned from “clear and present danger” to the “imminent lawless action” standard, and offensive or hate speech. It explores the tension between the classical liberal tradition and Catharine MacKinnon’s egalitarian theories, which argue that certain types of discourse undermine the structural equality required for democratic deliberation. As a central proposal, the paper advocates for the application of John Rawls’s “original position” to identify and restrict discursive resources that, through systematic biases, undermine the credibility of historically marginalized groups. Finally, it reviews the doctrine of Ecuador’s Constitutional Court, noting that, although it has incorporated Inter-American standards, it still faces the challenge of developing a systematic theory that prevents restrictions based on intuitive or circumstantial assessments.

Keywords: Freedom of Expression, Hate Speech, Original Position, Comparative Case Law, Substantive Equality.

Introducción

La libertad de expresión constituye una condición de posibilidad de la propia comunidad política. Antes de preguntarnos qué puede prohibir el Estado, debemos preguntarnos qué hace legítima la existencia del Estado. Si una persona no puede pensar lo que desea, tampoco puede decidir libremente cómo actuar; y si no puede actuar libremente, su pertenencia a la sociedad política deja de fundarse en el consentimiento y pasa a fundarse en la imposición. En este sentido, la libertad de expresión aparece como una condición previa al Estado. Una comunidad política integrada por individuos incapaces de formar y expresar sus propias convicciones difícilmente podría considerarse una comunidad de ciudadanos libres. Por ello, la libertad de expresión constituye uno de los presupuestos fundamentales de la legitimidad democrática.

En el Ecuador, la Constitución de 2008 reconoce la libertad de expresión en el artículo 66, numeral 6, al garantizar el derecho de toda persona a “opinar y expresar su pensamiento libremente y en todas sus formas y manifestaciones” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 66, num. 6), mientras que los artículos 16 y 18 desarrollan su dimensión comunicativa e informativa (Constitución de la República del Ecuador, 2008, arts. 16 y 18). En los Estados Unidos, por su parte, la protección se encuentra en la Primera Enmienda de la Constitución, cuya formulación prohíbe al Congreso dictar leyes que restrinjan la libertad de expresión (U.S. Const. amend. I). Aunque ambos ordenamientos reconocen este derecho como un componente esencial de una sociedad democrática, el desarrollo doctrinal y jurisprudencial que ha experimentado en cada uno de ellos dista considerablemente.

En efecto, mientras la jurisprudencia estadounidense ha dedicado más de dos siglos a delimitar el contenido, alcance y límites de la libertad de expresión, convirtiéndose en uno de los referentes más influyentes del derecho constitucional comparado, la doctrina ecuatoriana sobre esta materia aún se encuentra en una etapa incipiente. Ello no significa que el tema sea completamente novedoso en el país, sino que persisten importantes vacíos teóricos y dogmáticos, especialmente en torno a los criterios que justifican la restricción de determinadas manifestaciones expresivas. Por esta razón, el presente estudio tomará como punto de partida el desarrollo alcanzado por la doctrina y la jurisprudencia estadounidense para, posteriormente, analizar el régimen constitucional ecuatoriano y los desafíos que aún enfrenta, prestando especial atención a uno de los problemas más controvertidos del debate contemporáneo: los límites de la libertad de expresión frente a los denominados discursos de odio.

Sin embargo, antes de examinar cómo los distintos ordenamientos jurídicos protegen la libertad de expresión y cuáles son sus límites, resulta necesario responder una pregunta

previa y fundamental: ¿qué debe entenderse por expresión? Solo una vez delimitado el objeto mismo de protección será posible determinar qué manifestaciones quedan amparadas por este derecho y en qué circunstancias el Estado puede legítimamente intervenir sobre ellas.

Desarrollo

La evolución del concepto de expresión

La palabra expresión proviene del latín *expressio*, derivada del verbo *exprimere* (*ex*, “hacia afuera”, y *primere*, “presionar”), cuyo significado original era “hacer salir” o “extraer aquello que se encuentra en el interior”. Inicialmente se utilizaba para describir actos físicos, como exprimir aceite o vino, pero con el tiempo comenzó a emplearse de forma metafórica para referirse a la exteriorización del pensamiento humano. Esta evolución encuentra un antecedente filosófico en la antigua Grecia, aunque los griegos no desarrollaron una teoría de la expresión como hoy la entendemos, es decir, como un derecho fundamental con valor en sí mismo por ser parte de la dignidad humana, sino que se la entendía de manera mucho más utilitaria, no como un fin, sino como un medio: el medio idóneo para conocer la verdad, para alcanzar el *logos*.

Con el surgimiento del cristianismo, el concepto de expresión adquirió una dimensión profundamente interior. Mientras la filosofía griega había centrado su atención en la expresión como objeto útil para alcanzar la verdad, el pensamiento cristiano desplazó el foco hacia la conciencia y el alma individual. San Agustín de Hipona sostuvo que las palabras exteriores eran únicamente signos de una realidad más profunda: el *verbum interius* o “palabra interior”, donde el pensamiento se forma antes de manifestarse al mundo (Agustín de Hipona, ca. 399-419/1956).

Hablar dejó de entenderse simplemente como un acto de comunicación para convertirse en la exteriorización de una verdad previamente concebida en la intimidad de la persona. Esta concepción marcaría durante siglos la comprensión occidental de la expresión como la manifestación de un contenido interno. Este es el primer antecedente de un respeto a la expresión no como útil para alcanzar la verdad, sino como una libertad de los hombres que debe ser respetada no en cuanto a su inteligencia, verdad o utilidad, sino que debe ser respetada porque es una manifestación de la propia alma.

La metafísica teológica del cristianismo fue sustituida por una metafísica racional abstracta en el Romanticismo, a finales del siglo XVIII y comienzos del XIX. En esta época se produjo una transformación decisiva. La expresión dejó de concebirse principalmente como la comunicación de una verdad interior para entenderse como la manifestación de la individualidad misma. Autores como Johann Gottfried Herder sostuvieron que cada ser

humano posee una voz singular e irrepetible, mientras que escritores como Johann Wolfgang von Goethe identificaron la autenticidad con la capacidad de exteriorizar la propia personalidad. Desde entonces, expresar ya no significó únicamente transmitir ideas, sino revelar emociones, experiencias y la identidad del individuo. Esta concepción romántica constituye uno de los antecedentes filosóficos más importantes de la comprensión contemporánea de la libertad de expresión como una garantía del libre desarrollo de la personalidad.

La filosofía del lenguaje también jugó un papel importante en la valoración de la expresión cuando esta rama experimentó una transformación decisiva con Ludwig Wittgenstein. En sus obras tardías abandonó la idea de que las palabras son simples vehículos para transmitir pensamientos previamente formados y sostuvo que su significado depende del uso que adquieren dentro de prácticas sociales compartidas, los llamados “juegos del lenguaje” (Wittgenstein, 1953/1958). Desde esta perspectiva, expresar una idea ya no consiste únicamente en exteriorizar un contenido mental, aquello que solo le incumbe a quien lo expresa y que la sociedad únicamente tiene la obligación correlativa de tolerar. La expresión deja de ser un fenómeno exclusivamente psicológico para convertirse en una práctica social cuyo sentido depende del contexto en que se produce.

