

Volumen 1, Número 2
Julio-diciembre 2024

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

REVISTA DE DERECHO
DIRECTUM

Retos actuales del Derecho



Universidad
Católica de Cuenca

Revista de Derecho Directum de la Unidad Académica de Ciencias Sociales
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA
Retos actuales del Derecho

ISSN IMPRESO: 3028-8754

ISSN ELECTRÓNICO: 3028-8762

Julio-diciembre 2024

Número 2

[✉ revistadirectum@ucacue.edu.ec](mailto:revistadirectum@ucacue.edu.ec)

[🌐 http://www.ucacue.edu.ec](http://www.ucacue.edu.ec)

[🌐 https://directum.ucacue.edu.ec/index.php/directum](https://directum.ucacue.edu.ec/index.php/directum)

EDITOR: Ab. José Luis Vázquez Calle

EDITOR EJECUTIVO: Dr. Diego Adrián Ormaza Ávila

EDITORA ACADÉMICA: Ab. Karol Cabrera Calle

Corrección y estilo: PhD (c) Paul Miño Armijos, Msc. Pablo Salazar Luna

Diagramación: Dis. Alexander Campoverde

Impresión: Editorial Universitaria Católica (EDUNICA)

COMITÉ EDITORIAL EXTERNO:

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

Dr. Santiago Gustavo Basabe Serrano (Universidad San Francisco de Quito).

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

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

COMITÉ EDITORIAL INTERNO:

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

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

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

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

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

CONTENIDO

9

La incidencia de la boleta de auxilio como medida de protección en el cantón Azogues, durante el primer semestre del 2022

The Incidence of the Protection Order "boleta de auxilio" as a Protection Measure in the Canton of Azogues, during the First Half of 2022

41

Asignaciones presupuestarias a las instituciones de educación superior en Ecuador

Budget Allocations for Higher Education Institutions in Ecuador

77

La adopción homoparental: una nueva necesidad en el ordenamiento jurídico ecuatoriano

Homoparental Adoption, a New Need in the Ecuadorian Legal System

29

Regionalismo posliberal de la UNASUR, una perspectiva comparada con la Alianza del Pacífico

Post-liberal Regionalism of UNASUR, a Comparative Perspective with the Pacific Alliance

57

Transacción en materia laboral ¿renuncia de los derechos del trabajador?

Transaction in Labor Matters: ¿Waiver of Workers' Rights?

105

Sentencia nro. 133-17-SEP-CC: libre desarrollo de la personalidad, identidad de género, igualdad y no discriminación

Ruling No. 133-17-SEP-CC, Free Development of Personality, Gender Identity, Equality and Non-discrimination

Presentación

José Luis Vázquez Calle¹

La importancia de la ciencia jurídica radica principalmente en el hecho de constituirse en una herramienta indispensable, ya que, mediante sus postulados crea los escenarios de actuación de las personas y las sociedades en distintos ámbitos, por ejemplo: la educación, el tránsito, el trabajo, las relaciones internacionales, los tributos, entre otros. Por lo tanto, a través de sus distintas ramas establece un marco de actuación que debe ser acatado por sus destinatarios con el fin último que es el de la constante búsqueda de la paz social.

No obstante, de forma paralela a esta realidad —y como es una constante en el diario vivir de los pueblos, independientemente de la sociedad de la que hagamos referencia— surgen conflictos de las más variadas clases (civiles, penales, laborales, tributarios, constitucionales, administrativos, internacionales, corporativos, etc.) debiendo entrar el derecho con su estructura para resolver este asunto.

Pero esto no es todo, ya que suma a esta idea del derecho, del conflicto y de la paz social, el hecho de que el mundo avanza a pasos agigantados, abriendo nuevos caminos, supuestos, lo que —como se podrá inferir— a su vez presenta retos y desafíos para el derecho, ya que es la ciencia llamada a establecer los ámbitos de regulación para que la vida en sociedad se desarrolle con normalidad.

Por lo expuesto se hace indispensable que, junto al: derecho, su permanente evolución, su necesidad de adecuación constante, desde la academia se lleven al debate los problemas sociales que surgen día a día, para que se propongan ideas innovadoras de abordaje adecuado y solución.

¹ Editor general de la *Revista de Derecho Directum* (jlvazquezc@ucacue.edu.ec).

Como respuesta a esta exigencia, la Universidad Católica de Cuenca, la Unidad Académica de Ciencias Sociales y el Centro de Investigación Vicente Cabrera Vega, presentan el segundo número 2024 del primer volumen de la *Revista de Derecho Directum*, instrumento que recoge estos retos y desafíos del derecho, pero los analiza desde una perspectiva plural, crítica, rigurosa y libre, tal como lo ha venido haciendo desde junio de 2007.

El presente número cumple con estas características, ya que presenta a la comunidad jurídica nacional e internacional artículos originales y de revisión de los más variados temas que atañen a las líneas de investigación declaradas. Siendo así, en el primer artículo se hace referencia a un tema tan importante como es la violencia contra la mujer y los miembros del núcleo familiar, en el que desde una perspectiva crítica y utilizando el método científico se explica la incidencia de la violencia de género en un espacio y tiempo determinado.

El segundo artículo desde la perspectiva del derecho de la integración, las relaciones internacionales y la globalización, analiza dos organizaciones regionales: la UNASUR y la Alianza del Pacífico. Su propósito es comprender sus implicaciones tanto a nivel mundial como en Latinoamérica, y, principalmente, evaluar si se están desarrollando conforme a los principios que motivaron su creación y si están cumpliendo con los roles para los que fueron diseñadas.

El tercer artículo caracteriza dos cuestiones poco estudiadas, de un lado el derecho a la educación y de otro lado las finanzas públicas, esto para entender la protección del Estado en cuanto a la asignación de recursos a este derecho. Es decir, se analiza desde una perspectiva práctica —no moral ni jurídica— la educación bajo la figura del Estado constitucional de derechos y justicia social imperante en Ecuador para identificar ni nivel de cumplimiento.

El cuarto artículo analiza una rama fundamental desde la perspectiva del derecho social: el derecho laboral, cuya principal finalidad es proteger a la parte más vulnerable en la relación obrero-patronal. Bajo esta idea, los autores confrontan disposiciones que por un lado protegen los derechos de los trabajadores y establecen principios como el de la irrenunciabilidad y el de la intangibilidad, con otras que permiten la transacción como proyección de los medios alternativos de solución de conflictos. Todo esto desde una perspectiva crítica para equiparar la transacción con los límites que exponen los derechos del trabajador, partiendo desde un caso real que fue conocido en la Corte Nacional de Justicia.

El quinto artículo, desde la perspectiva de género conceptualiza un tema cuyo debate es necesario en la actualidad: la adopción homoparental. A partir del principio del interés superior del niño, el texto desarrolla una línea argumentativa que defiende la necesidad de regular esta institución en el marco del Estado constitucional ecuatoriano, exponiendo sus múltiples ventajas.

El sexto artículo parte de la idea del entendimiento de la jurisprudencia emitida por la Corte Constitucional del Ecuador como fuente principal de derecho en el paradigma de un

Estado constitucional. Examina la sentencia nro. 133-17-SEP-CC y articula los resultados de este ejercicio a los conceptos de identidad de género, libre desarrollo de la personalidad e igualdad y no discriminación. El autor expone la incidencia de este tema desde una perspectiva de la Corte Constitucional y del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, estableciendo las deudas pendientes del Estado ecuatoriano en cuanto a estos derechos.

De esta forma se presenta a la comunidad académica el segundo número del primer volumen de la *Revista de Derecho Directum* del año 2024, reafirmando el compromiso de la Universidad Católica de Cuenca de la permanente búsqueda de soluciones a los problemas que surgen día a día en la sociedad y que exigen respuestas desde la ciencia jurídica, abordadas de manera plural, crítica, rigurosa y libre.



Revista de Derecho Directum. Vol. 1, No. 2, pp. 1-28 julio-diciembre 2024
ISSN: 3028-8754. ISSN Elect. 3028-8762. Universidad Católica de Cuenca

La incidencia de la boleta de auxilio como medida de protección en el cantón Azogues, durante el primer semestre del 2022

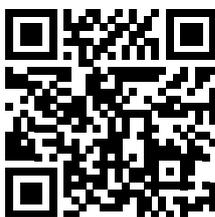
The Incidence of the Protection Order "boleta de auxilio" as a Protection Measure in the Canton of Azogues, during the First Half of 2022

Recepción: 11 de marzo de 2024

Revisión: 14 de abril de 2024

Aceptación: 05 de junio de 2024

Publicación: 22 de julio de 2024



<https://doi.org/10.17163/4567890.67890>;

Paula Marcela Flores Coronel¹  

Universidad Católica de Cuenca, Azogues-Ecuador

Correo: pfloresc08@gmail.com

ORCID: <https://orcid.org/0009-0005-8312-5013>

Liseth Paola Ávila Sayago² 

Universidad Católica de Cuenca, Azogues-Ecuador

Correo: pao828916@gmail.com

ORCID: <https://orcid.org/0009-0004-9100-9218>

1 Abogada por la Universidad Católica de Cuenca.

2 Abogada por la Universidad Católica de Cuenca.

Forma sugerida de citar:

Flores, Paula., Ávila, Liseth (2024). La incidencia de la boleta de auxilio como medida de protección en el cantón Azogues, durante el primer semestre del 2022. *Revista de Derecho Directum*, n° 1(n°2),1-28.

Resumen

El presente trabajo investigativo estudió la relación entre las medidas de protección dentro de estas las boletas de auxilio y la violencia de género, en el marco del Estado constitucional de derechos. La metodología partió de un enfoque mixto (cualitativo-cuantitativo), con la utilización de los métodos inductivo-deductivo, dogmático, analítico-sintético e histórico-lógico, así como las técnicas de revisión bibliográfica, fichaje y revisión documental de los expedientes de las medidas de protección otorgadas en el primer semestre del 2022 en la Junta Cantonal de Protección de Derechos de Azogues y de las llamadas de emergencia realizadas al ECU-911 en el mismo período. Como conclusión se mostró la incidencia de las boletas de auxilio emitidas en el primer semestre del 2022 en el Cantón Azogues por medio de datos, adicionalmente se sugiere que se emplee políticas públicas para la disminución de la violencia de género y se coordinen actividades interinstitucionales para atender las emergencias.

Palabras clave

Boleta de auxilio, medida de protección, violencia de género, derechos.

Abstract

The present research work studied the relationship between the protective measures of the emergency injunction and gender-based violence, within the framework of the constitutional state of rights. The methodology was based on a mixed approach (qualitative-quantitative), with the use of inductive-deductive, dogmatic, analytical-synthetic and historical-logical methods, as well as the techniques of bibliographic review, filing and documentary review of the files of the protection measures granted in the first half of 2022 in the Cantonal Board for the Protection of Rights of Azogues and the emergency calls made to ECU-911 in the same period. As a conclusion, the incidence of the emergency calls for help issued in the first semester of 2022 was shown by means of data. Additionally, it is suggested that public policies be implemented to reduce gender-based violence and that interinstitutional activities be coordinated to address emergencies.

Keywords

Protection Measure, Gender-Based Violence, Rights.

Introducción

La presente investigación aborda la incidencia de la boleta de auxilio como medida de protección durante el primer semestre². Este mecanismo de salvaguarda, destinado a las personas que han sido víctimas de violencia, se ha consolidado como una herramienta eficaz para combatir el grave problema social de la violencia de género.

La boleta de auxilio tiene como objeto evitar y cesar la vulneración de los derechos, ya que la violencia contra la mujer y miembros del núcleo familiar aumentan cada día más de forma desmedida. A pesar de que existen distintas leyes para prevenir y erradicar dicha violencia no se ha podido obtener resultados positivos en su totalidad.

Para analizar esta situación es fundamental mencionar que existen diferentes medidas de protección y que, dentro de estas, una de las más conocidas y eficaces es la *boleta de auxilio*, entendida como una herramienta que garantiza que el presunto agresor no se acerque a la víctima, evitando así que persista la violencia.

La investigación de esta problemática social se realizó con el fin de analizar las medidas de protección y dentro de estas, conocer la incidencia de las boletas de auxilio que han sido emitidas en el primer semestre del año 2022, a través de datos estadísticos, lo que permitirá identificar cuantas mujeres han sido violentadas y han solicitado dichas medidas durante ese periodo.

En la primera parte de la investigación se lleva a cabo un estudio y análisis teórico sobre la violencia de género y los mecanismos implementados en Ecuador para abordar esta dificultad, entre los cuales destacan las boletas de auxilio. En la segunda fase, se presentarán los resultados estadísticos que permitirán determinar la incidencia de dichas boletas.

La violencia de género como un problema actual

La violencia de género es un fenómeno que causa conmoción social y aumenta progresivamente con el paso del tiempo. Se entiende como “un tipo de violencia física o psicológica ejercida contra cualquier persona o grupo de personas sobre la base de su sexo o género que impacta de manera negativa en su identidad y bienestar social, físico o psicológico”.³ Está enraizada en varios países de Latinoamérica, en especial en Ecuador.

Una vez que se ha conceptualizado, es menester hacer referencia a los diferentes tipos de violencia contra la mujer que son reconocidos, como son “la violencia física, violencia psicológica, violencia sexual, violencia económica y patrimonial, violencia simbólica,

3 Francis Harold, *La violencia de género y el derecho penal* (Quito: Corporación de Estudios Publicaciones, 2017), 34.

violencia política y violencia gineco-obstétrica”⁴ y otros tipos, como la *vicaria* que aún no se institucionaliza.

En el mismo contexto, la Ley Para Prevenir y Erradicar la Violencia contra la Mujer, en su artículo 4, define a la violencia de género contra las mujeres como: “cualquier acción o conducta basada en su género que cause o no muerte, daño y/o sufrimiento físico, sexual, psicológico, económico o patrimonial, gineco-obstétrico a las mujeres, tanto en el ámbito público como privado”.⁵ De esta manera, se determina que violencia no se considera únicamente cuando existe muerte, si no, cualquier tipo de daño contra la mujer.

Con relación a esto, la carta fundamental ecuatoriana en su artículo 66 reconoce como un derecho de libertad a: “una vida libre de violencia en el ámbito público y privado. El Estado adoptará las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar toda forma de violencia, en especial la ejercida contra mujeres, niñas, niños y adolescentes”.⁶

Por lo tanto, Ecuador al constituirse como un Estado constitucional de derechos, implementa a través de leyes y con la colaboración de sus instituciones, varios mecanismos para erradicar o, al menos, disminuir la violencia contra la mujer en el país. Estas acciones se fundamentan en disposiciones constitucionales, el Código Orgánico Integral Penal, la Ley Orgánica para Erradicar la violencia contra la mujer, Ley Contra la Violencia a la Mujer y a la Familia, así como los instrumentos internacionales que garantizan la protección de los derechos de las mujeres, entre ellos: la Convención de Belem Do Pará, la Convención sobre la Eliminación de Toda Forma de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y la Plataforma de Acción de Beijing.

Definición de las medidas de protección

Uno de los mecanismos más eficientes y que destacan en nuestro contexto son las medidas de protección, las que se pueden entender como: “mecanismos procesales destinados a neutralizar o minimizar los efectos nocivos del ejercicio de la violencia por parte de un agresor, asegurando de esta manera la integridad física, psicológica, moral y sexual de la víctima”.⁷

Como se observa, estas medidas se constituyen en herramientas fundamentales dentro de la legislación ecuatoriana, que ayudan a la protección de las víctimas de violencia, estas

4 Alba Moreira, y Lucía Zambrano, *Tipos de Violencia de Género Recurrentes en Manabí* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2023), 2.

5 Ecuador. *Ley Orgánica para Prevenir y Erradicar la Violencia Contra las Mujeres*, Registro Oficial 175, Suplemento 05 de febrero de 2018, art. 4.

6 Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, Suplemento 20 de octubre de 2008, art. 66.

7 Carlos Pizarro, *Naturaleza Jurídica de las Medidas de Protección en Procesos de Violencia Familiar* (Piura: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2017), 51.

tienen diferentes características que les permiten ser eficaces al momento de ser aplicadas, con el apoyo y colaboración de autoridades, personas, e instituciones especializadas con el fin de realmente proteger a la víctima de la violencia y además intentar resolver o ayudar con las consecuencias de esta. Desde la doctrina se pueden identificar sus principales características de las medidas de protección, las cuales son:

- Tienen como objetivo proteger la integridad psicológica, sexual y física de las víctimas.
- Son de carácter preventivo.
- Son inmediatas.
- No se otorgan con un determinado tiempo de caducidad.
- Son urgentes.
- Se basan en los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

Las características anteriormente expuestas son consideradas las más importantes, tanto en el campo administrativo, que es materia del presente análisis, como jurisdiccional, por lo que ningún tipo de medida de protección para considerarse como tal debería carecer de una de estas, ya que son elementos relevantes para que puedan cumplir de manera eficaz los fines para los cuales el Estado las ha implementado. En este sentido y continuando con el análisis crítico, la Ley Orgánica para Prevenir y Erradicar la Violencia Contra las Mujeres en su artículo 47 establece que:

Las medidas de protección serán de carácter inmediato y provisional; tendrán por objeto evitar o cesar la amenaza o vulneración de la vida e integridad, en relación con los actos de violencia contra las mujeres, niñas, adolescentes, jóvenes, adultas y adultas mayores, determinados en este cuerpo legal.⁸

De acuerdo con el artículo previamente citado, estas herramientas están destinadas a las personas que han sufrido violencia, y su aplicación depende de la necesidad, urgencia o el peligro que implique cualquier demora en su implementación. Su propósito es garantizar, de manera adecuada, todos los derechos de las víctimas, además de brindar apoyo para que puedan disfrutar de una vida digna tras haber enfrentado actos de violencia.

Estas medidas deben dictarse de manera inmediata, en especial para las mujeres que hayan sufrido daños a su integridad psicológica, sexual o física. Esto previene que los agresores sigan causando daños a las personas y sobre todo, se resguarden derechos fundamentales reconocidos en la ley suprema como son la integridad y la vida.

De la misma manera, en la ley no se establece que las medidas de protección sean otorgadas con un tiempo en específico de duración, estas son dictadas de forma racional y proporcional, es decir, se adecúan a cada caso y según sea el grado de violencia, se aplicarán las medidas durante el tiempo que se considere pertinente.

8 Ecuador, *Ley Orgánica para Prevenir y Erradicar la Violencia Contra las Mujeres*, Registro Oficial 175, Suplemento 05 de febrero de 2018, art. 47.

En ese mismo orden de ideas y conforme se ha evidenciado, Ecuador ha implementado las medidas de protección como un medio para dar solución a la violencia contra la mujer, creando así mecanismos aptos para cada escenario o contexto en los que están situadas las víctimas. Al respecto, cabe destacar que existen diferentes tipos de medidas, tanto administrativas como judiciales; sin embargo, el presente trabajo se centrará en aquellas dictadas en el ámbito administrativo.

Conforme el contenido del artículo 51 de la Ley Orgánica Integral para Prevenir y Erradicar la Violencia Contra las Mujeres existen 15 medidas de protección administrativas, entre esas las boletas de auxilio. Dicho artículo, en el literal a, establece: “Emitir la boleta de auxilio y la orden de restricción de acercamiento a la víctima por parte del presunto agresor, en cualquier espacio público o privado”,⁹ disposición que tiene relación con el contenido del numeral 4 del artículo 558 del Código Orgánico Integral Penal que, aunque no sea materia del presente estudio señala: “Extensión de una boleta de auxilio a favor de la víctima o de miembros del núcleo familiar en el caso de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar”.¹⁰

Como se observa, la boleta de auxilio esta presente en las medidas de protección administrativas como judiciales ya que, las mujeres víctimas de violencia física, sexual o psicológica la utilizan para evitar que esta agresión se prolongue. Al respecto, es fundamental señalar que “se puede imponer una o varias medidas de protección”,¹¹ es decir, en un determinado caso se puede otorgar una o más de las diferentes medidas que establece la ley. Sobre este tema de las boletas de auxilio gira la presente investigación.

Instituciones que otorgan las medidas de protección

El Estado ha facultado a diferentes instituciones para otorgar medidas de protección, estableciéndose estratégicamente para que todas las personas víctimas de violencia puedan acceder y garantizar este derecho. Sobre este tema, el artículo 49 de la Ley Orgánica Integral para Prevenir y Erradicar la Violencia Contra las mujeres establece las autoridades que pueden emitir las medidas administrativas de protección:

- Juntas cantonales de protección de derechos.
- Tenencias políticas.
- Comisarías nacionales de policía.

9 Ecuador, *Ley Orgánica para Prevenir y Erradicar la Violencia Contra las Mujeres*, Registro Oficial 175, Suplemento 05 de febrero de 2018, art. 51.

10 Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, Suplemento 10 de febrero de 2014, art. 558.

11 Jorge Touman, *Los Procedimientos Especiales en un Estado Constitucional de Derechos y Justicia* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2015), 8.

A pesar del esfuerzo que realizan las autoridades para intentar llegar a todas las personas, existen lugares donde no hay ninguna de estas instituciones que menciona el artículo 49, en estos casos los usuarios deben acudir a las comisarías nacionales de policía, los cuales tiene absoluta competencia para otorgarlas. En el mismo contexto, el artículo 55 menciona:

Las medidas administrativas inmediatas de protección serán otorgadas seguidamente por las juntas cantonales de protección de derechos y las tenencias políticas cuando esté siendo vulnerado o se ha vulnerado el derecho a la integridad personal y la vida digna de la mujer. En un tiempo máximo de veinte y cuatro horas, el órgano que otorgó la medida administrativa inmediata de protección pondrá en conocimiento de los órganos judiciales el hecho y la medida otorgada para que la ratifique, modifique o revoque.¹²

Como se observa, son otorgadas cuando se presentan casos de vulneración de los derechos de las mujeres por medio de actos violentos. Todas las entidades responsables de emitir las deben comunicar dicha acción a los órganos judiciales competentes, como los jueces de violencia contra la mujer, quienes se encargan de revisar dichas medidas. En caso de no estar de acuerdo con algún aspecto, elaboran los cambios o ejercen las acciones necesarias. No obstante, las medidas de protección judiciales, dictadas directamente por los jueces, quedan excluidas del presente análisis. Además, según el artículo 57 de la misma ley “los casos y las medidas otorgadas, deberán ser registradas en el Registro Único de Violencia contra las Mujeres”.¹³

Se puede hacer énfasis en el hecho de que las medidas solicitadas pueden ser rechazadas, sin embargo, esto no necesariamente significa que no puedan ser otorgadas después. “Se puedan volver a solicitar siempre y cuando la circunstancia por la cual se rechazó cambie”.¹⁴ Es decir, cuando se solicite por un hecho violento diferente al cual se requirió inicialmente.

Acorde a lo analizado hasta el momento, las medidas de protección se constituyen como una herramienta fundamental en la legislación ecuatoriana para combatir este fenómeno como es la violencia hacia la mujer y la violencia intrafamiliar, considerando el peligro y estado de vulnerabilidad de cada caso. Lamentablemente en el país el grado de violencia es muy alto ya que, en el año 2022 según la estadística del Sistema Integrado de Seguridad de Ecuador (ECU-911) se registró 84 958 alertas de violencia.

Por ello, es primordial demostrar la incidencia de las medidas de protección y particularmente la boleta de auxilio, a través de datos. Las medidas de protección son catalogadas

12 Ecuador, *Ley Orgánica para Prevenir y Erradicar la Violencia Contra las Mujeres*, Registro Oficial 175, Suplemento 05 de febrero de 2018, art. 55.

13 Ibid., art. 57.

14 Carlos Pizarro, *Naturaleza jurídica de las medidas de protección en un proceso de violencia familiar* (Piura: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2017), 60, <https://hdl.handle.net/11042/2913>

como preventivas, de tal modo que cuando las entidades correspondientes conocen sobre casos donde el peligro es notable, estos tienen la competencia para actuar de oficio o a petición de parte, emitiendo las medidas correspondientes.

De entre estas resalta la boleta de auxilio, la cual se puede definir “como un recurso legal que busca proteger a víctimas de violencia física, verbal, psicológica y sexual. Este documento debería servir para impedir que el agresor se acerque a la persona que lo ha denunciado”,¹⁵ solo puede ser revocada por la autoridad judicial competente y no tiene plazo específico de caducidad.

Por otra parte, se puede considerar que no todas las personas que han sido violentadas acuden ante las autoridades competentes para solicitar una boleta de auxilio, esto posiblemente se deba a que los individuos no tienen conocimiento sobre las medidas de protección que existen y su beneficio. Sobre este tópico y trasladando el análisis a su surgimiento, Barragán citado por Fernández expone:

Como antecedente de las boletas de auxilio se tienen a dos instrumentos internacionales, que han sido ratificados por nuestro país, que son: La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, y la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer.¹⁶

En este sentido, para Lorena Vélez la boleta de auxilio significa un documento físico en el cual constan derechos que garantizan la protección a la mujer contra la violencia, ya que tienen como objetivo evitar el acercamiento del presunto agresor a la víctima, ya sea en un espacio privado o público.

Como se ha mencionado anteriormente, Ecuador es un Estado de derechos y, en consecuencia, está suscrito a diversos tratados internacionales con el objetivo de garantizar la protección de los derechos de todas las personas. En este caso, a partir de los convenios citados previamente en la ley ecuatoriana se han implementado diferentes medios para tratar de erradicar la violencia. Al respecto, el tratadista Daniel Fernández en su ensayo sobre *La Boleta de Auxilio en Violencia psicológica en Contra de la Mujer y Miembros del Núcleo Familiar* señala:

Fueron creadas para la protección de la mujer y los miembros del núcleo familiar que sufran agresiones y consecuencia de esto, se han vulnerado sus derechos, siendo obligación

15 Daniel Fernández, *La Boleta de Auxilio en Violencia Psicológica en Contra de la Mujer y Miembros del Núcleo Familiar* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2018), 16.

16 *Ibid.*, 30.

del Estado garantizar la reparación integral de dicha vulneración y evitar que se continúe con estos hechos de agresiones físicas, psicológicas o sexuales.¹⁷

Por tanto, la boleta de auxilio consiste en un instrumento creado por la autoridad competente conjuntamente con las instituciones públicas, dirigida hacia las personas agredidas, con el fin de hacer prevalecer el Estado constitucional de derechos y justicia, en este caso otorgándoles a las víctimas tranquilidad y el buen desarrollo después de sufrir maltrato.

En Ecuador en el año 1995 se inicia la emisión de estas boletas mediante la Ley 103 contra la Violencia a la Mujer y la Familia, aquí se establecen los primeros avances en temas de violencia intrafamiliar que se dan en el país, como mecanismo de defensa de derechos y garantías de la mujer, y con la finalidad de lograr una vida sin violencia, se instauran por primera vez las conocidas medidas de amparo, siendo la más común la boleta de auxilio.¹⁸

De esta manera, en el territorio ecuatoriano el antecedente de las boletas de auxilio es la Ley 103 contra la Violencia a la Mujer y la Familia, ya que por medio de esta, se comienza a implementar mecanismos para prevenir y cesar la violencia contra la mujer y los miembros de su familia.

Su importancia radica en que “tiene un valor simbólico y material representativo para las mujeres, que les permite salir de la violencia”,¹⁹ sintiéndose con la boleta en un ambiente tranquilo y digno, no únicamente para ellas sino también para todo su núcleo familiar donde podrán desarrollar su vida cotidiana de una manera segura y digna.

Para Paillacho se constituye como un mecanismo habitual que otorgan los jueces en los temas especialmente de violencia intrafamiliar y violencia contra la mujer, debido a que “no tienen tiempo de caducidad, solo pueden ser revocadas por parte de la Autoridad”.²⁰ Por tanto, esta herramienta evita la revictimización, ya que sólo podrá ser revocada siguiendo el debido proceso.

17 Daniel Fernández, *La Boleta de Auxilio en Violencia Psicológica en Contra de la Mujer y Miembros del Núcleo Familiar* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2018), 29.

18 Eduardo Castillo y Santiago Ruiz, “La Eficacia de las Medidas de Protección en los Casos de Violencia Intrafamiliar en Ecuador,” *Revista de Derecho de la Universidad Nacional del Altiplano de Puno* 6, no. 2, 125.

19 Marcia Genoveva Paillacho Yar, *La boleta de auxilio en el entorno familiar de las mujeres violentadas* (tesis de maestría, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, FLACSO-Ecuador, 2011), 7.

20 *Ibid.*, 8.

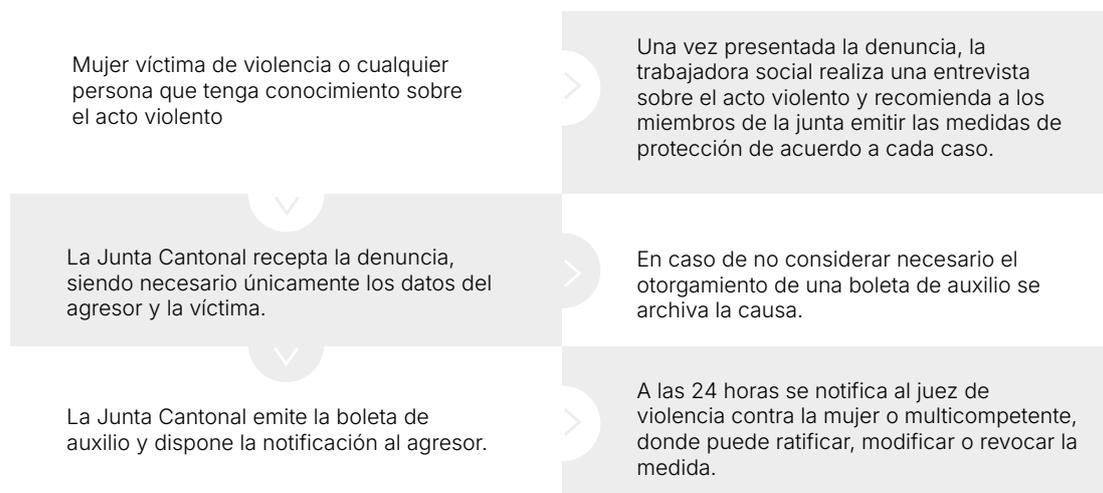


Figura 1. Procedimiento a la hora de emitir una boleta de auxilio en la Junta Cantonal de Protección de Derechos. Elaboración propia.

Del gráfico expuesto, concluimos que el otorgamiento de la boleta de auxilio se constituye como una acción esencial en los casos de violencia, pues “un solo acto de violencia, puede incluso cambiar la vida de un ser humano”.²¹ Y precisamente para eso han sido implementadas las medidas de protección, para prevenir que se sigan ocurriendo dichos actos.

La boleta de auxilio como medida de protección no tiene únicamente la finalidad de dar protección a la víctima, sino a su vez incide en el “agresor o agresora mediante la rehabilitación, para que una vez superadas las malas conductas de convivencia puedan vivir en paz y armonía”.²² Como ya se ha explicado, las boletas de auxilio son un medio de gran importancia y sobre todo de utilidad al momento de tratar casos de violencia y hacer prevalecer los derechos de las mujeres violentadas, pero es relevante mencionar que las autoridades competentes al emitir estas deben seguir un debido proceso en el cual también se hagan valer los derechos del presunto agresor, ya sea este del sexo femenino o masculino.

Por lo tanto, “al ser dichas medidas de prevención no significa que la persona procesada haya sido declarada culpable y en caso de que se compruebe el estado de inocencia, estas medidas solo podrán ser revocadas por la autoridad competente”.²³ Estas medidas por su naturaleza son dictadas de forma inmediata por lo que para ser emitidas no necesariamente se requiere adjuntar pruebas, por esta razón para no vulnerar otros derechos fundamentales como es el derecho a la defensa, se debería realizar un verdadero seguimiento de estas.

21 Corte Nacional de Justicia, Sala de Familia, Mujer, Niñez, Adolescencia, “Sentencia”, en *Juicio n.º 0111-2015*, 27 de mayo de 2015, 5.

22 Boris Holguín y Kevin Morán, *Uso inadecuado de la medida de protección contemplada en el art. 558, numeral 4 del Código Orgánico Integral Penal, en casos de violencia intrafamiliar* (tesis de grado, Universidad de Guayaquil, 2020).