Sobre esta base, J. L. Austin introdujo una de las contribuciones más influyentes para la teoría contemporánea del lenguaje al demostrar que hablar no siempre consiste en describir hechos. Existen expresiones que, por el solo hecho de ser pronunciadas en determinadas circunstancias, realizan acciones: prometer, ordenar, declarar culpable a una persona o celebrar un contrato. Austin denominó a estos fenómenos “actos de habla”, mostrando que el lenguaje posee una dimensión performativa además de su función descriptiva (Austin, 1962/1971). Esta distinción resultó especialmente relevante para la libertad de expresión, pues permitió diferenciar entre la manifestación de ideas y aquellas expresiones que constituyen acciones con efectos jurídicos o sociales inmediatos.

John Searle desarrolló sistemáticamente la teoría de J. L. Austin clasificando los actos de habla según la función que cumplen dentro de la comunicación (Searle, 1969/1994). Distinguió los actos representativos, que afirman o describen la realidad (“La Tierra gira alrededor del Sol”); los directivos, que buscan provocar una acción en el destinatario (“Cierra la puerta”); los compromisorios, mediante los cuales el hablante asume una obligación (“Prometo pagar la deuda”); los expresivos, que manifiestan estados de ánimo o actitudes (“Lo siento”, “Te felicito”); y los declarativos, que crean una nueva realidad institucional por el solo hecho de ser pronunciados por una autoridad competente (“Lo condeno a diez años de prisión”, “Quedan ustedes legalmente casados”) (Searle, 1969/1994).

Esta clasificación permitió comprender que el lenguaje no solo transmite información, sino que también puede dirigir conductas, generar obligaciones o producir efectos jurídicos. La distinción resultó especialmente relevante para la libertad de expresión, pues mostró que no todas las manifestaciones lingüísticas cumplen la misma función: mientras

una opinión política constituye normalmente un acto representativo, una amenaza, una orden para cometer un delito o una sentencia judicial utilizan el lenguaje para producir consecuencias prácticas, lo que explica por qué el derecho puede otorgarles un tratamiento jurídico diferente (Searle, 1969/1994).

Jürgen Habermas, por su parte, crea la teoría de la acción comunicativa sosteniendo que la función principal del lenguaje en una democracia consiste en posibilitar el entendimiento racional entre personas libres e iguales (Habermas, 1981/1998), para lo cual es necesario el equilibrio de poder en las condiciones de diálogo. Entonces, la legitimidad de las decisiones políticas en una democracia depende de que los ciudadanos puedan participar en procesos deliberativos donde los argumentos sean evaluados por su fuerza racional y no por relaciones de poder (Habermas, 1981/1998). Esta idea pareciera tener la misma lógica base de la cual parte John Stuart Mill, sobre la importancia de la verdad y la necesidad de llegar a ella mediante la pura libertad (Mill, 1859/2014). Habermas usa la misma premisa: la verdad como un valor deseable. Lo que varía en él es su método para llegar a ella, y este radica en el equilibrio de poder entre los participantes de una democracia deliberativa.

Esta evolución filosófica transformó profundamente la comprensión jurídica de la libertad de expresión. Si inicialmente se entendía como la protección de las ideas expresadas mediante palabras, progresivamente pasó a abarcar toda conducta dotada de contenido comunicativo. Así surgió la doctrina de la conducta expresiva (*expressive conduct*), según la cual una acción puede quedar amparada por la libertad de expresión cuando pretende transmitir un mensaje objetivamente reconocible.

La jurisprudencia estadounidense consolidó esta concepción en *Spence v. Washington* (1974), al considerar que una conducta constituye expresión cuando existe la intención de comunicar un mensaje y es probable que este sea comprendido por quienes la observan, criterio reafirmado posteriormente en *Texas v. Johnson* (1989), donde se reconoció que la quema de la bandera estadounidense constituía una forma de expresión política protegida. Bajo esta concepción, la protección constitucional ya no se limita al discurso oral o escrito, sino que comprende también pinturas, obras musicales, películas, símbolos, manifestaciones artísticas e incluso programas informáticos, como reconoció el caso *Bernstein v. United States Department of Justice* (1999) al considerar que el código fuente de un programa informático transmite conocimiento e ideas. En consecuencia, la libertad de expresión protege hoy, en términos generales, toda manifestación que incorpore un contenido comunicativo reconocible, con independencia del medio empleado para transmitirlo.

¿Cómo se ha protegido la libertad de expresión en los Estados Unidos?

Habiendo delimitado qué debe entenderse por expresión, corresponde ahora analizar los mecanismos jurídicos que el derecho constitucional ha desarrollado para protegerla y, al mismo tiempo, para establecer sus límites. La experiencia de los Estados Unidos resulta especialmente relevante, pues su jurisprudencia ha construido, durante más de dos siglos, algunos de los criterios más influyentes sobre esta materia (U.S. Const. amend. I), los cuales pueden agruparse, de manera general, en dos grandes categorías: aquellas restricciones orientadas a evitar daños concretos o peligros para bienes jurídicos relevantes y aquellas destinadas a proteger los derechos de terceros, particularmente su dignidad, honor e igualdad. Esta concepción encuentra un importante paralelismo en el sistema interamericano de derechos humanos. En efecto, el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce que toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, prohíbe la censura previa y admite únicamente responsabilidades ulteriores cuando sean necesarias para asegurar “el respeto a los derechos o a la reputación de los demás” o “la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas” (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969, art. 13.2). Estos dos grupos pueden ser clasificados en la limitación de la libertad de expresión frente a discursos “peligrosos” y frente a “discursos ofensivos”.

Primer paradigma de restricción: los discursos peligrosos

Una vez delimitado el concepto de expresión, corresponde analizar el primer gran grupo de límites que históricamente se han impuesto a la libertad de expresión: aquellos dirigidos a evitar los denominados discursos peligrosos. Sin embargo, antes de estudiar las distintas respuestas que ha ofrecido la jurisprudencia estadounidense, conviene advertir que dichas respuestas dependen, en buena medida, de la forma en que se conciba la propia expresión. Si esta se entiende como un instrumento para descubrir la verdad, la protección recaerá principalmente sobre el libre intercambio de ideas; si se la concibe como una descripción de la realidad o como una propuesta acerca de cómo debería organizarse el mundo, la atención se desplazará hacia los efectos que tales afirmaciones puedan producir en la sociedad; y si se la considera una manifestación de la personalidad del individuo, el fundamento de su protección radicarán en la autonomía personal y no necesariamente en el valor objetivo de las ideas expresadas. Esta diferencia conceptual explica por qué las teorías sobre la libertad de expresión han desarrollado criterios distintos para determinar cuándo el Estado puede legítimamente intervenir frente a determinados discursos.

La comprensión moderna de la libertad de expresión comenzó a adquirir su forma contemporánea con John Stuart Mill y su obra *On Liberty* (1859). Si se analiza con detenimiento, la concepción de Mill (1859/2014) parte de una idea muy concreta acerca de la función de la expresión: su valor reside, ante todo, en la búsqueda de la verdad. La libertad de expresión se justifica porque constituye una condición indispensable para el progreso intelectual de la sociedad. Según su célebre argumento, una opinión nunca debe ser silenciada únicamente porque la mayoría la considere errónea, pues podría resultar verdadera, contener una parte de la verdad o contribuir a fortalecer las creencias correctas al obligarlas a enfrentarse con la crítica (Mill, 1859/2014). Para Mill, el mayor peligro no era la existencia de opiniones falsas, sino la censura, ya que una sociedad que impide el debate termina sustituyendo el conocimiento por el dogma.