23 Rodrigo Rodríguez y Ricardo Alarcón, “Violencia intrafamiliar y medidas de protección: Un análisis teórico y legislativo del régimen jurídico ecuatoriano,” *Polo del Conocimiento* 7, N.º. 2 (2022): 933-954.

Como se ha observado con las boletas de auxilio como medidas de protección, tienen el objetivo de evitar la violencia contra la mujer e intentar erradicarla, ya que han sido creadas como un mecanismo a favor de las víctimas de violencia, debido a que este es un problema que aumenta cada vez más en la sociedad.

Metodología

La metodología empleada es de tipo no experimental y de nivel descriptivo, desarrollada bajo un enfoque mixto. Por un lado, es cualitativa, ya que se fundamenta teóricamente en la noción de las medidas de protección, su objeto, sus tipos y su emisión. Por otro lado, es cuantitativa, debido al tratamiento estadístico de la información obtenida sobre las boletas de auxilio emitidas por la Junta Cantonal de Protección de Derechos del cantón Azogues, durante el primer semestre del año 2022.

Los métodos para emplear incluyen el dogmático, ya que se llevará a cabo una fundamentación teórica; el inductivo-deductivo, debido a que se abordará el tema desde lo general a lo específico y viceversa, es decir, se analizarán las medidas de protección en general para luego centrarse en la emisión de las boletas de auxilio. Asimismo, se utilizará el método analítico-sintético, que permitirá descomponer el objeto de estudio en sus componentes para luego integrarlos, y el histórico-lógico, que facilitará la comprensión del origen y la evolución de esta institución.

Las técnicas de investigación que se emplean son la revisión bibliográfica, pues se lleva a cabo una lectura crítica de leyes, doctrina y jurisprudencia, así como el fichaje y la revisión documental de los expedientes de las medidas de protección emitidas en la Junta Cantonal de Protección de Derechos de Azogues y de las llamadas de auxilio al ECU-911 en el mismo espacio geográfico y periodo de tiempo.

Resultados

En esta fase de la investigación se realizó un análisis de: las boletas de auxilio emitidas por la Junta Cantonal de Protección de Derechos del cantón Azogues en el primer semestre del año 2022 y, de las llamadas de emergencia al ECU-911 que se realizan en Azogues en el mismo periodo de tiempo. El estudio se llevó a cabo con el propósito de demostrar la incidencia de las boletas de auxilio y llevar a cabo una breve comparación con las llamadas de emergencia.

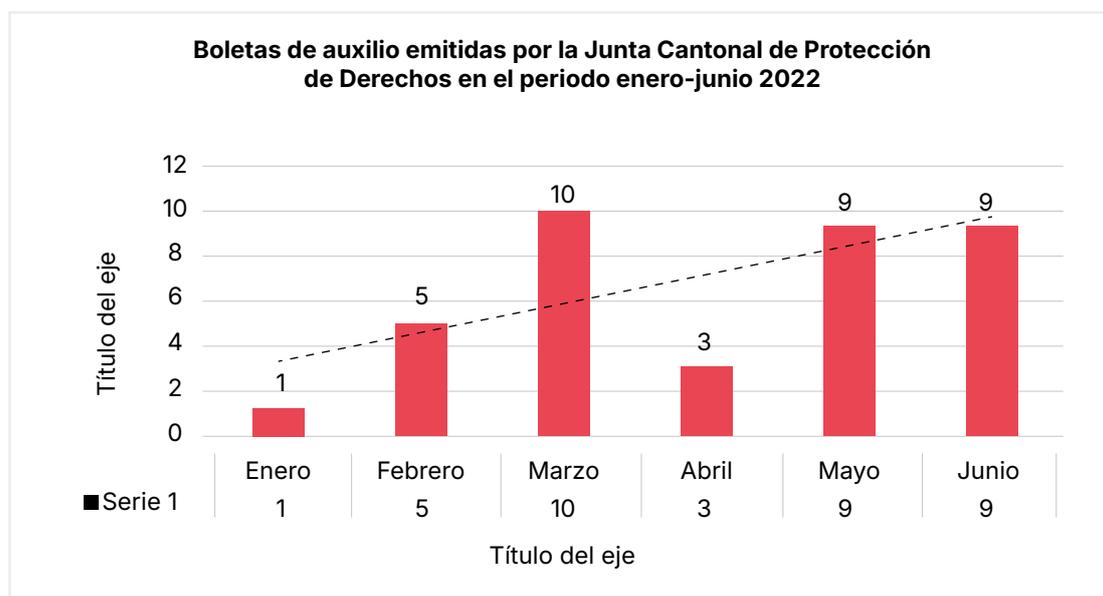


Figura 2. Boletas de auxilio emitidas. Elaboración Propia.

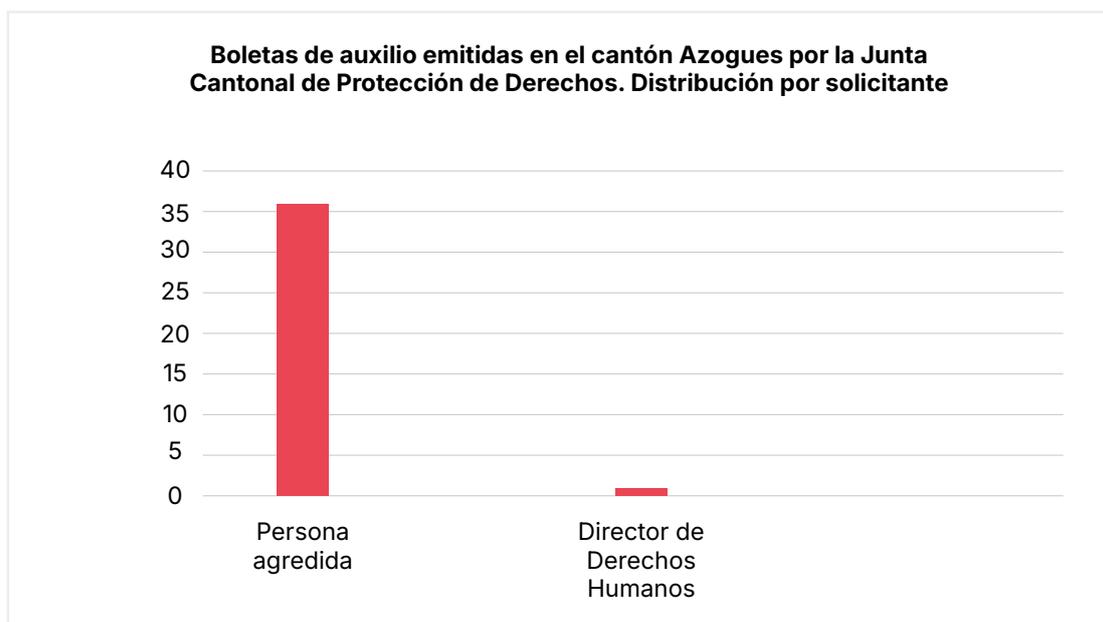


Figura 3. Boletas de auxilio, distribución por solicitante. Elaboración propia.

Con el estudio se pudo evidenciar que durante el periodo enero-junio del 2022 en la Junta Cantonal de Protección de Derechos del Cantón Azogues se emitieron un total de 37 boletas de auxilio, teniendo mayor cantidad en el mes de marzo con 10. Siguiendo a esto, en los meses de mayo y junio una cantidad de 9 boletas y, por último, el mes con menor emisión es enero con 1 boleta.

Como consecuencia de los resultados anteriores, se pudo evidenciar que de las 37 boletas de auxilio que se han emitido en la Junta Cantonal de Protección de Derechos, las 36 fueron solicitadas por las personas que han sido víctimas de violencia, y solo 1 ha sido requerida por una persona particular como es el director de derechos humanos.



Figura 4. Boletas de auxilio, distribución por género. Elaboración propia.

En la tercera unidad de análisis, mediante el estudio realizado a las boletas de auxilio emitidas por la Junta Cantonal de Protección de Derechos del Cantón Azogues, se pudo determinar que el cien por ciento de las boletas emitidas son dictadas a favor de las mujeres, ya que en los lugares de emisión no se receptan víctimas de sexo masculino.

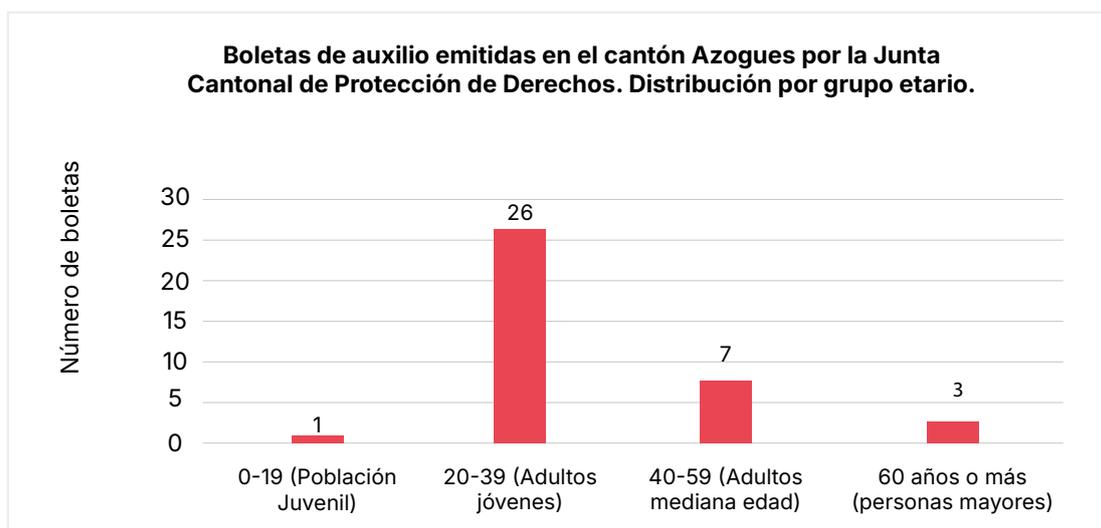


Figura 5. Boletas de auxilio, distribución por grupo etario. Elaboración propia.

Se analizó las boletas de auxilio emitidas según los diferentes grupos etarios, a partir de esto se puede señalar que las principales víctimas pertenecen al grupo de adultos jóvenes que comprende una edad de 20 a 39 años, con 26 boletas; en segundo lugar, se encuentran los adultos mediana edad que comprende la edad de 40 a 59 años, con 7 boletas emitidas; y con menor porcentaje la población juvenil de 0 a 19 años, con 1 sola boleta emitida.

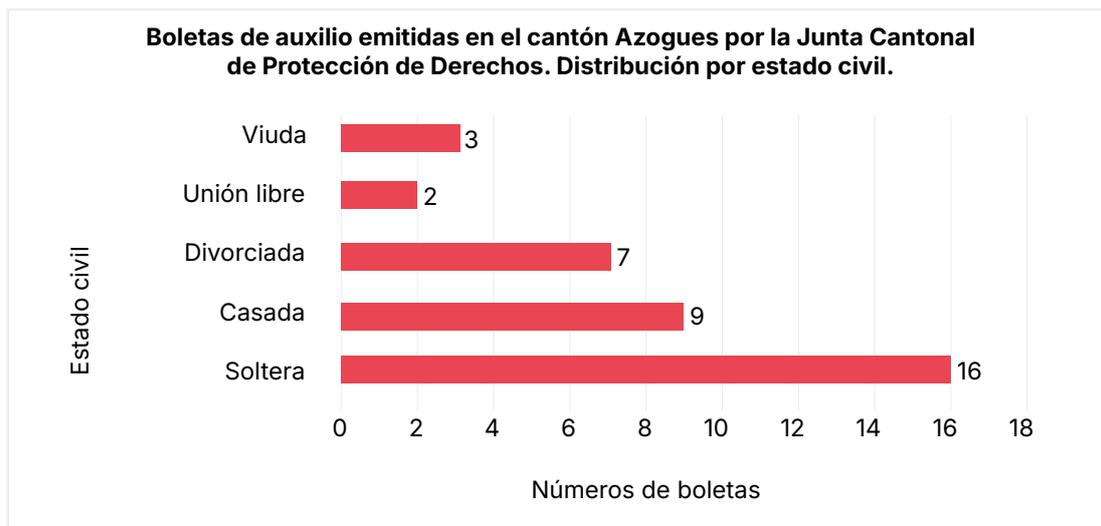


Figura 6. Boletas de auxilio, distribución por estado civil. Elaboración propia.

También se estudiaron las boletas de auxilio de acuerdo con el estado civil de las solicitantes, como consecuencia se puede establecer mayoritariamente las víctimas son solteras, en segundo lugar, el estado civil de las víctimas es casadas y por último en unión libre.

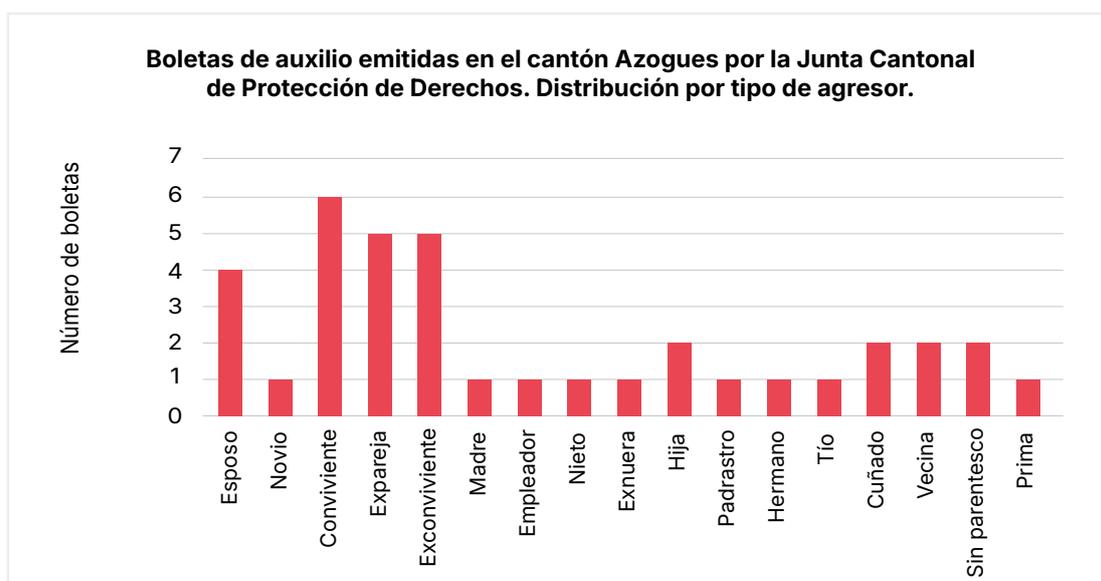


Figura 7. Boletas de auxilio, distribución por tipo de agresor. Elaboración propia.

En la presente figura que analiza las boletas de auxilio emitidas por la Junta Cantonal de Protección de Derechos del Cantón Azogues, se determina sin duda alguna que las agresiones vienen primordialmente por los convivientes, en segundo puesto las exparejas, y en último lugar por personas cercanas al núcleo familiar, y en una única ocasión por el empleador.

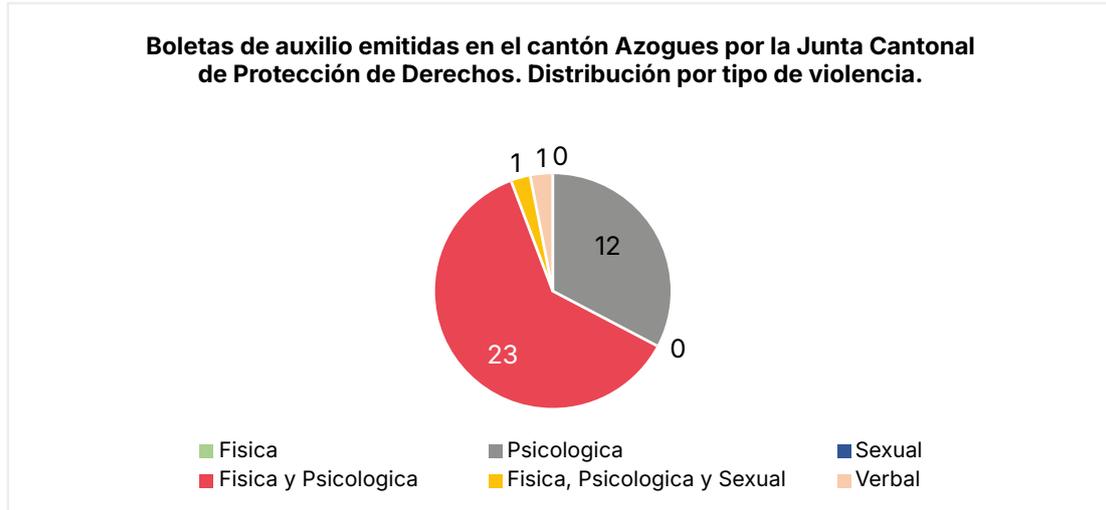


Figura 8. Boletas de auxilio, distribución por tipo de violencia. Elaboración propia.

A partir de los resultados obtenidos, en la figura número 8 se clasificó por el tipo de violencia que se ha cometido, a través de la cual se pudo evidenciar que existe un alto índice de violencia física y psicológica con 23 boletas emitidas, siguiendo a esto la violencia psicológica con 12 boletas emitidas.

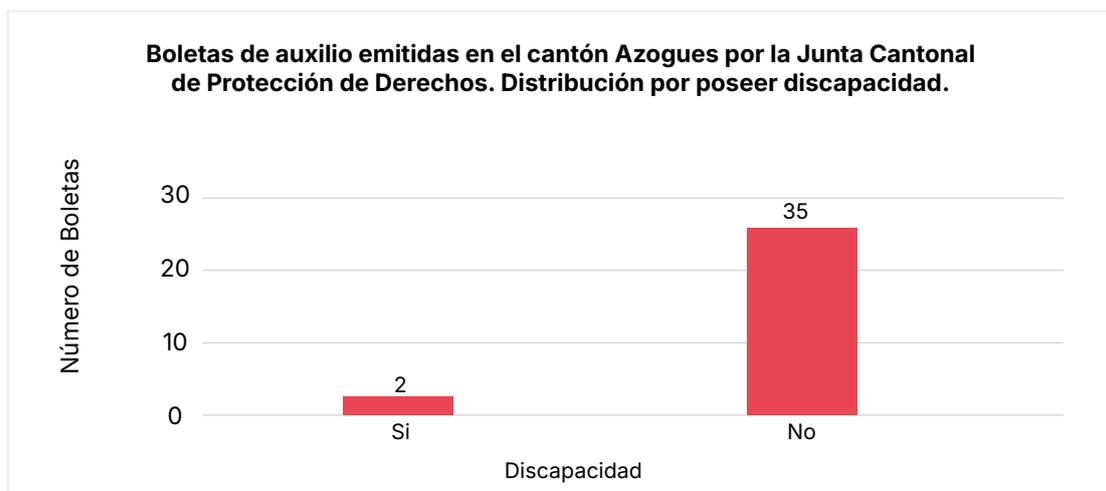


Figura 9. Boletas de auxilio, distribución por discapacidad. Elaboración propia.

De la misma manera en la Figura 9, se da a conocer si existe discapacidad en las personas que han sido víctimas de violencia, mediante los resultados se puede determinar que existe un grado mínimo de personas que poseen discapacidad, ya que, de las 37 boletas de auxilio emitidas, solo 2 víctimas poseen discapacidad.

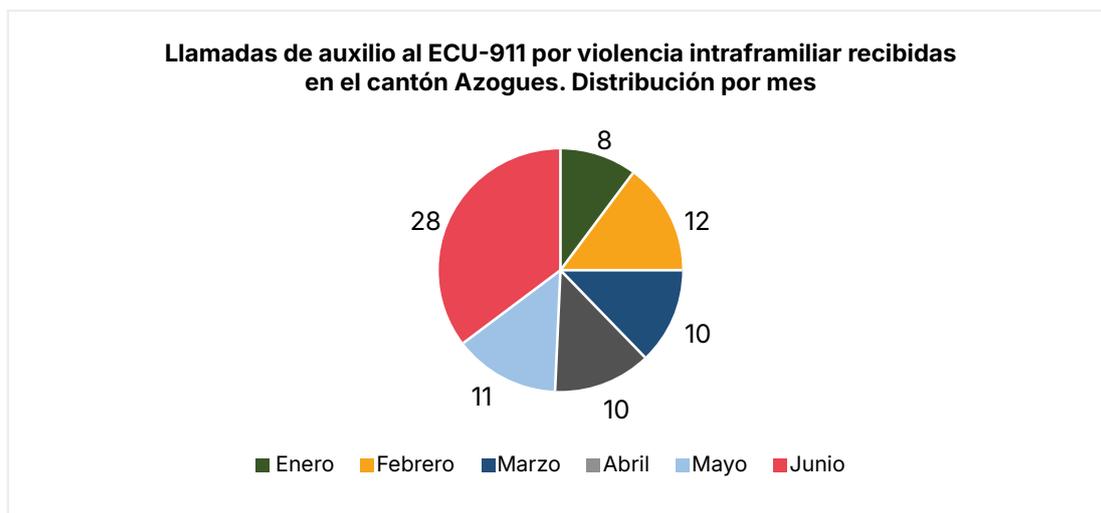


Figura 10. Llamadas de auxilio al ECU-911, distribución por mes. Elaboración propia.

En el mismo contexto en la tabla número 10, se analizó las boletas auxilio emitidas por la Junta Cantonal de Protección de Derechos, de acuerdo con la distribución por zona de los sectores que conforman Azogues, donde se puede observar que existe una mayor emisión de boletas de auxilio en sector urbano de Azogues con 23 emitidas, mientras que en el sector rural se ha expidió un total de 14 boletas, primordialmente en la parroquia de Guapán.

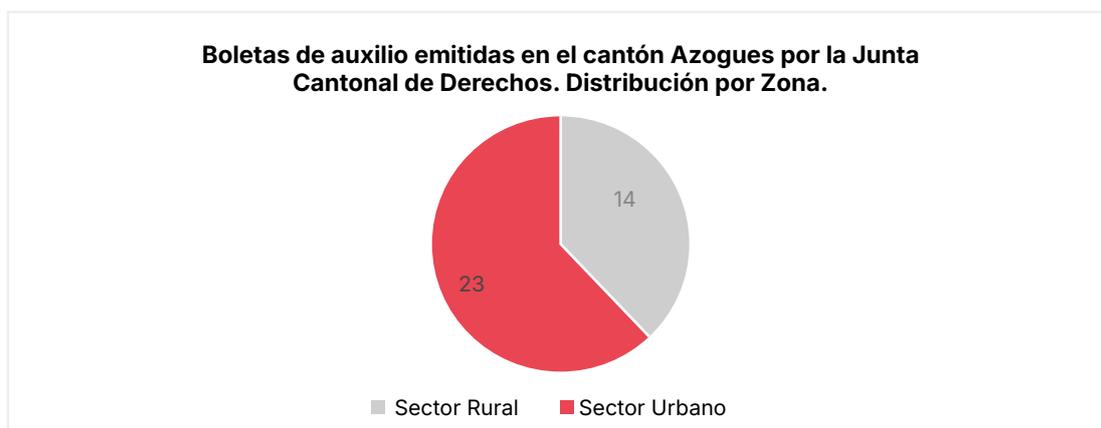


Figura 11. Boletas de auxilio, distribución por zona. Elaboración propia.



En la segunda fase de la estadística fue importante llevar a cabo un análisis de las llamadas de auxilio al ECU-911 para realizar un breve análisis comparativo con las boletas que han sido emitidas por la Junta Cantonal de Protección de Derechos de Azogues. De acuerdo con la distribución por el mes, se pudo determinar que en junio se realizó el mayor número de llamadas, con un total de 2; en segundo lugar, el mes de febrero con 12 llamadas; y en último lugar marzo y abril, con 10 llamadas.

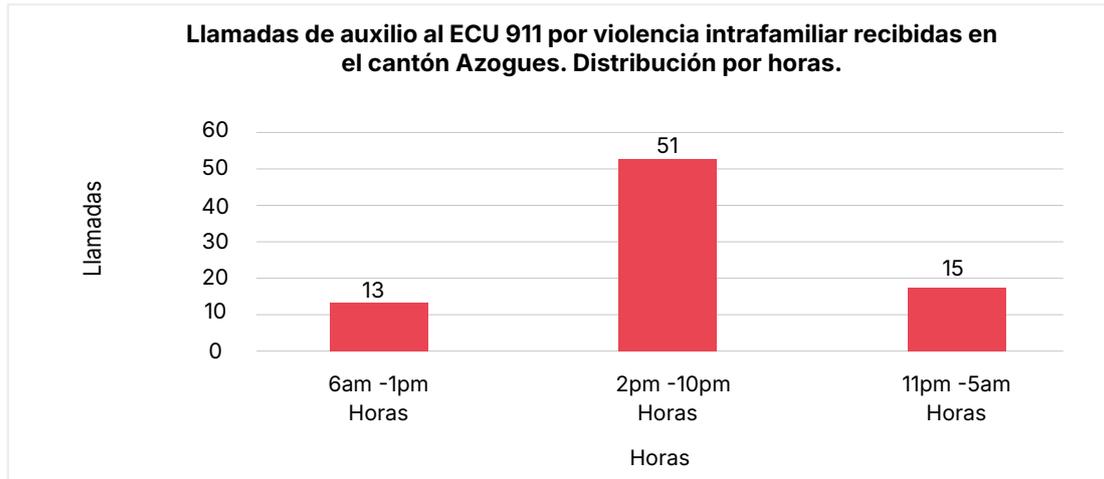


Figura 12. Llamadas de auxilio, distribución por horas. Elaboración propia.

En el penúltimo cuadro se realizó una clasificación de las llamadas de auxilio realizadas al ECU-911 de acuerdo con la hora, obteniendo como resultado que la hora en la que se da el mayor número de llamadas por violencia es de 14h00 a 22h00, y luego el periodo de 06h00 a 13h00, con 13 llamadas de auxilio.

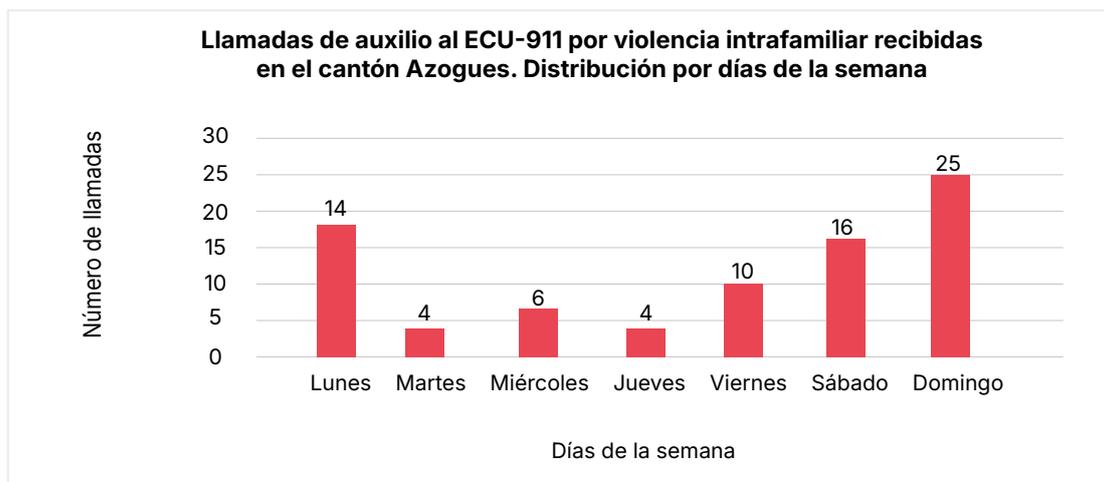


Figura 13. Llamadas de auxilio, distribución por días de la semana. Elaboración propia.

Por último, se analizó las llamadas de auxilio de acuerdo con los días de la semana, donde tuvo mayor incidencia el domingo con 25 llamadas; luego el sábado, con 16 llamada y, por último; los martes y jueves, con 4 llamadas, dando como resultado que los fines de semana son cuando existe un mayor número de llamadas de emergencia.

Discusión

El artículo académico tuvo como objeto determinar la incidencia de las boletas de auxilio emitidas en la ciudad de Azogues por la Junta Cantonal de Protección de Derechos en primer semestre del año 2022 y así mismo realizar un análisis de las llamadas de auxilio que se han registrado en el ECU-911.

A partir de los datos y gráficos analizados, se evidenció la incidencia de las boletas de auxilio y la prevalencia de la violencia en el cantón Azogues. El análisis estadístico permitió identificar que los principales factores de riesgo están asociados a ser una mujer soltera o en unión de hecho, con edades entre los 20 y 39 años. Además, se determinó que marzo fue el mes en el que se emitió la mayor cantidad de boletas de auxilio.

A partir de la breve comparación que se realizó con las llamadas de auxilio que ha receptado el ECU-911 se demostró que durante el periodo analizado se han realizado 79 llamadas de emergencia, cantidad que no se compara con las boletas que se han emitido, siendo los días con más frecuencia los fines de semana desde las 14h00 a 22h00. Es por esa razón, que es fundamental implementar una articulación entre distintas instituciones como son la Policía Nacional, la Junta Cantonal de protección de derechos, las tenencias políticas y la Función Judicial para que adecúen su horario de atención en este lapso para tratar de disminuir la violencia.

Limitaciones de la investigación, en la presente investigación existieron algunas limitaciones como por ejemplo no se nos proporcionó información acerca de las medidas de protección judiciales siendo imposible determinar la incidencia de las boletas de auxilio otorgadas por los jueces.

Conclusiones

Para finalizar, debido a los altos índices de violencia registrados en el país, se han implementado importantes instrumentos, como las medidas de protección, consideradas mecanismos diseñados para salvaguardar de manera individual los derechos de las personas víctimas de violencia, garantizando su integridad sexual, psicológica y física.

El Estado es responsable de garantizar que este derecho de las víctimas se ejerza de manera eficaz y eficiente. Por esta razón, a través de sus instituciones públicas, crea

departamentos especializados en proteger la dignidad y seguridad de las personas víctimas de violencia, cumpliendo así con su objetivo primordial: el cuidado y la protección de sus derechos.

Es así, que existen diferentes tipos de medidas de protección, como las judiciales y las administrativas, que han sido objeto de este trabajo. Entre ellas, la más importante y solicitada es la boleta de auxilio, considerada fundamental debido al creciente número de casos de violencia contra las mujeres y los miembros del núcleo familiar. Por esta razón, se consideró necesario realizar un estudio sobre su incidencia, utilizando datos estadísticos relacionados con su emisión.

De acuerdo con el estudio realizado, se determinó que en el cantón Azogues se emitieron 37 boletas de auxilio por la Junta Cantonal de Protección de Derechos durante el primer semestre del año 2022. Todas estas boletas fueron solicitadas exclusivamente por mujeres víctimas de violencia. Según los datos recopilados, el perfil de las víctimas corresponde a mujeres solteras de entre 20 y 39 años, siendo el principal agresor un familiar del núcleo cercano.

A partir de estos datos, se puede concluir que el cantón Azogues presenta un alto índice de violencia contra la mujer, con un incremento significativo durante los fines de semana. Por ello, se propone que la función judicial, el ECU-911 y otras instituciones encargadas de velar por el bienestar de las personas operen las 24 horas del día, los 7 días de la semana, con el objetivo de atender de manera oportuna las alertas de auxilio y garantizar un servicio eficiente de protección y ayuda.

Referencias bibliográficas

- Barragán, Andrés. *El seguimiento a las medidas de protección otorgadas en casos de violencia intrafamiliar en la Unidad Judicial Segunda de Violencia*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2017.
- Castillo, Eduardo, y Santiago Ruiz. “La Eficacia de las Medidas de Protección en los Casos de Violencia Intrafamiliar en Ecuador”. *Revista de Derecho de la Universidad Nacional del Altiplano de Puno* 6, no. 2 (2021): 123–135, <https://doi.org/10.47712/rd.2021.v6i2.147>.
- Corte Nacional de Justicia. Sala de Familia, Mujer, Niñez, Adolescencia. “Sentencia” En *Juicio n.º 0111-2015*, 27 de mayo de 2015, 5.
- Ecuador. *Código Orgánico Integral Penal (COIP)*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2014.