No obstante, esta concepción comenzó a ser cuestionada cuando la libertad de expresión dejó de analizarse únicamente desde la perspectiva del conocimiento y empezó a examinarse a partir de los riesgos que determinadas manifestaciones podrían generar para la seguridad pública. El punto de inflexión se produjo con *Schenck v. United States* (1919). Durante la Primera Guerra Mundial, Charles Schenck distribuyó panfletos exhortando a los ciudadanos a resistir el reclutamiento militar obligatorio por considerarlo contrario a la Constitución estadounidense. La Corte Suprema confirmó su condena al estimar que, en circunstancias excepcionales, determinadas expresiones podrían ser restringidas cuando generan un “peligro claro y presente” (*clear and present danger*) para intereses públicos de especial relevancia. En su célebre opinión, el juez Oliver Wendell Holmes Jr. ilustró esta idea afirmando que la libertad de expresión no protege a quien grita falsamente “¡fuego!” en un teatro abarrotado y provoca el pánico de la multitud. La fuerza de esta metáfora radica en mostrar que existen expresiones que dejan de constituir simples opiniones para convertirse en acciones capaces de producir un daño inmediato y concreto.

No obstante, esta doctrina fue posteriormente objeto de críticas. El principal problema consistía en determinar qué debía entenderse por “peligro” y quién tenía la autoridad para definirlo. Un gobierno podría considerar peligrosas opiniones revolucionarias, críticas severas al régimen o propuestas de transformación social profunda. La noción de peligrosidad corría el riesgo de convertirse en una herramienta para silenciar la disidencia política. Frente a esta dificultad, autores como John Hart Ely (1980) propusieron criterios más exigentes para justificar las restricciones. La intervención estatal debía basarse en la afectación concreta a bienes jurídicos identificables y no en una simple incomodidad que ciertas ideas producen en quienes detentan el poder. Es así que, si alguien da un discurso político en la vía pública al mediodía, ello no puede restringirse constitucionalmente; sin embargo, si la misma acción se realiza con altoparlantes a las 3 de la mañana en un barrio residencial, será limitada y sancionada, no por el mensaje que expresa, sino por incumplir

el máximo de decibeles establecido en un código administrativo. Una analogía similar se hace con las infracciones penales de apología del delito o incitación a la violencia.

Con el paso del tiempo, la Corte Suprema comenzó a adoptar esta última postura. Un ejemplo ilustrativo fue *United States v. O'Brien* (1968), en el que el acusado quemó públicamente su certificado de inscripción al servicio militar como forma de protesta contra la guerra de Vietnam. La Corte confirmó la constitucionalidad de la sanción porque la norma perseguía un interés administrativo independiente de la expresión: preservar el funcionamiento del sistema de reclutamiento militar. Con ello comenzó a distinguirse entre las restricciones dirigidas al contenido del discurso y aquellas que recaen sobre conductas cuya regulación responde a fines distintos del mensaje comunicado.

Con el caso *Texas v. Johnson* (1989), la lógica interna que seguía la Corte Suprema para proteger el derecho establecido en la Primera Enmienda se volvió mucho más compleja. En esta ocasión, Gregory Johnson quemó una bandera estadounidense durante una manifestación política y fue condenado conforme a una ley estatal que sancionaba la profanación de la bandera (*Texas v. Johnson*, 1989). A diferencia de lo ocurrido en *United States v. O'Brien* (1968), la Corte concluyó que la quema de la bandera constituía una forma de conducta expresiva y que la sanción tenía como verdadero fundamento el rechazo al contenido del mensaje transmitido. En consecuencia, declaró la inconstitucionalidad de la condena, afirmando que la Primera Enmienda protege incluso aquellas expresiones que resultan profundamente ofensivas para la mayoría de la sociedad (*Texas v. Johnson*, 1989). Esta decisión marcó un cambio trascendental: el problema dejó de consistir únicamente en determinar si una expresión era peligrosa y pasó a centrarse en si el Estado restringía una manifestación por el daño que producía o simplemente por el desacuerdo con las ideas que comunicaba.

La doctrina del “peligro claro y presente”, pese a su enorme influencia, pronto comenzó a recibir importantes críticas. Su principal debilidad residía en la amplitud del concepto de peligro. Si bastaba con que el Estado considerara que determinadas ideas podían generar riesgos para el orden público, la libertad de expresión quedaba excesivamente expuesta a las valoraciones políticas de quienes ejercían el poder. Durante buena parte del siglo XX, este estándar fue utilizado para justificar restricciones a discursos revolucionarios, críticas al gobierno e incluso a determinadas formas de disidencia política, lo que evidenció la necesidad de establecer criterios más exigentes para limitar la expresión (Ely, 1980).

El punto de inflexión llegó con *Brandenburg v. Ohio* (1969). Clarence Brandenburg, integrante del Ku Klux Klan, pronunció un discurso durante un acto de la organización en el que realizó afirmaciones racistas y sugirió la posibilidad de emprender acciones de represalia contra el gobierno si este continuaba favoreciendo a la población afroamericana (*Brandenburg v. Ohio*, 1969). Tras la condena inicial con base en una ley que sancionaba la defensa del uso de la violencia con fines políticos, el caso llegó a la Corte Suprema, la cual

modificó profundamente su doctrina. El Tribunal sostuvo que la mera defensa abstracta de la violencia o de la ilegalidad no basta para justificar una sanción penal. La expresión únicamente puede ser restringida cuando esté dirigida a incitar o producir una acción ilegal inminente y sea probable que efectivamente la produzca (*Brandenburg v. Ohio*, 1969). Con ello, la Corte sustituyó el criterio relativamente indeterminado del “peligro claro y presente” por un estándar considerablemente más estricto, exigiendo no solo la existencia de un riesgo, sino la concurrencia de tres elementos: la intención de provocar una conducta ilícita, la inminencia de dicha conducta y una probabilidad real de que esta ocurra.

La trascendencia de *Brandenburg* radica en que desplazó el análisis desde el contenido de las ideas hacia las consecuencias inmediatas de la expresión. Un discurso puede defender una revolución, cuestionar el sistema democrático, proponer la abolición de la propiedad privada o incluso sostener ideas profundamente ofensivas sin perder, por ese solo hecho, la protección constitucional. Lo que la Primera Enmienda permite sancionar no es la peligrosidad abstracta de una doctrina, sino la utilización de la expresión como instrumento para desencadenar una conducta ilícita inmediata (*Brandenburg v. Ohio*, 1969).

Si se observa en conjunto la evolución de la jurisprudencia estadounidense, puede advertirse que la protección de la libertad de expresión frente a los discursos peligrosos ha transitado por tres grandes etapas. En una primera fase, representada por *Schenck v. United States* (1919), la restricción descansaba sobre un concepto relativamente abstracto de peligrosidad (*Schenck v. United States*, 1919). Bastaba con que la expresión generara un “peligro claro y presente” (*clear and present danger*) para intereses públicos relevantes (*Schenck v. United States*, 1919). Una segunda etapa comenzó cuando la Corte Suprema empezó a distinguir entre la restricción del contenido del mensaje y la regulación de conductas que, aunque expresivas, perseguían fines estatales independientes de la expresión. El ejemplo paradigmático fue *United States v. O’Brien* (1968), donde la quema del certificado de inscripción al servicio militar fue sancionada no porque el Estado rechazara el mensaje político del manifestante, sino porque el documento cumplía una función administrativa indispensable para el sistema de reclutamiento (*United States v. O’Brien*, 1968). Finalmente, la doctrina alcanzó su formulación contemporánea con *Brandenburg v. Ohio* (1969). En este caso, la Corte Suprema abandonó el criterio amplio del “peligro claro y presente” y adoptó un estándar mucho más exigente (*Brandenburg v. Ohio*, 1969). Desde entonces, una expresión solo puede ser sancionada cuando esté dirigida a incitar la comisión de una acción ilegal inminente y exista una probabilidad real de que dicha acción ocurra (*Brandenburg v. Ohio*, 1969). El riesgo deja de ser una posibilidad abstracta para convertirse en un peligro concreto, inmediato y objetivamente verificable.

No obstante, este modelo general no agota por completo la experiencia constitucional estadounidense. Existen al menos dos ámbitos en los cuales la libertad de expresión ha

seguido trayectorias parcialmente distintas: la religión y la educación. En materia religiosa, la Primera Enmienda combina la prohibición de establecer una religión oficial (*Establishment Clause*) con la garantía del libre ejercicio de las creencias (*Free Exercise Clause*) (U.S. Const. amend. I). Como consecuencia, la Corte Suprema ha debido equilibrar constantemente la neutralidad del Estado frente a las distintas confesiones religiosas con el derecho de los individuos a manifestar públicamente sus convicciones. Casos como *West Virginia State Board of Education v. Barnette* (1943), que reconoció el derecho de los estudiantes testigos de Jehová a no saludar la bandera por motivos religiosos, muestran que la libertad de expresión y la libertad religiosa convergen en la protección de la conciencia individual frente a la imposición estatal (*West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 1943).

Algo semejante ocurre en el ámbito educativo. Aunque los estudiantes conservan sus derechos constitucionales dentro de los establecimientos de enseñanza, la Corte Suprema ha reconocido que dichos derechos pueden modularse en atención a la función educativa de las instituciones (*Tinker v. Des Moines*, 1969). Así, en *Tinker v. Des Moines* (1969) se protegió el uso de brazaletes negros como forma de protesta contra la guerra de Vietnam al no generar una alteración sustancial de las actividades escolares (*Tinker v. Des Moines*, 1969). Sin embargo, decisiones posteriores, como *Bethel School District No. 403 v. Fraser* (1986) o *Morse v. Frederick* (2007), admitieron restricciones frente a expresiones vulgares o que promovieran el consumo de drogas (*Bethel School District No. 403 v. Fraser*, 1986; *Morse v. Frederick*, 2007). Ello evidencia que el contexto educativo constituye un subsistema donde la protección de la libertad de expresión se armoniza con los fines formativos y disciplinarios de la escuela.

En conclusión, la evolución de la jurisprudencia estadounidense revela un proceso progresivo de refinamiento de los límites a la libertad de expresión. El sistema pasó de admitir restricciones basadas en un concepto amplio de peligrosidad a diferenciar entre la regulación de conductas y la censura de ideas, para culminar con un estándar que únicamente autoriza la intervención estatal frente a expresiones destinadas a producir una acción ilegal inminente (*Brandenburg v. Ohio*, 1969). Paralelamente, ámbitos específicos como la religión y la educación han desarrollado reglas particulares que, sin abandonar los principios de la Primera Enmienda (U.S. Const. amend. I), responden a las características propias de esos espacios (*Tinker v. Des Moines*, 1969; *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 1943). En conjunto, esta evolución explica por qué el modelo estadounidense continúa siendo el principal referente comparado para el estudio de la libertad de expresión y constituye un punto de partida indispensable para analizar, posteriormente, los desafíos que plantea el tratamiento jurídico de los discursos de odio.

Segundo paradigma de restricción: los discursos ofensivos

Jürgen Habermas, como vimos en el primer acápite de este artículo, desplazó el centro del debate desde el individuo hacia las condiciones del diálogo democrático (Habermas, 1981/1998). A diferencia del primer paradigma, estos discursos no se caracterizan por provocar una acción ilegal inminente, sino por su capacidad para humillar, estigmatizar o excluir a determinados sectores de la sociedad. Sin embargo, este cambio de objeto no produjo una modificación equivalente en la jurisprudencia estadounidense. Por el contrario, la Corte Suprema ha mantenido una posición marcadamente favorable a la protección incluso de las expresiones más ofensivas, considerando que la Primera Enmienda no autoriza al Estado a restringir un discurso únicamente porque resulte odioso, insultante o profundamente perturbador (U.S. Const. amend. I).

Esta posición puede apreciarse con claridad en algunos de los precedentes más importantes de la Corte Suprema de los Estados Unidos. En *R.A.V. v. City of St. Paul* (1992), un menor de edad quemó una cruz de madera en el jardín de una familia afroamericana, conducta sancionada por una ordenanza municipal que prohibía la exhibición de símbolos capaces de provocar ira, temor o resentimiento por motivos de raza, religión o sexo (*R.A.V. v. City of St. Paul*, 1992).

Aunque la conducta era claramente racista y profundamente ofensiva, la Corte declaró inconstitucional la ordenanza (*R.A.V. v. City of St. Paul*, 1992). El fundamento de la decisión no fue que la quema de cruces careciera de gravedad moral, sino que la norma únicamente prohibía determinados mensajes discriminatorios, permitiendo otros igualmente ofensivos. En consecuencia, el Estado estaba seleccionando qué ideas podían expresarse y cuáles no en función de su contenido ideológico, incurriendo en una forma de discriminación por punto de vista (*viewpoint discrimination*), una de las categorías de censura más severamente prohibidas por la Primera Enmienda (*R.A.V. v. City of St. Paul*, 1992). Para la Corte, el gobierno no puede convertirse en árbitro de las ideas permitidas, incluso cuando las opiniones expresadas resulten abiertamente racistas o incompatibles con los valores democráticos (*R.A.V. v. City of St. Paul*, 1992).

Sin embargo, esta doctrina fue matizada pocos años después en *Virginia v. Black* (2003). En este asunto, la Corte examinó nuevamente la quema de cruces, símbolo históricamente asociado con el Ku Klux Klan y con actos de violencia e intimidación racial (*Virginia v. Black*, 2003). A diferencia de *R.A.V. v. City of St. Paul* (1992), el Tribunal sostuvo que la Constitución sí permite sancionar esta conducta cuando la quema de la cruz tiene como finalidad intimidar a una persona o grupo determinado, pues en ese supuesto deja de constituir únicamente la expresión de una ideología para convertirse en una verdadera amenaza (*true threat*) (*Virginia v. Black*, 2003).

Las verdaderas amenazas no se encuentran protegidas por la Primera Enmienda porque su finalidad no consiste en persuadir mediante argumentos, sino en infundir miedo ante la posibilidad de sufrir un daño físico o una agresión futura (*Virginia v. Black*, 2003). No obstante, la Corte también declaró inconstitucional la presunción legal según la cual toda quema de una cruz constituía automáticamente una amenaza, afirmando que debía demostrarse, en cada caso concreto, la intención real de intimidar (*Virginia v. Black*, 2003). Con ello, el Tribunal estableció una diferencia decisiva entre expresar una ideología racista, por aborrecible que sea, y utilizar esa ideología como instrumento para amenazar directamente a otra persona (*Virginia v. Black*, 2003).