- Ecuador. *Constitución de la República del Ecuador*. Montecristi: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2008.
- Ecuador. *Ley Orgánica Integral para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres*. Registro Oficial 175, Suplemento, 5 de febrero de 2018.
- Estankona, Katixa. “La protección de las víctimas de violencia de género en la Unión Europea”. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal* 5, no. 2 (mayo-agosto 2019): 961-998, <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i2.239>.
- Fernández Malliquinga, Daniel Rodrigo. *La boleta de auxilio en violencia psicológica en contra de la mujer y miembros del núcleo familiar y los derechos del supuesto agresor*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2018, 16.
- Harold, Francis. *La violencia de género y el derecho penal*. Esmeraldas: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2017.
- Holguín Boris, Morán Kevin. *Uso inadecuado de la medida de protección contemplada en el art. 558, numeral 4 del Código Orgánico Integral Penal, en casos de violencia intrafamiliar*. Tesis de grado, Universidad de Guayaquil. Guayaquil: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2020.
- Moreira Pinargote, Alba Liliana, y Zita Lucía Zambrano Santos. “Tipos de violencia de género recurrentes en Manabí en el 2021, datos estadísticos de OVIGEMA.” *Revista San Gregorio* 53 (2023): 32-50. <http://dx.doi.org/10.36097/rsan.v0i53.2304>
- Nomberto Molina, Karin Marisela. *Implementación de un órgano auxiliar de supervisión de las medidas de protección dictadas en los procesos de violencia familiar a fin de garantizar su real cumplimiento*. Tesis de grado, Universidad Privada Antenor Orrego, 2017. <https://hdl.handle.net/20.500.12759/3045>
- Paillacho Yar, Marcia Genoveva. *La boleta de auxilio en el entorno familiar de las mujeres violentadas*. Tesis de maestría, FLACSO-Ecuador, 2011. <https://repositorio.flacsoandes.edu.ec/xmlui/handle/10469/6399>
- Pizarro Madrid, Carlos Eduardo. *Naturaleza jurídica de las medidas de protección en un proceso de violencia familiar*. Tesis de grado, Universidad de Piura, 2017. <https://hdl.handle.net/11042/2913>
- Rodríguez Nieto, Rodrigo, y Ricardo Alarcón Vélez, “Violencia intrafamiliar y medidas de protección: un análisis teórico y legislativo del régimen jurídico ecuatoriano”, *Polo del Conocimiento* 7, no. 2 (2022): 933-954, <https://doi.org/10.23857/pc.v7i1.3627>
- Touma, Jorge. *Los procedimientos especiales en un Estado constitucional de derechos y justicia*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2015.



Revista de Derecho Directum. Vol. 1, No. 2, pp. 29-40 julio-diciembre 2024
ISSN: 3028-8754. ISSN Elect. 3028-8762. Universidad Católica de Cuenca

Regionalismo posliberal de la UNASUR, una perspectiva comparada con la Alianza del Pacífico

Post-liberal Regionalism of UNASUR, a Comparative Perspective with the Pacific Alliance

Recepción: 18 de marzo de 2024

Revisión: 15 de abril de 2024

Aceptación: 05 de junio de 2024

Publicación: 22 de julio de 2024



<https://doi.org/10.17163/4567890.67890>

Diego Adrián Ormaza Ávila¹  

Universidad Católica de Cuenca, Ecuador

Correo: daormazaa@ucacue.edu.ec

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3492-0943>

1 Doctor en Derecho, Criminología y Ciencia Política por la Universidad de Valencia, docente de la Universidad Católica de Cuenca

Forma sugerida de citar:

Ormaza, Diego. (2024). Regionalismo posliberal de la UNASUR, una perspectiva comparada con la Alianza del Pacífico. *Revista de Derecho Directum*, n° 1(n°2),29-40.

Resumen Este ensayo tuvo como objetivo principal realizar una revisión de la realidad que atraviesa la UNASUR como organismo regional en Latinoamérica, contrastándola con la Alianza del Pacífico, con el propósito de identificar elementos fundamentales en la construcción de instituciones multilaterales. Para ello se realizó un estudio cualitativo de alcance exploratorio, en donde mediante la descripción de sus características se pudo cumplir con el objetivo planteado. Además, se revisó conceptos como el regionalismo liberal y posliberal, sumado a los modelos de gestión usualmente utilizados por dichos organismos. Esto ha permitido a su vez, evidenciar el debilitamiento que existe en estas organizaciones cuando se construyen con modelos hiperpresidencialistas. Se justifica lo último, como uno de los factores que han generado un debilitamiento progresivo de la UNASUR, mientras que en el caso de Alianza del Pacífico ha mantenido un cierto equilibrio.

Palabras clave

Regionalismo, UNASUR, Alianza del Pacífico, posliberal.

Abstract This essay aimed to analyze the current situation of UNASUR as a regional organization in Latin America, contrasting it with the Pacific Alliance, with the purpose of identifying fundamental elements in the construction of multilateral institutions. To achieve this, a qualitative exploratory study was conducted, which, through the description of its characteristics, fulfilled the stated objective. Additionally, concepts such as liberal and post-liberal regionalism were reviewed, along with the management models typically used by these organizations. This analysis also highlighted the weakening of such organizations when they are constructed under hyper-presidentialist models. This factor is justified as one of the main contributors to the progressive decline of UNASUR, while the Pacific Alliance, in contrast, has maintained a certain balance.

Keywords

Regionalism, UNASUR, Pacific Alliance, Post-liberal.

Introducción

La globalización ha generado mejores mecanismos de accesibilidad y generación de relaciones entre los diferentes países, permite una transferencia de conocimiento y fortalecer los parámetros de gobernabilidad. No obstante, es fundamental que esta globalización sea bien enfocada y direccionada para cumplir dichos objetivos. En este contexto, la construcción de organizaciones multilaterales de carácter principalmente regional ha estado presente de forma frecuente en América Latina.

Estas organizaciones, presentan como fundamento la asociación y trabajo en conjunto para generar integración y desarrollo común, pero en la práctica, en el transcurso del tiempo no han podido cumplir con estos objetivos. Mediante la realización de este trabajo se ha pretendido hacer una descripción de dos casos puntuales en Latinoamérica. Por un lado, está presente la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR) con una visión posliberal y de otro, la Alianza del Pacífico con una visión liberal. Este trabajo busca analizar elementos de ambas iniciativas para destacar los diferentes enfoques de regionalismo presentes en América Latina.

Contexto actual de las regiones y el regionalismo

La actualidad del planeta y las necesidades que tienen las poblaciones, exigen que los Estados generen planes de gobernanza más allá de sus fronteras, puesto que la construcción de regionalismos e integración entre distintos países permiten que se trabaje de forma mancomunada para alcanzar el desarrollo. Es por ello, que las regiones “deben ser comprendidas fundamentalmente como el producto de construcciones e interacciones históricas, ideacionales, sociales y políticas cargadas de motivaciones, creencias y significados, coincidentes y divergentes”.²

Así, gobiernos que son actores racionales y perseguidores de intereses económicos capturan las demandas de la sociedad, definen un programa, negocian diferencias con otros países de acuerdo con la importancia que confieren al tema y su capacidad de imponerse y se comprometen con reglas de organizaciones supranacionales para evitar que los acuerdos no sean cumplidos.³

En esta línea, parte fundamental para la construcción de un regionalismo adecuado, es justamente que las metas, proyectos y programas, formen parte de un esquema bien organizado y realizable, en donde los gobiernos —como actores principales— y los Estados, formen parte de esta organización más allá de quién sea la persona que los dirija. Se debe

2 João Carlos Amoroso Botelho, “La creación y evolución de la UNASUR,” *Revista Debates* 2, n.º 2 (2008): 299–324.

3 Nicolás Comini y Alejandro Frenkel, “UNASUR. De proyecto refundacional al fantasma del Sudamexit. En América Latina y el Caribe frente a la encrucijada actual de la globalización” *Anuario de la Integración regional de América Latina y el Caribe* 13 (2016): 185.

entonces ver “en la integración regional un instrumento para gestionar la globalización, mejorar su gobernanza, o ser el marco de políticas regionales proactivas para mejorar la posición de cada país en ese proceso”.⁴

En el ámbito latinoamericano y sudamericano, los países de la región han optado por asociarse y crear organismos supranacionales de gobernanza, pero muchas veces sin una comprensión correcta de las potencialidades y ventajas que tienen, incluso desde una perspectiva geográfica. Así Peña, considera que:

Es posible sostener que los países suramericanos podrán capitalizar a su favor las ventajas que se abren con el nuevo mapa de la competencia económica global, en la medida que logre generar la imagen, basada en la realidad, de un espacio en el que predomina la paz, la estabilidad política, la democracia, la modernización tecnológica y la equidad social. Es decir, en la medida que este espacio geográfico sea percibido como una región gobernable.⁵

Pero en la práctica, se presentan inconvenientes al momento de construir organismos multilaterales de gobernanza, debido a la influencia de factores principalmente políticos, ideológicos o económicos, que imposibilitan que se puedan cumplir con los objetivos que se plantean al momento de construir estas organizaciones regionalistas, lo que ha generado su debilitamiento.

En ese sentido, se puede afirmar que, en el caso latinoamericano, los organismos multilaterales se encuentran marcados de forma muy clara, unos enfocados en un regionalismo liberal y otros, en un regionalismo posliberal. Esta dualidad responde a una trayectoria histórica marcada por la coexistencia de gobiernos que han favorecido las relaciones con Estados Unidos y otros, que han optado por una postura contraria. Por ello, resulta fundamental distinguir entre ambos tipos, sobre el regionalismo abierto o liberal, Chaves sostiene que:

Esta visión permitiría conjugar los acuerdos subregionales de liberalización con la apertura unilateral y el avance hacia la integración hemisférica. Visión funcional a la aceleración del ingreso de las economías latinoamericanas a los escenarios globales, bajo la promesa del aumento de su competitividad internacional.⁶

Como se puede observar, este modelo de regionalismo se enfoca en un sistema de apertura de los mercados de forma global, esto con la intención de mejorar los niveles de actividad económica mediante la construcción de líneas de comercialización más amplias

4 José Antonio Sanahuja, “Multilateralismo y regionalismo en clave suramericana: El caso de UNASUR”, *Pensamiento propio* 33 (2011): 122.

5 Jairo Andrés Castaño Peña, “Análisis y perspectivas de la Alianza del Pacífico”, *Estudios de Deusto: revista de Derecho Público* 64, nro. 1 (2016): 33.

6 Carlos Chaves, “La inserción internacional de Sudamérica: la apuesta por la UNASUR”, *Íconos-Revista de Ciencias Sociales* 38 (2010): 31.

y procurar el ingreso de productos latinoamericanos al mercado mundial. Esta corriente de regionalismo suele tener inclinación por los tratados de libre comercio y mantener buenas relaciones comerciales con países de economía muy desarrollada.

Por su parte, la visión posliberal se caracteriza por que “la integración regional se empieza a redefinir en términos de soberanía nacional y como instrumento para reforzar la estrategia *neodesarrollista* adoptada por los nuevos gobiernos progresistas de la región”.⁷ En este tipo de regionalismo, se caracteriza por tener una perspectiva centrada en el rol del Estado y en la creación de vínculos específicos con países de tendencia progresista. No se inclinan por los tratados de libre comercio de forma general, sino con naciones que comparten líneas ideológicas o tendencias políticas.

Este tipo de regionalismo ha tenido un auge en Latinoamérica debido a la tendencia de gobiernos socialistas en la región, principalmente por la influencia de Brasil, Argentina y Venezuela, quienes se han puesto como finalidad generar un regionalismo sudamericano que se aleje de la influencia de los Estados Unidos y han procurado generar un marco de gobernanza enfocado en mercados más específicos, entre los países parte de las respectivas organizaciones.

En este punto, es necesario también analizar los modelos generalmente adoptados tanto por el regionalismo liberal como por el regionalismo posliberal. En el primer caso, este se basa en un modelo poligámico, Comini y Frenkel señalan que “el modelo de inserción internacional poligámico se fundamenta en una estrategia de transversalidad que prioriza el mercado internacional e implica negociaciones simultáneas con actores de los niveles global, hemisférico y regional”.⁸ En tanto el regionalismo posliberal se enfoca en el modelo concéntrico:

La opción concéntrica se sustenta en un esquema estadocéntrico, basado en una estrategia que prioriza los mercados regionales. Quienes asumen esta lógica de inserción internacional lo hacen partiendo de la premisa de que ellos, por sí solos, cuentan con márgenes reducidos de negociación con actores extrarregionales y con menores alternativas para imponer sus intereses.⁹

Una vez que se ha expuesto de forma general las particularidades propias del regionalismo liberal y posliberal, como objeto de este trabajo, es necesario que se haga referencia a la UNASUR y a la Alianza del Pacífico, organismos de gobernanza regional, cuyos estados miembros —principalmente latinoamericanos— han procurado alcanzar determinados objetivos desde una esfera internacional, pero con visiones distintas.

7 Carlos Chaves, “La inserción internacional de Sudamérica: la apuesta por la UNASUR”, *Íconos-Revista de Ciencias Sociales* 38 (2010): 32.

8 Nicolás Comini, y Alejandro Frenkel, “Una Unasur de baja intensidad. Modelos en pugna y desaceleración del proceso de integración en América del Sur”, *Nueva Sociedad* (2014): 60.

9 *Ibid.*, 61

La Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR), algunas cuestiones centrales

La UNASUR se distingue por tener un perfil suramericano. Con este tratado, por primera ocasión en la historia se alcanzó a consolidar una organización propia, bajo la tradición de la concertación política que ha estado presente en la región desde mediados del siglo XX.¹⁰

A partir del año 2004, se crea un primer organismo con la finalidad de reunir doce países de América del Sur. La UNASUR toma en el 2007 el nombre de *la casa*, naciendo la tendencia de perspectivas integracionistas de países como Argentina, Brasil y Venezuela, impulsada por los presidentes Lula da Silva, Hugo Chávez y el canciller brasileño Celso Amorim, posibilitando de esta manera la creación de la organización. Esa unión se establece, más por prioridades en el contexto de la política exterior, que por intereses económicos.

La UNASUR es creada a través del Tratado Constitutivo, suscrito en Brasil en el mes de mayo del año 2008, en diferentes idiomas. Este documento consta de preámbulo, veinte y siete artículos y un artículo transitorio. Entre algunos de sus objetivos específicos se pueden citar: diálogo político, integración energética, integración financiera, cooperación económica y comercial, participación ciudadana, etc.



Figura 1. Países que inicialmente integraron la UNASUR. Fuente: Tratado constitutivo, elaboración propia (2024).

10 Fabio Sánchez Cabarcas, “UNASUR: poder y acción en Suramérica (Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, 2017), 41.

Es necesario hacer referencia a que la UNASUR, tuvo su origen debido a que los países sudamericanos estaban atravesando “por un periodo de intensas transformaciones políticas, ideológicas, económicas y sociales, favorecido por el declive de la agenda económica neoliberal y por el ascenso de gobiernos con plataformas políticas de corte progresista”.¹¹

Esto demuestra que uno de los pilares fundamentales de esta organización fue, en realidad, los gobiernos de tendencia socialista o progresista que lideraban los países miembros en el momento de su creación. No obstante, este organismo ha sido muy criticado y poco a poco se ha ido debilitando, a razón de las actuaciones de los gobiernos que lo conformaron. Así Llenderozas, sostiene que:

Las crisis políticas, la baja aprobación de los gobernantes y la caída en la calidad de las democracias de la región son factores que reducen las potencialidades de la UNASUR. La inestabilidad política reaparece como amenaza en algunos gobiernos, acosados por la corrupción (Brasil, Chile, Argentina) o el deterioro de las libertades democráticas y las condiciones económicas de la sociedad (Venezuela, Ecuador).¹²

La UNASUR ha propendido a generar una construcción autosuficiente, evitando una dependencia, especialmente de los Estados Unidos. Sin embargo, sus intentos de unificar objetivos en lo político, social y económico no han podido obtener resultados concretos, debido a la diversidad de fines que se persiguen.