La misma lógica fue reafirmada en *Snyder v. Phelps* (2011). Integrantes de la Iglesia Bautista de Westboro realizaron una manifestación en las inmediaciones del funeral de un soldado estadounidense fallecido en Irak, portando pancartas con mensajes como “God Hates Fags”, “Thank God for Dead Soldiers” y otras consignas profundamente ofensivas dirigidas contra la comunidad homosexual y contra las fuerzas armadas (*Snyder v. Phelps*, 2011). La familia del militar demandó a los manifestantes por el grave sufrimiento emocional ocasionado por la protesta. Sin embargo, la Corte Suprema rechazó la pretensión indemnizatoria y sostuvo que la Primera Enmienda protege incluso las expresiones que resultan extremadamente hirientes cuando estas versan sobre asuntos de interés público y se desarrollan en espacios públicos conforme a las restricciones ordinarias de tiempo, lugar y modo (*Snyder v. Phelps*, 2011). Para el Tribunal, permitir que el Estado sancione un discurso únicamente por el dolor emocional que provoca implicaría entregar a los poderes públicos la facultad de decidir qué opiniones son demasiado ofensivas para ser expresadas, una atribución incompatible con el modelo constitucional estadounidense (*Snyder v. Phelps*, 2011).

Considerados en conjunto, estos precedentes revelan que la jurisprudencia estadounidense ha construido una diferencia fundamental entre el discurso ofensivo y el discurso jurídicamente lesivo. El primero permanece, por regla general, protegido por la Primera Enmienda, incluso cuando promueva ideas racistas, xenófobas o profundamente insultantes. El segundo, en cambio, pierde esa protección cuando el lenguaje deja de cumplir una función meramente expresiva y se convierte en un instrumento para intimidar, amenazar o producir un daño jurídicamente relevante.

La doctrina estadounidense de protección a la libertad de expresión inclusive para los discursos considerados como ofensivos ha generado un debate, en el cual hemos de centrar uno de los puntos neurálgicos de la presente investigación. Este debate puede plantearse de la siguiente manera: los defensores de la tradición liberal clásica sostienen que el espacio público debe caracterizarse por la máxima apertura posible (Mill, 1859/2014). La razón de ello es que una sociedad libre no puede determinar de antemano cuáles opiniones son verdaderas y cuáles son falsas. Cuanto mayor sea la diversidad de ideas disponibles, mayores

serán las posibilidades de que los ciudadanos formen sus convicciones mediante la razón y no mediante la imposición (Mill, 1859/2014).

Frente a esta tradición liberal clásica (Mill, 1859/2014), Catharine MacKinnon cuestionó la idea de que todas las expresiones participan en condiciones de igualdad dentro del debate público. A su juicio, ciertas formas de discurso, especialmente aquellas que reproducen relaciones estructurales de subordinación, no constituyen simples opiniones, sino mecanismos que alteran las condiciones mismas bajo las cuales los individuos pueden deliberar como iguales. El problema del discurso discriminatorio no radica únicamente en su contenido ofensivo, sino en su capacidad para disminuir la credibilidad, la autoridad o la participación de determinados grupos antes incluso de que sus argumentos sean escuchados. Con ello, MacKinnon desplazó el debate desde la protección de las opiniones hacia la protección de las condiciones de igualdad necesarias para el ejercicio efectivo de la libertad de expresión (MacKinnon, 1993).

Pueden ilustrarse las ideas de MacKinnon (1993) mediante una analogía sencilla. Imaginemos que se presenta a una persona un conjunto de números y se le pide escoger libremente entre ellos. Si previamente se le informa que los números pares poseen mayor valor que los impares, la elección posterior ya no se desarrolla en condiciones de neutralidad. Se ha introducido un criterio previo que orienta la decisión antes de que los elementos sometidos a comparación sean examinados por sí mismos. Algo similar ocurriría cuando, antes de valorar los argumentos de distintos individuos, se difunde la idea de que ciertos grupos son intelectualmente inferiores por razón de su raza, sexo o condición social. En tal caso, los argumentos ya no compiten exclusivamente por la fuerza de sus razones, sino también bajo el peso de un prejuicio previamente instalado (MacKinnon, 1993).

Sin embargo, esta explicación da lugar a una nueva dificultad. La afirmación de que un grupo es inferior también puede presentarse como una proposición autónoma dentro del debate público, por ejemplo, “un grupo social es inferior”. Puede constituir una premisa dentro de un razonamiento que, aunque resulte moralmente rechazable o empíricamente erróneo, forma parte del sistema de creencias de quien la sostiene. Surge entonces una pregunta compleja: ¿en qué momento una afirmación de este tipo deja de ser un argumento susceptible de discusión y pasa a convertirse en un sesgo que distorsiona las condiciones de la deliberación democrática? La respuesta a esta cuestión resulta decisiva, pues de ella depende la posibilidad de distinguir entre la protección de opiniones controvertidas y la restricción de expresiones que afectan la dimensión social de la igualdad democrática.

Analicémoslo: si se afirma que una expresión puede restringirse por ser ofensiva, la categoría resulta excesivamente amplia, pues prácticamente cualquier idea relevante para la vida política puede resultar ofensiva para alguien. Si se afirma que puede restringirse por ser racista, sexista o discriminatoria, el criterio depende de valoraciones históricas y culturales que pueden modificarse con el tiempo. Y si se sostiene que puede prohibirse por

ser falsa, el problema es aún mayor, ya que el Estado terminaría convirtiéndose en árbitro oficial de la verdad (Mill, 1859/2014). Por ello, la pregunta relevante no parece ser qué opinión se expresó, sino qué papel cumple esa expresión dentro del debate público.

Desde esta perspectiva, podría sostenerse que el argumento autónomo permanece protegido, incluso cuando resulte erróneo, desagradable o profundamente impopular; lo que podría restringirse son ciertos movimientos argumentativos que alteran las condiciones mínimas de igualdad requeridas para la deliberación. La analogía sería similar a la de un combate de boxeo: los participantes son libres de utilizar cualquier estrategia dentro de las reglas del deporte, pero no pueden recurrir a patadas, no porque se les prohíba ganar, sino porque dichas acciones desnaturalizan la competencia.

Del mismo modo, la ciencia permite formular cualquier hipótesis imaginable, pero exige que su validación se someta a procedimientos metodológicos determinados. Aplicado al ámbito de la libertad de expresión, ello implicaría que una persona podría sostener cualquier tesis, pero no podría pretender demostrarla mediante recursos que excluyan a determinados participantes del espacio deliberativo. Para ejemplificarlo, la cadena argumentativa tendría las siguientes características: 1) un grupo social es inferior; 2) por tanto, a dicho grupo le corresponden menos derechos. La segunda afirmación estaría protegida por más errónea, inmoral u ofensiva que sea, si existiera con autonomía, pero la primera afirmación no estaría protegida por ser un instrumento metodológico que altera el equilibrio de la deliberación democrática; por tanto, el uso en conjunto de estas dos afirmaciones debería ser censurado bajo la perspectiva reconstruida de la argumentación de MacKinnon (1993).

Esta solución aparentemente elegante tampoco está exenta de dificultades, pues, si se sostiene que el Estado no debe determinar qué opiniones son verdaderas o falsas, pero sí puede excluir determinados movimientos argumentativos por considerarlos inválidos, entonces el problema simplemente se desplaza de la verdad a la validez. En otras palabras, el Estado deja de actuar como árbitro de las conclusiones para convertirse en árbitro de los procedimientos mediante los cuales dichas conclusiones son alcanzadas. Sin embargo, no resulta evidente por qué esta segunda posición sería menos problemática que la primera. Si existe una objeción liberal frente a la idea de que la autoridad pública determine qué debe considerarse verdadero (Mill, 1859/2014), también podría existir una objeción frente a la idea de que esa misma autoridad determine qué formas de razonamiento son aceptables dentro del debate público.

Esto conduce a una pregunta particularmente compleja: ¿quién decide qué tipos de razones pueden participar en el espacio público? A lo largo de la historia del pensamiento han coexistido múltiples modelos de racionalidad. Un empirista confiará en la observación y la experiencia; un racionalista privilegiará la deducción lógica; un idealista podrá atribuir primacía a determinadas categorías del pensamiento; un positivista lógico exigirá criterios de verificabilidad; un marxista interpretará los fenómenos desde relaciones materiales de

producción. Cada una de estas tradiciones establece criterios distintos acerca de qué cuenta como una razón válida. Si la libertad de expresión protege precisamente la posibilidad de que los individuos adopten concepciones divergentes acerca de la verdad y del conocimiento (Mill, 1859/2014), resulta difícil justificar por qué una determinada condición epistémica debe imponerse jurídicamente sobre las demás.

La pregunta fundamental permanece en este punto y se configura de la siguiente manera: ¿por qué una determinada concepción de la racionalidad debe prevalecer sobre otras dentro de una sociedad que se define precisamente por el pluralismo de creencias, valores y formas de comprender el mundo?

Desde esta perspectiva, el debate sobre el discurso de odio revela una tensión más profunda que la simple oposición entre libertad e igualdad. El verdadero problema consiste en determinar si una comunidad política puede proteger las condiciones de una deliberación democrática sin asumir, al mismo tiempo, una determinada teoría acerca de qué razones son legítimas y cuáles no. Y una vez que se acepta esa posibilidad, resulta inevitable preguntarse dónde termina la protección de la deliberación y dónde comienza la imposición de una ortodoxia intelectual por parte del poder público.

Por esta razón, proponemos reformular la cuestión en los siguientes términos. En lugar de preguntarnos qué argumentos son verdaderos o falsos, o qué procedimientos argumentativos son correctos o incorrectos, podemos preguntarnos qué reglas de deliberación escogerían ciudadanos racionales situados en la posición original de Rawls (1971). Bajo el velo de la ignorancia, los individuos desconocen cuál será su sexo, raza, religión, orientación política o posición social. Tampoco saben si pertenecen a un grupo históricamente privilegiado o a uno históricamente discriminado. Sin embargo, sí conocen ciertas características generales de la vida social y comprenden que los procesos deliberativos pueden verse afectados por prejuicios capaces de alterar la valoración de los argumentos.

En tales condiciones, los participantes no diseñarán las reglas del debate público pensando en proteger una posición concreta, pues ignoran cuál ocuparán en el futuro. Su interés racional consistiría en garantizar que, cualquiera que sea el grupo al que finalmente pertenezcan, sus argumentos sean evaluados por su contenido y no por características personales irrelevantes para la discusión. Por ello, tendrían razones para excluir aquellas prácticas discursivas que introducen sesgos sistemáticos capaces de afectar la consideración de los argumentos antes incluso de que estos sean examinados.

Desde esta perspectiva, la restricción sí se daría sobre estos métodos argumentativos inválidos, pero no se justifica porque el Estado posea una teoría privilegiada del conocimiento. La restricción se justifica porque determinados recursos discursivos alteran las condiciones de imparcialidad que los propios participantes habrían escogido para la deliberación si desconocieran la posición que ocupan dentro de ella. El problema no radica en la existencia de una determinada conclusión, sino en la introducción de mecanismos que

disminuyen anticipadamente el valor de los argumentos provenientes de ciertos grupos. De esta premisa pueden deducirse algunos criterios relativamente precisos para evaluar cuándo un discurso puede ser censurado por ser ofensivo:

1. **En primer lugar**, la expresión debe contener una afirmación que atribuya menor valor intelectual, moral o político a una persona por su pertenencia a un grupo históricamente discriminado.
2. **En segundo lugar**, dicha afirmación debe operar como una razón destinada a disminuir la credibilidad o relevancia de los argumentos que ese grupo pueda presentar en la discusión pública.
3. **En tercer lugar**, el elemento discriminatorio no debe constituir el objeto autónomo del debate, sino funcionar como una presuposición incorporada a otra discusión con el fin de inclinar el resultado deliberativo.

La diferencia es importante. No es lo mismo discutir si una determinada afirmación sobre capacidades humanas es verdadera o falsa que utilizar esa afirmación como presupuesto indiscutido para desacreditar de antemano la participación de quienes pertenecen a ese grupo.

Así entendida, la restricción no se constituye como el guardián progresista protector incansable de sensibilidades individuales, ni impone una verdad o una teoría del conocimiento oficial. Lo que protege son las condiciones de imparcialidad que ciudadanos racionales habrían aceptado *ex ante* para la organización del debate público (Rawls, 1971). La prohibición no recae sobre una conclusión determinada, sino sobre aquellos mecanismos que alteran las reglas de la deliberación mediante la introducción de sesgos.

En definitiva, el problema de los discursos ofensivos no consiste en determinar si una idea resulta inmoral, falsa o profundamente perturbadora, sino en establecer si el Estado puede restringirla sin convertirse en árbitro de la verdad o de la racionalidad (Mill, 1859/2014). La experiencia estadounidense ha optado por una protección especialmente intensa del contenido de las ideas, limitando la intervención estatal a supuestos excepcionales como las verdaderas amenazas (Virginia v. Black, 2003). La propuesta desarrollada en este trabajo busca conciliar esa tradición con las objeciones de MacKinnon (1993), permitiendo restricciones únicamente respecto de aquellos recursos argumentativos que, desde una posición imparcial como la propuesta por Rawls (1971), alteran las condiciones de una deliberación democrática entre iguales.

Lejos de constituir una mera abstracción teórica, esta propuesta encuentra un punto de apoyo en el artículo 11, numeral 2, de la Constitución ecuatoriana, que impone al Estado el deber de garantizar una igualdad material y efectiva (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 11, num. 2). En este contexto, la posición original de Rawls (1971) opera como un criterio para identificar cuándo una práctica discursiva genera una desigualdad que debe ser corregida para preservar la imparcialidad del debate democrático.

Precisamente a partir de este marco corresponde examinar cómo el ordenamiento jurídico ecuatoriano ha protegido la libertad de expresión y cuáles son los desafíos que aún plantea el tratamiento constitucional de los discursos de odio.

¿Cómo se ha protegido la libertad de expresión en Ecuador?