Un breve acercamiento a la Alianza del Pacífico

La Alianza del Pacífico, en adelante AP, surge con el propósito de integración y cooperación económica y comercial en Latinoamérica y el Caribe, después de un contexto de varios intentos fallidos de integración regional. Tiene como fin el aseguramiento de un desarrollo económico basado en la igualdad, estabilidad y seguridad a largo plazo. Sin embargo, se debe añadir que el bajo potencial económico de los países integrantes de la AP está directamente relacionado con la forma en que los gobiernos han aplicado su estrategia de crecimiento económico en la región, desde mediados de los ochenta. Para Ardila: “La Alianza del Pacífico es una región socialmente construida en la que no todos sus países miembros son limítrofes, pero a la que sí la unen vínculos ideológicos y de posiciones neoliberales, aperturistas, siendo todos ellos partidarios de un regionalismo abierto”.¹³

11 Carlos Chaves, “La inserción internacional de Sudamérica: la apuesta por la UNASUR”, *Íconos-Revista de Ciencias Sociales* 38 (2010): 30.

12 Elsa Llenderozas, “UNASUR: Desafíos geopolíticos, económicos y de política exterior”, *Pensamiento propio* 42 (2015): 199.

13 Martha Ardila, “La Alianza del Pacífico y su importancia geoestratégica”, *Pensamiento propio* 42 (2015): 245.

El 28 de abril del año 2011, con la Declaración Presidencial de Lima, se estableció la AP, conformada por países como: Colombia, Chile, México y Perú. En el caso de Costa Rica y Panamá su adhesión se encontraba en proceso. Los mencionados países tienen como común denominador su pertenencia a la cuenca del pacífico, compromisos comerciales, la democracia dentro de los gobiernos, algunas políticas económicas, un marco institucional respetuoso de los derechos de propiedad, entre otros.¹⁴ Algunos de los objetivos de la AP, que constan en el acuerdo marco, hacen alusión a la construcción de una integración para avanzar a la libre circulación de bienes, servicios, capitales y personas; el impulso del desarrollo de las economías para conseguir bienestar; y, la existencia de articulación política, económica y comercial con énfasis en Asia y el Pacífico.

La AP desde su creación ha adoptado disposiciones que demuestran su compromiso de avanzar para conseguir sus objetivos. Algunos logros importantes que se pueden mencionar son: la aprobación del protocolo comercial, que tiene como fin facilitar los acuerdos bilaterales comerciales, desgravar los aranceles aduaneros, eliminar subsidios de exportación, avanzar en materia de integración financiera, entre otros. Es importante mencionar, que la AP ha logrado incorporar cincuenta y cinco Estados observadores.



Figura 2. Países que conforman la Alianza del Pacífico. Fuente: Documento constitutivo, elaboración propia (2024).

Pero este organismo multilateral tampoco ha estado exento de críticas, principalmente de los países miembros de la UNASUR, o con tendencias posliberales, puesto que se ha visto a la “Alianza del Pacífico como una consolidación de los intereses de los Estados Unidos dentro de la región, convirtiéndose en un desafío político e incluso diplomático que puede comprometer las relaciones con los demás países de la región”.¹⁵ Sobre este punto, Hernández y Muñoz, sostienen que “los críticos al regionalismo abierto advierten que la propuesta está lejos de ser una alternativa construida para las particularidades de la región y que no ha logrado alcanzar la equidad pregonada”.¹⁶

14 José Briceño Ruiz y Edgar Vieira Posada, *Repensar la integración en América Latina: los casos del Mercosur y la Alianza del Pacífico* (Bogotá: Fondo Editorial Universidad Cooperativa de Colombia, 2019), 56.

15 Jairo Andrés Castaño Peña, “Análisis y perspectivas de la Alianza del Pacífico”, *Estudios de Deusto, Revista de Derecho Público* 64, nro. 1 (2016): 299.

16 José Hernández Bernal y Luis Muñoz Angulo, “Comercio y evolución de la Alianza del Pacífico”, *Equidad y Desarrollo* 24 (2015): 101.

En esta línea se ha considerado que la Alianza del Pacífico es un organismo más enfocado en alcanzar objetivos de tipo económico para los Estados que la conforman, dejando en un segundo plano objetivos de tipo social o político, además de manejarse con una visión de mercado más abierto, lo que genera una mayor influencia de los Estados Unidos. Estas situaciones han sido justamente las más criticadas por los demás países de la región latinoamericana. Una vez expuestas de manera concreta las características del regionalismo y los enfoques tanto de la UNASUR como de la Alianza del Pacífico, resulta pertinente, como objetivo de este trabajo, realizar una comparación entre estos dos organismos.

Metodología

Se desarrolló bajo estudio no experimental, de enfoque cualitativo y de nivel exploratorio, en donde mediante la descripción de las instituciones analizadas, se pudo cumplir con el objetivo planteado. Además, se utilizaron los métodos: comparativo, inductivo-deductivo e histórico-lógico, así como las técnicas de revisión bibliográfica y fichaje. Esto permitió entender críticamente los conceptos de regionalismo liberal y posliberal, sumado a los modelos de gestión usualmente utilizados por estos organismos para llegar a las conclusiones que se planean al final de este trabajo.

Resultados

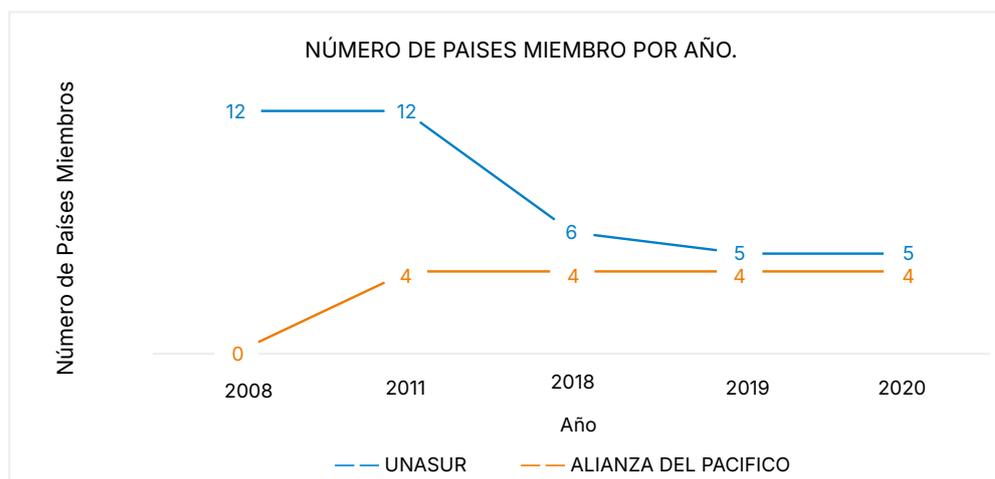


Figura 3. Número de países miembros de la organización desde su conformación hasta la actualidad. Fuente: Fuente y elaboración propia (2024).

De la figura anterior se observa que la UNASUR se originó formalmente en el año 2008 con la participación de 12 Estados miembros. Sin embargo, en 2018, seis países decidieron

abandonar el organismo, a los que se sumó otro país en 2019. Actualmente, Perú mantiene su participación suspendida de manera indefinida. Esto dejó a la organización con solo cuatro países miembros: Bolivia, Guyana, Surinam y Venezuela.

Este análisis debe ser relacionado directamente con la ideología política de los Estados miembros de la UNASUR, debido a que se puede observar que cuando los presidentes de los Estados que formaban parte de este organismo eran de tendencia más liberal y no socialista o progresista, abandonaron esta organización.

En el caso de la Alianza del Pacífico, esta se originó formalmente en 2011 con cuatro países miembros, y hasta la actualidad se ha mantenido con los mismos Estados, independientemente de la corriente o tendencia ideológica de los gobiernos de turno. Esto evidencia una diferencia significativa en la construcción de estos organismos multilaterales, así como en las consecuencias de su funcionamiento, particularmente en relación con la marcada dependencia de la participación de los Estados miembros respecto al presidente en ejercicio de cada país.

Tabla 1
Comparación entre la UNASUR y la Alianza del Pacífico

UNASUR	Alianza del Pacífico
Regionalismo posliberal	Regionalismo liberal
Modelo concéntrico	Modelo poligámico
Oposición a reglas impuestas por EE. UU.	A favor de reglas impuestas por EE. UU.

Fuente y elaboración propia.

Con base en el contenido de este artículo, se presenta un cuadro resumen donde se visualiza las principales características de cada organismo. Esto permite comprender por qué desde la posición de la UNASUR se ha visto a la Alianza del Pacífico como una oposición directa y como el bastión de los Estados Unidos en Latinoamérica. En tanto que, desde una perspectiva de la Alianza del Pacífico, ven en la UNASUR como una forma muy restrictiva de buscar el desarrollo de los países miembros, principalmente desde una visión económica y de globalización.

Discusión

La construcción de organizaciones multinacionales dentro de Latinoamérica siempre ha sido un objetivo de los países de esta región, lo cual es adecuado siempre y cuando se

busquen objetivos realizables y que procuren el desarrollo de sus integrantes. Pero en la realidad, se observa que ciertos organismos se crean fundamentalmente con una visión política o ideológica que puede buscar en realidad el mantenimiento del poder o del modelo, cuando ello sucede —si su estructura depende principalmente de los presidentes de turno— puede verse debilitado si existe un cambio de gobierno y si el nuevo gobierno es de otra posición ideológica.

En el caso de la UNASUR, su auge se dio en 2008, impulsado principalmente por las realidades políticas de Brasil, Argentina y Venezuela. Este contexto, sumado a la presencia de gobiernos de tendencia socialista en la mayoría de los países miembros, dio lugar a un organismo que, en su momento, se percibió como fuerte. Sin embargo, en la práctica, su fortaleza radicaba más en un poder político que en un enfoque orientado al desarrollo económico.

Con el cambio de gobierno en algunos Estados miembros, la UNASUR sufrió un debilitamiento automático, hasta el punto de que la mayoría de los países decidieron abandonar el organismo. Por otro lado, la Alianza del Pacífico se centró en fomentar procesos de desarrollo económico y en promover mercados más abiertos, dejando en un segundo plano las políticas de enfoque social. Aunque también ha sido objeto de diversas críticas, esta organización ha logrado mantenerse en el tiempo con los mismos países que la fundaron, independientemente de la orientación ideológica de los líderes en funciones.

Conclusiones

La realización de este trabajo ha permitido comprender que la construcción de organismos multilaterales es esencial en un mundo globalizado, siempre que se busque promover un desarrollo genuino de los Estados miembros. Sin embargo, para alcanzar los objetivos propuestos, es fundamental establecer bases sólidas y adecuadas que garanticen su cumplimiento.

Es constante la disputa política entre el regionalismo liberal y posliberal, esto ha ocasionado que principalmente en Latinoamérica, se trunquen los objetivos en cuanto a un verdadero regionalismo. Las posiciones ideológicas son un factor de suma importancia al momento de tomar decisiones, y esto por lo que general, no siempre es lo adecuado. Esta situación permite afirmar que los organismos multilaterales con una excesiva dependencia de la posición ideológica de cada jefe de Estado suelen enfrentar serias dificultades para mantenerse y desarrollarse de manera sostenible en el tiempo.

En el caso de la UNASUR, aunque actualmente se encuentra debilitada, resulta importante considerar las decisiones que pueda adoptar Brasil, con el regreso de Lula da Silva a la presidencia, y Colombia, bajo la dirección de Gustavo Petro, ambos mandatarios de tendencia socialista. Estas posiciones podrían influir significativamente en el futuro de la organización.

Referencias bibliográficas

- Amoroso Botelho, João Carlos. “La creación y evolución de la UNASUR.” *Revista Debates* 2, nro. 2 (2008): 299-324. <https://revista-estudios.revistas.deusto.es/article/view/1187/1422>
- Ardila, Martha. “La Alianza del Pacífico y su importancia geoestratégica”. *Pensamiento propio* 42 (2015).
- Briceño Ruiz, José y Vieira Posada, Edgar. *Repensar la integración en América Latina: los casos del Mercosur y la Alianza del Pacífico*. Bogotá: Fondo Editorial Universidad Cooperativa de Colombia, 2019.
- Castaño Peña, Jairo Andrés. 2016. “Análisis y perspectivas de la Alianza del Pacífico”. *Estudios De Deusto* 64, nro. 1, 281-305. [https://doi.org/10.18543/ed-64\(1\)-2016pp281-305](https://doi.org/10.18543/ed-64(1)-2016pp281-305).
- Chaves, Carlos. “La inserción internacional de Sudamérica: la apuesta por la UNASUR” en *Íconos-Revista de Ciencias Sociales*, nro. 38 (2010): 29-40. <https://repositorio.flacsoandes.edu.ec/bitstream/10469/2593/57/RFLACSO-I38.pdf>
- Comini, Nicolás y Frenkel, Alejandro. “Una UNASUR de baja intensidad. Modelos en pugna y desaceleración del proceso de integración en América del Sur”. *Nueva Sociedad* (2014). <https://nuso.org/articulo/una-unasur-de-baja-intensidad-modelos-en-pugna-y-desaceleracion-del-proceso-de-integracion-en-america-del-sur/>
- Comini, Nicolás, y Alejandro Frenkel. “UNASUR. De proyecto refundacional al fantasma del Sudamexit.” *Anuario de Integración* 13 (2016): 181-204. <https://www.cries.org/wp-content/uploads/2017/04/013-comini-frenkel.pdf>
- Hernández Bernal, José y Muñoz Angulo, Luis. “Comercio y evolución de la Alianza del Pacífico”. *Equidad & Desarrollo* 24 (2015).
- Llenderozas, E. “UNASUR: Desafíos geopolíticos, económicos y de política exterior”. *Pensamiento Propio* 42 (2015). <https://www.cries.org/wp-content/uploads/2015/12/014-llenderozas.pdf>
- Sanahuja, José Antonio. “Multilateralismo y regionalismo en clave suramericana: El caso de UNASUR”. *Pensamiento Propio* 33 (2011). <https://www.cries.org/wp-content/uploads/2013/07/PP33-web-25-061.pdf>
- Sánchez Cabarcas, Fabio. *UNASUR: poder y acción en Suramérica*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, 2017.



Revista de Derecho Directum. Vol. 1, No. 2, pp. 41-56 julio-diciembre 2024
ISSN: 3028-8754. ISSN Elect. 3028-8762. Universidad Católica de Cuenca

Asignaciones presupuestarias a las instituciones de educación superior en Ecuador

Budget Allocations for Higher Education Institutions in Ecuador

Recepción: 25 de mayo de 2024

Revisión: 15 de abril de 2024

Aceptación: 05 de junio de 2024

Publicación: 22 de julio de 2024



<https://doi.org/10.17163/4567890.67890>;

María del Carmen Monteros Montaña¹  

Universidad Nacional de Loja, Ecuador

Correo: maria.d.monteros@unl.edu.ec

ORCID: <https://orcid.org/0009-0008-3281-0442>

¹ Docente de la Universidad Nacional de Loja, estudiante del doctorado en Derecho en la Universidad Andina Simón Bolívar, Ecuador.

Forma sugerida de citar:

Monteros, María del Carmen. (2024). Asignaciones presupuestarias a las instituciones de educación superior en Ecuador. *Revista de Derecho Directum*, n° 1(n°2),41-56.

Resumen

Este artículo comprende un estudio minucioso del presupuesto que fue destinado a las instituciones de educación superior en Ecuador desde el año 2018 hasta el año 2020, período en el que el presupuesto destinado para estas instituciones sufrió algunas variaciones. Este artículo recoge una visión de la asignación presupuestaria a las instituciones de educación de tercer nivel desde varias y diversas aristas, tales como su definición, el presupuesto general del Estado, la afectación que produce su reducción y especialmente desde el ámbito legal y cuáles son las implicaciones de reducir sus recursos. El impacto que produce la reducción de este presupuesto y las posibles afectaciones que surgirían a nivel nacional, si ello perdura en el tiempo, se verá que no es una cuestión menor y que merece un análisis crítico y profundo de esta realidad.

Palabras clave

Asignación presupuestaria, universidad, educación.

Abstract

This article presents a thorough study of the budget allocated to higher education institutions in Ecuador from 2018 to 2020, a period during which this budget underwent several variations. The article provides a perspective on the budgetary allocation for tertiary education institutions from multiple angles, including its definition, the general state budget, the impact of its reduction, and, most importantly, the legal framework and the implications of reducing these resources. The consequences of budget cuts and the potential national repercussions if such reductions persist over time demonstrate that this is not a minor issue and requires a critical and in-depth analysis of this reality.

Keywords

Budget Allocation, University, Education.

Introducción

Las asignaciones del presupuesto estatal para las instituciones de educación superior en Ecuador han experimentado cambios desde 2018. Esta asignación del presupuesto disminuyó en el año 2019 en comparación con el rubro consignado el año anterior, debido a que se produjo una reducción en su totalidad.¹

No obstante, sobre este tópico surgieron constantes y acaloradas discusiones en espacios políticos y académicos. Discusiones que manifestaban controvertidas opiniones respecto al rol que debe cumplir el presupuesto del Estado y la importancia de garantizar, mediante el presupuesto, el derecho a la educación superior que no puede ser reducido o limitado.

Este tema ha sido abordado en algunos espacios de discusión; sin embargo, el análisis desde la doctrina ha sido limitado y la profundización desde la perspectiva legal y constitucional, insuficiente. Como resultado, han quedado numerosas interrogantes sin resolver, entre ellas: ¿el derecho a la educación superior constituye un derecho fundamental? ¿Dónde se establece el monto o la proporción que debe asignarse en el presupuesto general del Estado para garantizar este derecho?

Se plantea, por tanto, que la reducción del presupuesto asignado a las instituciones de educación superior es un tema relevante que debe ser analizado desde las perspectivas legal, constitucional y económica en el contexto ecuatoriano. Este análisis constituye el objetivo central del presente artículo. Para lograr esta empresa es preciso analizar tanto al presupuesto desde su concepción doctrinaria y el derecho a la educación superior como derecho humano y constitucional.

El presupuesto general del Estado como instrumento (será referido de ahora en adelante solamente como “presupuesto”) y la educación superior como derecho, forman parte importante de la Constitución del Ecuador de 2008.² Por un lado, la asignación presupuestaria, por ser un tema que atañe a las finanzas públicas y, por otro lado, la educación superior son temas estudiados de forma individual sin relación alguna, porque su ámbito de aplicación es distinto. Sin embargo, en este ensayo conjugaremos ambas categorías, con la intención de resolver algunas de las interrogantes latentes.

1 María del Carmen Monteros Montaño, *La autonomía universitaria en el Ecuador antes y después de la Universidad Andina Simón Bolívar* (Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2020), 70.

2 Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 292.

El derecho a la educación superior, una concepción general

El derecho a la educación superior está reconocido en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos como un derecho inherente a las personas dentro de los Estados que se proclaman defensores de estos principios y han adoptado los tratados correspondientes. Por ello, debe ser garantizado. A continuación, anotamos algunos de estos instrumentos que lo reconocen como tal:

- Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 26.³
- Declaración Mundial sobre la Educación Superior en el Siglo XXI: Visión y Acción de la UNESCO.⁴
- Marco de Acción Prioritaria para el Cambio y el Desarrollo de la Educación Superior de la UNESCO.⁵
- Carta de las Naciones Unidas.⁶
- Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.⁷

En Ecuador, país que se reconoce desde su norma suprema como un Estado constitucional de derechos y justicia, la Constitución establece que la educación superior es un derecho,⁸ y un servicio público,⁹ articulado por un sistema de educación superior. Derecho que busca impulsar el desarrollo del Estado y, a través de este progreso, fomentar una visión científica y humanista. Además, tiene como objetivo promover la investigación científica y tecnológica, la innovación, así como el desarrollo, difusión y preservación de los saberes y las culturas. De igual manera, la educación superior está concebida como un mecanismo para generar soluciones a los problemas del país.¹⁰

3 OEA, *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, 22 de noviembre de 1969, art. 26.

4 Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), *Declaración Mundial sobre la Educación Superior en el siglo XXI: Visión y Acción* (París: UNESCO, 1998).

5 Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), *Marco de Acción Prioritaria para el Cambio y el Desarrollo de la Educación Superior* (París: UNESCO, 1998).

6 Organización de las Naciones Unidas (ONU), Asamblea General, *Carta de las Naciones Unidas*, 26 de junio de 1945, nros. 13, 55, 57, 62, 73.

7 Organización de las Naciones Unidas (ONU), Asamblea General, *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, 16 de diciembre de 1966, art. 13.

8 Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, arts. 26, 27, 344, 346, 350, 356.

9 *Ibid.*, 345.

10 María del Carmen Monteros Montaña, *La autonomía universitaria en el Ecuador antes y después de la Universidad Andina Simón Bolívar* (Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2020), 71

Como primer resultado de este análisis se tiene que: la educación superior es un derecho fundamental de la persona, garantizado por diversos y diferentes tratados internacionales y la Constitución¹¹. Al ser un derecho reconocido en tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos, y siguiendo la clasificación de Luigi Ferrajoli en su obra *Derechos y garantías*, el derecho a la educación superior se considera un derecho primario. Esto implica que el Estado tiene una doble obligación: por un lado, una obligación positiva, que le exige garantizar y estructurar los mecanismos necesarios para que los ciudadanos accedan a este derecho y, por otro, una obligación negativa, que le impide interferir o restringir dicho acceso.¹² Constituye así, un deber axiológico del Estado estructurar lo necesario para que se garantice al ciudadano el acceso al derecho a la educación superior, teniendo en cuenta que para que el acceso sea efectivo, la educación debe gozar de disponibilidad, accesibilidad, calidad y aceptabilidad¹³ de este derecho.

Diversas decisiones judiciales a nivel mundial han expresado distintas posturas sobre la materialización, tanto formal como sustantiva, de los derechos fundamentales dentro de los Estados. Un ejemplo destacado es la Corte Constitucional de Colombia, que ha sostenido de manera reiterada en su jurisprudencia, la necesidad de identificar un mínimo esencial del derecho humano que debe ser garantizado. Este mínimo irreductible, protegido y no negociable, constituye el núcleo básico del derecho fundamental, el cual no puede estar sujeto a interpretaciones variables ni condicionado por coyunturas¹⁴ o ideologías políticas.¹⁵ Identificar el contenido esencial de un derecho no solo establece rutas de acción que los Estados deben transitar, sino también impone límites de las posibles restricciones que se susciten en ese camino.¹⁶

Existen otro tipo de acepciones, como la que ha sido pronunciada por la Corte Constitucional de Sudáfrica, en su jurisprudencia cuando ha establecido que el mínimo irreductible de un derecho muchas veces resulta difícil identificar, puesto que la situación de cada grupo es diferente como lo son también sus necesidades. Con esto, se tiene que

11 Ibid., 72.

12 Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías: La ley del más débil* (Madrid: Editorial Trotta, 2010), 43.

13 Sandra Serrano y Daniel Vázquez, “Principios de aplicación: núcleo básico, progresividad, no regresión y máximo uso de recursos disponibles”, en *Los derechos en acción: Obligaciones y principios de derechos humanos*, 1.^a ed. (México: FLACSO, 2013), 5-7, <http://www.jstor.org/stable/j.ctt16f8df1>

14 María del Carmen Monteros Montaña, *La autonomía universitaria en el Ecuador antes y después de la Universidad Andina Simón Bolívar* (Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2020).

15 Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia T-799/98 (Definición núcleo esencial)*, caso Francisco Javier de Alba Estren vs. Juzgado 6° Civil del Circuito de Barranquilla, 14 de diciembre de 1998, párrs. 1-70, <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-799-98.htm>

16 Sandra Serrano y Daniel Vázquez, “Principios de aplicación: núcleo básico, progresividad, no regresión y máximo uso de recursos disponibles”, en *Los derechos en acción: Obligaciones y principios de derechos humanos*, 1.^a ed. (México: FLACSO, 2013), 8-10, <http://www.jstor.org/stable/j.ctt16f8df1>

la determinación de un mínimo contenido del derecho impone al Estado obligaciones poco realistas. La sociedad debe tratar de garantizar que las necesidades vitales básicas de todos sus integrantes estén satisfechas para poder constituir una sociedad digna, libre e igualitaria.¹⁷

Así, una vez puestas estas ideas en tela de juicio se tiene que las cortes que protegen las diferentes constituciones a nivel mundial generalmente tratan de delimitar un contenido mínimo esencial, y con esto disponen al Estado garantizar los derechos fundamentales. Pero, resulta escaso el contenido jurisprudencial que existe en el que se realiza un examen o se elabora una pauta de cómo esto debería manejar el gobierno en concordancia con las erogaciones, destino y administración del presupuesto del Estado, así como también cuánto dinero asigna el gobierno a las instituciones para saber si con ello es factible que en el Estado se garanticen al menos estos contenidos mínimos de los derechos humanos. Es común que los jueces consideren que analizar, disponer y ordenar sobre el presupuesto estatal, lo que implica invadir las competencias de la función legislativa y, en especial, podría generar un conflicto significativo con la función ejecutiva.

En Ecuador difícilmente la Corte Constitucional examinaría y menos aún podría disponer sobre lo justo y equitativo que deba ser administrado el presupuesto, porque este es concebido por la Constitución solamente como un instrumento,¹⁸ no tiene calidad de ley y la Corte Constitucional no tiene competencias sobre la declaratoria de constitucionalidad o inconstitucionalidad sobre instrumentos que no tienen carácter normativo.¹⁹ Como información adicional, se observa que el presupuesto de Ecuador no define con claridad el monto asignado para la implementación de políticas destinadas a garantizar el cumplimiento de los derechos ciudadanos. Los datos disponibles resultan dispersos, ambiguos y de difícil interpretación.²⁰

En el caso que atañe la redacción de este artículo, el derecho a la educación superior debería estar satisfecho por el Estado y, pese a que en la Constitución el legislador dispone que el Estado garantiza que instituciones públicas de educación superior estén financiadas y que este financiamiento conste además en los gastos y proyecciones de la erogación presupuestaria, ello no sucede siempre. Por ejemplo, en Ecuador se han suscitado algunos acontecimientos que han sido la excusa para que el gobierno recorte este presupuesto

17 Corte Constitucional de Sudáfrica, *Sentencia CCT 11/00*, caso Irene Grootboom y otros vs. Gobierno de la República de Sudáfrica, 4 de octubre de 2000, párrs. 40-62, <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2000/19.pdf>

18 Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 292.

19 María del Carmen Monteros Montaña, *La autonomía universitaria en el Ecuador antes y después de la Universidad Andina Simón Bolívar* (Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2020).

20 Ministerio de Economía y Finanzas, *Proforma presupuestaria 2019*, Ecuador, 31 de octubre de 2018, https://www.finanzas.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2018/11/Presentaci%C3%B3n-Pro-forma-2019_AsambleaNacional.pdf

destinado al derecho en materia de este análisis.²¹ El Estado no siempre puede garantizar este financiamiento y no ha sido prioridad del aparataje estatal hacerlo por diversas situaciones: políticas, económicas y coyunturales. La Ley Orgánica de Educación Superior en su artículo 23, establece que es el Estado el que garantizará el financiamiento de las instituciones públicas de educación superior y que éste debe constar obligatoriamente en el presupuesto que es aprobado con periodicidad anual.²² No se establece el monto o porcentaje del presupuesto que se debería destinar a las instituciones de educación superior, situación que resulta imprescindible para que no se vulnere la asignación y con ello no se tergiverse el destino presupuestario para tal fin.

La no adecuación del porcentaje que debe ser destinado a la educación superior desde el presupuesto general con el que cuenta el Estado año tras año, no permite que se pueda tener una solución cuando la reducción de este afecta seriamente la garantía del acceso al derecho a la educación superior. Sino se puede saber el monto aproximado que el Estado destinará a las instituciones cada año, y éste sufre una reducción, ello causará una repercusión negativa no solo económica, sino a nivel administrativo y también en la correcta satisfacción del derecho a la educación para el Estado.

Es preciso mencionar un aspecto importante en este apartado: la economía juega un rol inmanente en la efectividad y garantía de los principios, en este caso la autonomía universitaria necesita imperiosamente del factor económico para poder ser reconocido.²³ Pero ¿Qué es autonomía universitaria? A breves rasgos podremos describir a la autonomía universitaria como un concepto polisémico que forma parte de un proceso histórico por la capacidad que tienen los estamentos que conforman las instituciones de educación superior para decidir y gobernar en tres niveles: en primer lugar, académico, que es el que convoca la esencia de la universidad desde la historia; en segundo lugar, administrativo y finalmente, a nivel financiero.²⁴ Este principio se complementa con el aspecto económico. Se necesita financiar a la universidad dentro del Estado con rentas propias y permanentes que puedan ser recibidas sin condicionamientos²⁵ determinantes. Además, las instituciones de educación superior deben tener la capacidad de disponer de sus ingresos y administrar sus egresos.²⁶

21 Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 357.

22 Ecuador, *Ley Orgánica de Educación Superior*, Registro Oficial 298, 12 de octubre de 2010, art. 23.

23 Ibid., art. 351.

24 Diana Soto, “La Autonomía en la Universidad Colombiana. Nuevo Reyno de Granada”, en *Autonomía y Modelos Universitarios en América Latina*, (León: Universidad de León, 2007), p. 135-7.

25 María del Carmen Monteros Montaña, *La autonomía universitaria en el Ecuador antes y después de la Universidad Andina Simón Bolívar* (Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2020).

26 Enrique Ayala, *La Universidad Ecuatoriana entre la Renovación y el Autoritarismo* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar/ Fundación Hernán Malo/ Corporación Editora Nacional, 2015) 21.

Por todo lo que se ha mencionado hasta aquí, resulta importante que a continuación analicemos de qué hablamos cuando hablamos de presupuesto estatal.

El presupuesto General del Estado, algunas cuestiones centrales

Bien lo manifiesta Héctor Villegas en su *Manual de Finanzas Públicas*: “Así como todos los caminos conducen a Roma, todas las actividades financieras del Estado conducen al presupuesto, único instrumento que les proporciona vida legal”.²⁷ En materia financiera, los Estados tienen una acción planeada del conjunto de sus gastos y sus recursos, previstos de forma previa, generalmente para un año. Ningún gasto puede ser efectuado ni ningún ingreso percibido fuera de los que incluya este plan que es el presupuesto.²⁸

Con ese antecedente, el presupuesto puede ser entendido como una operación financiera de cálculo, en dos ámbitos: uno de control y evaluación del ejercicio financiero anterior; y, el segundo proyectando los ingresos y egresos para lo futuro. Este segundo ámbito comprende al primero cuyo objetivo es ser justificado y validado por diversos medios instrumentales y legales para que ingresos y egresos se mantengan siempre dentro de los límites financieros y monetarios obligatorios.²⁹ Su raíz es una decisión política que se exterioriza en un acto jurídico.³⁰ El presupuesto se rige por los siguientes principios: equilibrio, universalidad, unidad y anualidad. Además, para que el presupuesto funcione debe ser una ley que establezca parámetros claros, procesos democráticos, participativos y transparentes de aprobación, ejecución y control.³¹ Su calidad es fundamental en un Estado, trasciende lo financiero para abarcar otros ámbitos de naturaleza política, económica y social.³²

El presupuesto de acuerdo con la doctrina moderna es un factor imprescindible para el encauzamiento y aceleración de la realización de los planes y programas del desarrollo económico.³³

27 Héctor Villegas, *Manual de Finanzas Públicas* (Buenos Aires: Depalma, 2000), 369.

28 *Ibid.*

29 Eddy de la Guerra, *El rol de los ingresos tributarios en las finanzas públicas ecuatorianas* (Quito: CEP, 2013), 19.

30 Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 373.

31 Héctor Villegas, *Manual de Finanzas Públicas* (Buenos Aires: Depalma, 2000), 379-80.

32 José María Martín, “Ciencia de las finanzas públicas”, en *Manual de Finanzas Públicas*, Héctor Villegas (Buenos Aires: Depalma, 2000), 373.

33 Ministerio de Economía y Finanzas, *Proforma presupuestaria 2019*, Ecuador, 31 de octubre de 2018, https://www.finanzas.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2018/11/Presentaci%C3%B3n-Pro-forma-2019_AsambleaNacional.pdf

Es importante expresar que todas las actividades del Estado están sujetas a los recursos de los que se dispone en el presupuesto, pues en él constan cuáles son las prioridades y decisiones que ha realizado el Estado para determinar qué necesidades va a cubrir con el gasto de esos recursos.