A diferencia del desarrollo jurisprudencial estadounidense, la doctrina constitucional ecuatoriana sobre libertad de expresión todavía se encuentra en una etapa de consolidación. No obstante, durante los últimos años la Corte Constitucional ha comenzado a construir un conjunto de reglas que permiten identificar cuándo una restricción a este derecho resulta compatible con la Constitución (Corte Constitucional del Ecuador, 2019). Este desarrollo puede apreciarse, principalmente, en la Sentencia N.º 282-13-JP/19 (caso del Diario La Hora), la Sentencia N.º 1651-12-EP/20 (caso de la Revista Vistazo: “Un NO rotundo”), la Sentencia N.º 785-20-JP/22 (cuenta de memes de un estudiante) y, más recientemente, la Sentencia N.º 2032-20-JP/25 (bloqueo de usuarios en las redes sociales institucionales del Municipio de Lago Agrio). Aunque estos precedentes abordan problemas diversos, todos parten de un mismo presupuesto: la libertad de expresión ocupa una posición preferente dentro del sistema democrático y, por ello, cualquier limitación debe superar un control constitucional particularmente riguroso (Corte Constitucional del Ecuador, 2019, 2020).

El primer gran precedente fue la Sentencia N.º 282-13-JP/19, conocida como el caso del Diario La Hora (Corte Constitucional del Ecuador, 2019). El conflicto surgió cuando la Función Ejecutiva presentó una acción de protección contra el medio de comunicación alegando la vulneración de su derecho a la rectificación y a la información veraz, luego de la publicación de una noticia sobre el gasto estatal en propaganda oficial (Corte Constitucional del Ecuador, 2019). La Corte Constitucional revocó las decisiones que habían dado la razón al Estado y estableció dos reglas de enorme relevancia. En primer lugar, afirmó que el Estado y sus instituciones, por regla general, no son titulares de derechos fundamentales como el honor o la libertad de expresión frente a los particulares (Corte Constitucional del Ecuador, 2019). En segundo lugar, sostuvo que la información de interés público goza de una protección reforzada, de modo que cualquier restricción impuesta a periodistas o medios de comunicación debe analizarse mediante un escrutinio estricto, precisamente por el papel que desempeñan dentro de una sociedad democrática (Corte Constitucional del Ecuador, 2019).

Un año después, la Sentencia N.º 1651-12-EP/20, conocida como el caso *Vistazo*, profundizó esta línea jurisprudencial en materia electoral (Corte Constitucional del Ecuador, 2020). El Tribunal Contencioso Electoral (TCE) había sancionado a la Revista Vistazo por la publicación del editorial denominado “Un NO rotundo”, al considerar que constituía

propaganda electoral prohibida durante el proceso de consulta popular de 2011 (Corte Constitucional del Ecuador, 2020). La Corte Constitucional dejó sin efecto dicha sanción al concluir que las decisiones del TCE habían vulnerado la libertad de expresión, la legalidad y el deber de motivación (Corte Constitucional del Ecuador, 2020). Particularmente, destacó que durante los procesos electorales la libertad de expresión adquiere una importancia aún mayor, pues únicamente un debate robusto, abierto y plural permite que los ciudadanos ejerzan de manera informada sus derechos políticos (Corte Constitucional del Ecuador, 2020). En consecuencia, las restricciones impuestas al debate electoral deben ser objeto del más estricto control constitucional (Corte Constitucional del Ecuador, 2020).

La protección constitucional fue posteriormente extendida al entorno digital mediante la Sentencia N.º 785-20-JP/22, relativa al estudiante que administraba una cuenta de memes en Instagram sobre su institución educativa (Corte Constitucional del Ecuador, 2022). El colegio inició un procedimiento disciplinario y sancionó al estudiante por el contenido satírico de las publicaciones (Corte Constitucional del Ecuador, 2022). La Corte Constitucional consideró que dicha medida vulneró la libertad de expresión, además de varias garantías del debido proceso, y aprovechó la oportunidad para reconocer expresamente que internet y las redes sociales constituyen espacios especialmente protegidos para el ejercicio de este derecho (Corte Constitucional del Ecuador, 2022). Asimismo, señaló que las expresiones humorísticas, satíricas o críticas no pierden protección constitucional por el simple hecho de resultar incómodas para las autoridades educativas, salvo que exista una justificación constitucional suficientemente intensa para restringirlas (Corte Constitucional del Ecuador, 2022).

Finalmente, la Sentencia N.º 2032-20-JP/25 trasladó estos principios al ámbito de las redes sociales administradas por instituciones públicas (Corte Constitucional del Ecuador, 2025). El caso tuvo origen en el bloqueo de un ciudadano que realizaba comentarios críticos en la página oficial de Facebook del Municipio de Lago Agrio (Corte Constitucional del Ecuador, 2025). La Corte concluyó que las redes sociales institucionales se han convertido en un espacio contemporáneo de deliberación pública y comunicación entre la administración y la ciudadanía, razón por la cual el bloqueo de usuarios basado en el contenido de sus opiniones constituye, en principio, una restricción ilegítima de la libertad de expresión (Corte Constitucional del Ecuador, 2025). En esta decisión, además, la Corte desarrolló criterios específicos para evaluar cuándo las instituciones públicas pueden moderar comentarios o limitar interacciones en plataformas digitales sin incurrir en censura incompatible con la Constitución (Corte Constitucional del Ecuador, 2025).

Todos estos precedentes tienen un elemento común: el método utilizado para controlar la constitucionalidad de las restricciones a la libertad de expresión. Siguiendo de manera prácticamente literal la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,

la Corte Constitucional ha señalado que corresponde realizar un examen riguroso, a la luz de las circunstancias de cada caso, a fin de acreditar que una posible limitación a la libertad de expresión: (i) esté prevista en la ley, (ii) persiga una finalidad legítima y (iii) sea idónea, necesaria y proporcional para el alcance de dicha finalidad (Corte Constitucional del Ecuador, 2019, párr. 108, apdo. iv). Este triple examen constituye hoy el principal parámetro de constitucionalidad para cualquier limitación a la libertad de expresión en el Ecuador (Corte Constitucional del Ecuador, 2019).

Sin embargo, una lectura sistemática de esta jurisprudencia también pone de manifiesto sus límites. A diferencia del extenso desarrollo estadounidense, la Corte Constitucional todavía no ha construido una doctrina específica sobre los discursos peligrosos y los discursos ofensivos. La única decisión que guarda cierta similitud con la jurisprudencia norteamericana es el caso de los memes escolares (Corte Constitucional del Ecuador, 2022), comparable —aunque con conclusiones distintas, por no mencionar el contrapeso del fin educativo— a los precedentes estadounidenses sobre libertad de expresión en centros educativos (*Morse v. Frederick*, 2007; *Tinker v. Des Moines*, 1969). Del mismo modo, no existe hasta la fecha una línea jurisprudencial que examine de manera específica la relación entre libertad de expresión y libertad religiosa, ámbito que ha ocupado un lugar central en la evolución de la Primera Enmienda en los Estados Unidos (U.S. Const. amend. I).

Esta diferencia probablemente obedezca, al menos en parte, a razones históricas e institucionales. Ecuador no ha enfrentado un contexto social tan diverso y polarizado como el estadounidense, ni posee una tradición constitucional de más de dos siglos que haya permitido la maduración progresiva de estos conflictos. Además, la Constitución de Montecristi aún no cumple dos décadas de vigencia (Constitución de la República del Ecuador, 2008). No obstante, las tensiones propias de la libertad de expresión comienzan a manifestarse cada vez con mayor intensidad en el debate público ecuatoriano: restricciones a opiniones políticas justificadas bajo categorías como “violencia”, “violencia política” o “violencia política de género”. Así también, podemos observar cómo a lo largo de los últimos años han sido iniciados procesos judiciales, inclusive penales, contra manifestantes por supuesto “terrorismo” u otras formas de limitación del discurso. La manifestación de estos hechos demuestra que los problemas clásicos de la libertad de expresión ya forman parte de nuestra realidad constitucional, pero el debate profundo sobre ellos ni siquiera está siendo planteado.

El problema no reside necesariamente en la existencia de tales restricciones a la libertad de expresión —ninguna libertad es absoluta—, sino en la ligereza con la que, en ocasiones, son aplicadas por órganos jurisdiccionales, administrativos y, particularmente en nuestra coyuntura, los órganos electorales. No es infrecuente encontrar decisiones sustentadas más en percepciones intuitivas que en auténticas cadenas de razonamiento constitucional, prescindiendo del escrutinio estricto y del examen de legalidad, finalidad

legítima, idoneidad, necesidad y proporcionalidad que la propia Corte Constitucional, siguiendo a la Corte Interamericana, ha establecido como presupuesto indispensable para limitar uno de los pilares esenciales de toda sociedad democrática (Corte Constitucional del Ecuador, 2019, 2020).

Conclusiones

La libertad de expresión no protege únicamente el derecho individual a exteriorizar pensamientos, sino las condiciones institucionales que hacen posible una sociedad democrática. Por ello, ninguna teoría satisfactoria puede reducir el problema a la simple oposición entre libertad e igualdad. Mientras la tradición liberal estadounidense ha privilegiado la neutralidad del Estado frente al contenido de las ideas (Mill, 1859/2014), limitando las restricciones a supuestos excepcionales de daño jurídicamente relevante (*Brandenburg v. Ohio*, 1969), las teorías igualitarias han puesto de manifiesto que determinados discursos pueden afectar las condiciones mismas bajo las cuales la deliberación democrática se desarrolla (MacKinnon, 1993). Ambas perspectivas identifican problemas reales, pero también presentan dificultades cuando son llevadas hasta sus últimas consecuencias.

El presente trabajo ha sostenido que la solución no consiste en convertir al Estado en árbitro de la verdad ni de la racionalidad, sino en identificar aquellos recursos discursivos que ciudadanos racionales, situados en la posición original de Rawls (1971), excluirían por alterar las condiciones de imparcialidad del debate democrático. Este criterio, además de ofrecer una justificación filosófica más consistente para los límites al discurso de odio, resulta compatible con el artículo 11, numeral 2, de la Constitución ecuatoriana, en cuanto busca preservar una igualdad material en el acceso al debate público sin imponer una concepción oficial de la verdad (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 11, num. 2).

Finalmente, el estudio comparado evidencia que el constitucionalismo ecuatoriano aún se encuentra en una etapa temprana de desarrollo en materia de libertad de expresión. Aunque la Corte Constitucional ha incorporado los estándares de la Corte Interamericana para controlar la validez de las restricciones, todavía no ha construido una doctrina sistemática sobre los discursos peligrosos y los discursos ofensivos (Corte Constitucional del Ecuador, 2019). En la medida en que estas controversias comienzan a presentarse con creciente frecuencia en el debate público nacional, será indispensable que la jurisprudencia futura desarrolle criterios más precisos y rigurosos, evitando que una de las libertades fundamentales del Estado constitucional quede sometida a decisiones sustentadas en intuiciones o valoraciones coyunturales antes que en auténticas cadenas de razonamiento constitucional.

Referencias bibliográficas

- Agustín de Hipona. (1956). *La Santísima Trinidad* (L. Arias, Trad.; 2.^a ed.). Biblioteca de Autores Cristianos. (Obra original publicada ca. 399-419).
- Austin, J. L. (1971). *Palabras y acciones: Cómo hacer cosas con palabras* (G. R. Carrió y E. A. Rabossi, Trans.). Paidós. (Obra original publicada en 1962).
- Bernstein v. United States Department of Justice, 176 F.3d 1132 (9th Cir. 1999). https://www.eff.org/files/filenode/bernstein/19990506_circuit_decision.html
- Bethel School District No. 403 v. Fraser, 478 U.S. 675 (1986).
- Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444 (1969).
- Constitución de la República del Ecuador. (2008, 20 de octubre). Registro Oficial N.º 449 (texto reformado en 2024). Lexis.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos. (1969, 22 de noviembre). Pacto de San José de Costa Rica. Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos.
- Corte Constitucional del Ecuador. (2019, 4 de septiembre). *Sentencia N.º 282-13-JP/19* (jueza ponente: Daniela Salazar Marín). https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/wp-content/uploads/2025/08/Sentencia_282-13-JP19.pdf
- Corte Constitucional del Ecuador. (2020, 2 de septiembre). *Sentencia N.º 1651-12-EP/20* (jueza ponente: Teresa Nuques Martínez). <https://www.corteconstitucional.gob.ec/sentencia-1651-12-ep-20/>
- Corte Constitucional del Ecuador. (2022, 19 de enero). *Sentencia N.º 785-20-JP/22* (juez ponente: Hernán Salgado Pesantes). <https://www.corteconstitucional.gob.ec/sentencia-785-20-jp-22/>
- Corte Constitucional del Ecuador. (2025, 9 de enero). *Sentencia N.º 2032-20-JP/25* (jueza ponente: Daniela Salazar Marín). https://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/eyJjYXJwZXRhIjoidHJhbWl0ZSIInV1aWQiOiJjOTkyM-GUyNS02MWQ4LTRmOWItOWQ4My0yNDNhZGVhYTk4NzAucGRmIn0=
- Ely, J. H. (1980). *Democracy and distrust: A theory of judicial review*. Harvard University Press.
- Habermas, J. (1998). *Teoría de la acción comunicativa, I: Racionalidad de la acción y racionalización social* (M. Jiménez Redondo, Trad.). Taurus. (Obra original publicada en 1981).
- MacKinnon, C. A. (1993). *Only words*. Harvard University Press.
- Mill, J. S. (2014). *Sobre la libertad* (J. Sainz Pulido, Trad.). Aguilar. (Obra original publicada en 1859).
- Morse v. Frederick, 551 U.S. 393 (2007).

- R.A.V. v. City of St. Paul, 505 U.S. 377 (1992).
- Rawls, J. (1971). *A theory of justice*. Belknap Press of Harvard University Press.
- Schenck v. United States, 249 U.S. 47 (1919).
- Searle, J. R. (1994). *Actos de habla: Ensayo de filosofía del lenguaje* (3.^a ed.). Cátedra. (Obra original publicada en 1969).
- Snyder v. Phelps, 562 U.S. 443 (2011).
- Spence v. Washington, 418 U.S. 405 (1974).
- Texas v. Johnson, 491 U.S. 397 (1989).
- Tinker v. Des Moines Independent Community School District, 393 U.S. 503 (1969).
- U.S. Const. amend. I. <https://www.archives.gov/founding-docs/bill-of-rights-transcript>
- United States v. O'Brien, 391 U.S. 367 (1968).
- Virginia v. Black, 538 U.S. 343 (2003).
- West Virginia State Board of Education v. Barnette, 319 U.S. 624 (1943).
- Wittgenstein, L. (1958). *Philosophical investigations* (G. E. M. Anscombe, Trad.; 2.^a ed.). Blackwell. (Obra original publicada en 1953).