En el Ecuador el presupuesto, según lo que establece nuestra Constitución, es el instrumento que contempla la determinación y gestión de los ingresos y egresos del ente público.³⁴ Este instrumento es elaborado por la función ejecutiva mediante proforma presupuestaria anual y programación presupuestaria cuatrianual presentadas a la Asamblea, órgano que aprobará o en su defecto observará dichas proformas.³⁵ Es decir que el presupuesto en nuestro país no es una ley sino un instrumento. Documento que ni siquiera el legislativo puede modificar según lo establecido en el artículo 295 de la Constitución,³⁶ solamente lo puede observar ateniéndose a los ingresos y gastos contemplados, sin alterar la proforma en su totalidad.³⁷

El presupuesto del Estado ecuatoriano debe contemplar el monto que destina a la satisfacción de los derechos consagrados en nuestra Constitución, entre ellos el derecho a la educación superior. Es aquí en donde enfrentamos el gran problema ya mencionado por Stephen Holmes y Cass R. Sustein en su obra *El costo de los derechos*:³⁸ todos los derechos cuestan.

El Estado constitucional de derechos y justicia presenta como particularidad superior de su régimen jurídico que los derechos consagrados en la Constitución son justiciables, es decir que pueden ser exigidos por vías legales, usando los mecanismos previstos en la misma Constitución y en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. El problema en el caso del Ecuador es que cuando estas demandas llegan a manos de los jueces y se dispone en sentencia que se cumpla o se satisfaga un derecho, lo hacen la mayor parte de las veces sin definir la vía de reparación y cumplimiento del derecho, o bien cuando lo hacen, la realidad es que en muchas ocasiones la situación económica de las diferentes instituciones no permite el inmediato cumplimiento de las disposiciones judiciales.³⁹ La exigibilidad de cumplimiento o reparación del derecho vulnerado suele ser la parte difícil del esquema jurídico, pues es parte de las obligaciones contraídas por los Estados respetar los derechos humanos, protegerlos, cumplirlos y hacerlos cumplir. Ya lo había dicho Corti:

34 Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 292.

35 Ibid., arts. 293, 294, 295.

36 Ibid. 295.

37 Eddy de la Guerra, *El rol de los ingresos tributarios en las finanzas públicas ecuatorianas* (Quito: CEP, 2013), 23.

38 Stephen Holmes y Cass R. Sustein, *El costo de los derechos: por qué la libertad depende de los impuestos* (Buenos Aires: Siglo veintiuno editores, 2011), 1-50.

39 Stephen Holmes y Cass R. Sustein, *El costo de los derechos: por qué la libertad depende de los impuestos* (Buenos Aires: Siglo veintiuno editores, 2011).

“la escasez de recursos no exime a los Estados de ciertas obligaciones mínimas esenciales en la aplicación de los derechos económicos, sociales y culturales”.⁴⁰

Es por esto que, el estudio de los derechos que cubre el paraguas de la Constitución va más allá de la comprensión de las páginas de la norma fundamental, resultando necesario un serio análisis sobre cómo y cuántos recursos se destinan a asegurar el cumplimiento de los derechos consagrados en el cuerpo normativo superior del Estado.

Disminución del monto presupuestario destinado a la educación superior para el año 2019

En la proforma del presupuesto general del Estado para el año 2019 se registró una reducción en comparación con la de 2018. Esta reducción fue de USD 427 millones⁴¹ en total, considerando que en el año 2018 el presupuesto fue de USD 31 746 millones y para el 2019 el presupuesto se redujo a USD 31 318,8 millones.⁴²

El monto que debía destinarse a las instituciones de educación superior también se vio afectado en una reducción importante de USD 1443,04 millones en el año 2018 a USD 145,1 millones para el año 2019.⁴³ Si el presupuesto general se reduce es lógico que se reduzca también el monto destinado para satisfacer algunos derechos, como ya lo dijimos antes: los derechos cuestan. Huelga decir que, esta falta de previsión se da a su vez porque si el gobierno se mantuviera en su posición de no reducción de presupuesto para satisfacer algunos derechos, la garantía de otros se vería potencialmente afectada, entre otros derechos: vivienda, salud, acceso a la justicia, derecho al agua y en general una amplia gama de los derechos económicos sociales y culturales reconocidos como derechos humanos.

40 Horacio G. Corti, “Ley de presupuesto y derecho fundamentales: los fundamentos de un nuevo paradigma jurídico- financiero”, en *El derecho del gasto público. Especial referencia a los derechos económicos, sociales y políticos*, ed. José Vicente Troya (Bogotá: Temis, 2014), 29.

41 María del Carmen Monteros Montaña, *La autonomía universitaria en el Ecuador antes y después de la Universidad Andina Simón Bolívar* (Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2020).

42 Ministerio de Economía y Finanzas, *Proforma presupuestaria 2019*, Ecuador, 31 de octubre de 2018, https://www.finanzas.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2018/11/Presentaci%C3%B3n-Pro-forma-2019_AsambleaNacional.pdf

43 Mariela Rosero y Valeria Heredia, “USD 145,1 millones menos para universidades, en proforma presupuestaria 2019”, *El Comercio*, 8 de noviembre de 2018.

No está establecido ni en la Constitución⁴⁴ ni en la Ley Orgánica de Educación Superior⁴⁵ el porcentaje que debería destinarse para garantizar el acceso a la educación superior y esto es un vacío que existe en la ley, porque como hemos visto la Constitución y la LOES sí prevén que las personas del Estado accedan a este derecho. El profesor José Vicente Troya Jaramillo dice al respecto: los ciudadanos tienen derecho a exigir la ejecución del gasto público y es el Estado el que tiene la obligación de efectuarlo.⁴⁶

Para este análisis es imperioso tener en cuenta que las universidades que son las instituciones que permiten el acceso al derecho a la educación superior están constantemente sometidas a evaluación y control, que implica a su vez una erogación importante de recursos por parte de las instituciones de educación superior para lograr garantizar que se cumplan todos los estándares y criterios de evaluación que exige el Consejo de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Superior (CACES) en sus modelos de evaluación.

El CACES contempla rigurosos criterios para autorizar y clasificar a las universidades en sus diferentes categorías, entre ellos se tiene: contar con docentes que cursen y obtengan sus títulos doctorales, suficientes docentes con currículos acordes con los contenidos de las materias que deben impartir, estructura universitaria con requisitos mínimos, proyectos de vinculación que acrediten estándares especiales para lograr este nexo con la colectividad, apertura de oficinas en lugares diferentes a donde se encuentra la infraestructura universitaria, entre otros.

Resulta necesario poner en conocimiento del lector, que el gobierno del Ecuador, durante la década en que tuvo como primer mandatario a Rafael Correa, se instauró toda una estructura de control, normas, escalas, protocolos excesivamente burocráticos y técnicos a las instituciones de educación superior que afectaron a todos sus estamentos,⁴⁷ obligando a doblegar la evaluación, planificación y organización universitaria a los intereses políticos que, para ese entonces resultaban a su gobierno convenientes. Esto hizo que los derechos y garantías constitucionales para la universidad sean tenidas más bien como reglas de obediencia en un proceso de desmantelamiento de la autonomía que caracteriza a la universidad, como entidad libre pensante que ilumina a las necesidades sociales.⁴⁸

44 Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.

45 Ecuador, *Ley Orgánica de Educación Superior*, Registro Oficial 298, 12 de octubre de 2010.

46 José Vicente Troya Jaramillo, *El derecho del gasto público. Especial referencia a los derechos económicos, sociales y políticos* (Bogotá: Temis, 2014), 57.

47 Jaime Breilh Paz y Miño, “La universidad que pensamos y sus desafíos: crítica al modelo tecnoburocrático” en *Universidad, Estado y autonomía en las reformas universitarias en Ecuador (2009-2016): Extravíos, ilusiones y realidades*, comp. Santiago Cabrera Narváez, Cristina Cielo, Katia Moreno Yáñez y Pablo Ospina Peralta, editores (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador, 2017), pág. 24.

48 María del Carmen Monteros Montaña, *La autonomía universitaria en el Ecuador antes y después de la Universidad Andina Simón Bolívar* (Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2020).

La normativa y aparataje de control actualmente deberían ser revisados, puesto que mantener estas disposiciones implica que se utilicen recursos dinerarios y humanos con los que ni las universidades ni el Estado cuentan. No se tiene hasta el presente momento, cifras que reflejen si todo lo implementado desde la normativa a las instituciones de educación superior ha logrado que estas puedan cumplir con el objeto que persigue socialmente la universidad que es el de apoyar y transformar a la sociedad trabajando para que exista un progreso colectivo desde la ética, la ciencia, la equidad, y sobre todo la igualdad.⁴⁹ La introducción de cambios en el sistema, por pequeños que sean, pueden devenir en importantes transformaciones, profundas y la consecuente planificación de reformas estructurales, vanas y poco ordenadas.⁵⁰

De la lectura de este artículo posiblemente surjan al lector algunas interrogantes, entre ellas: ¿Cómo se propicia en el Estado el control del gasto público? ¿Los recursos entregados a las instituciones de educación superior son bien administrados? ¿Quién controla la transparencia del gasto y erogación de recursos del Estado a las instituciones de educación superior? Entre otras.

Es evidente para cualquier ciudadano que hay universidades que destinan correctamente los recursos que les son asignados, eso por los resultados que existen respecto al número de carreras que abren año tras año, la accesibilidad, la calidad de docentes que imparten los diferentes programas, la mejora de la infraestructura y más situaciones que ponen de manifiesto el buen uso de los recursos. No obstante, también se ven universidades en las que es evidente la falta de control del destino de los recursos públicos. No olvide el lector, que las instituciones públicas que imparten educación que es un derecho se financia con tributos que pagan los ciudadanos como contribuyentes tributarios del Estado y por lo tanto el gasto debería ser transparente.

Conclusiones

Del análisis realizado se pueden obtener algunas conclusiones ligadas al estudio del derecho constitucional y doctrinario que permite profundizar aspectos esenciales sobre asignaciones presupuestarias destinadas a garantizar un derecho determinado. En este caso en particular, sobre el derecho a la educación superior, se sabe que el monto que el presupuesto asignado a este derecho no está contemplado en porcentaje o cifra en ninguna ley. Por lo tanto, no

49 Jaime Breilh Paz y Miño, “La universidad que pensamos y sus desafíos: crítica al modelo tecnoburocrático” en *Universidad, Estado y autonomía en las reformas universitarias en Ecuador (2009-2016): Extravíos, ilusiones y realidades*, comp. Santiago Cabrera Narváez, Cristina Cielo, Katia Moreno Yáñez y Pablo Ospina Peralta (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador, 2017), pág. 24.

50 María del Carmen Monteros Montaña, *La autonomía universitaria en el Ecuador antes y después de la Universidad Andina Simón Bolívar* (Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2020).

obliga al Gobierno a conservar el monto asignado a las instituciones de educación superior en años anteriores, si el presupuesto general del Estado disminuye para el siguiente.

La segunda conclusión a la que se puede arribar es que es necesario tener en cuenta que el derecho a la educación superior es un derecho fundamental, contemplado como tal en diferentes instrumentos internacionales de derechos humanos. Este derecho humano debe ser satisfecho por el Estado por lo menos en un mínimo esencial. Además, es un derecho que está garantizado en nuestra Constitución y al que el Estado debe proteger y brindar acceso.

Por ello, una importante empresa en la que se debe incurrir es el analizar todas las políticas impuestas por el Gobierno anterior. Todas las evaluaciones a las que son sometidos los bachilleres para acreditar su aceptación en una institución de educación superior de cierta forma limitan la facultad de acceder a este nivel de estudios. Considero además que, si los bachilleres no logran ingresar a una institución de educación superior una vez que rindieron el examen, deberían tener una alternativa para poder continuar con sus estudios y no que se entorpezca de plano el ejercicio de este derecho.

Como tercera conclusión, se tiene que el análisis del presupuesto no se lo puede realizar tomando en cuenta solamente lo que dice la Constitución. Se debe analizar la complejidad de la estructura del presupuesto de un Estado, realizando además un examen de los fines que debe perseguir el mismo. En nuestro Estado es de mucha importancia que se estudie la conformación y constitución del presupuesto, así como también su naturaleza y calidad. Pues ¿Qué tan conveniente resulta que el presupuesto en un Estado sea simplemente un instrumento y no tenga calidad de ley para ser observado o impugnado? ¿Qué impacto o beneficio puede tener la planificación cuatrienal que se realiza en Ecuador? Este tipo de preguntas no son realizadas a diario y resultan importantes escenarios de debate y reflexión.

Todos los derechos deben estar contemplados en el presupuesto con la asignación de un monto para poder lograr su satisfacción y cumplimiento. No se puede esperar que los derechos solamente por el hecho de haber sido tipificados en la Constitución son materialmente exigibles, formalmente sí lo son, pero materialmente es difícil que un Estado que no cuenta con los recursos suficientes para garantizarlos los satisfaga y los proteja.

Finalmente, el postulado: no sin más resulta importante recaudar bien, sino gastar mejor.⁵¹ Esto es lo que pasa con el Estado ecuatoriano y todo el expendio del presupuesto, no solo para garantizar el acceso al derecho a la educación superior sino para garantizar que en efecto pueda ser un Estado de derechos. Una cosa es lograr recaudar los fondos para garantizar los derechos proclamados en la Constitución, y otra es saber administrar estos recursos de manera correcta. Con entidades que realicen una adecuada supervisión,

51 Eddy de la Guerra, *El deber de contribución al gasto público. Principios que lo informan y derechos del contribuyente* (México DF: Porrúa, 2018), 245.

que no se entienda hostigamiento, sino control del adecuado expendio de estos recursos a las entidades que están encargadas de brindar los servicios para satisfacerlos.

Sin más que añadir, espero este escrito sirva para aclarar de alguna forma el escenario descrito en la parte introductoria, contribuyendo de esta manera al fortalecimiento y desarrollo del debate legal y doctrinario de nuestro país.

Referencias bibliográficas

- Ayala Mora Enrique, “La Ley de Educación Superior: Entre la renovación y la imposición”, en *La Universidad Ecuatoriana entre la renovación y el autoritarismo, Aportes para la memoria y el debate*. Quito: Fundación Hernán Malo, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Corporación Editora Nacional, 2015.
- Breilh Paz y Miño, Jaime, “La universidad que pensamos y sus desafíos: crítica al modelo tecnoburocrático” en *Universidad, Estado y autonomía en las reformas universitarias en Ecuador (2009-2016): Extravíos, ilusiones y realidades*, compilado por Santiago Cabrera Narváez, Cristina Cielo, Kintia Moreno Yáñez y Pablo Ospina Peralta, editores. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador, 2017.
- Corti, Horacio G. “Ley de presupuesto y derechos fundamentales: los fundamentos de un nuevo paradigma jurídico-financiero”. En *El derecho del gasto público. Especial referencia a los derechos económicos, sociales y políticos*, editado por José Vicente Troya. Bogotá: Temis, 2014
- Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia T-799/98 (Definición núcleo esencial)*. Caso Francisco Javier de Alba Estren vs. Juzgado 6° Civil del Circuito de Barranquilla, 14 de diciembre de 1998. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-799-98.htm>
- Corte Constitucional de Sudáfrica. *Sentencia CCT 11/00*. Caso Irene Grootboom y otros vs. Gobierno de la República de Sudáfrica, 4 de octubre de 2000. <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2000/19.pdf>
- De la Guerra, Eddy, *El deber de contribución al gasto público. Principios que lo informan y derechos del contribuyente*. México DF: Porrúa, 2018.
- De la Guerra, Eddy, *El rol de los ingresos tributarios en las finanzas públicas ecuatorianas*. Quito: CEP, 2013.

- Ecuador. *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.
- Ecuador. *Ley Orgánica de Educación Superior (LOES)*. Registro Oficial 298, Suplemento, 12 de octubre (2010).
- Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías: La ley del más débil*. Madrid: Editorial Trotta, 2010.
- Holmes, Stephen; R. Sustain, Cass. *El costo de los derechos: por qué la libertad depende de los impuestos*. Buenos Aires: Siglo veintiuno editores, 2011.
- Ministerio de Economía y Finanzas. *Proforma presupuestaria 2019*. Ecuador, 31 de octubre de 2018. https://www.finanzas.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2018/11/Presentaci%C3%B3n-Pro-forma-2019_AsambleaNacional.pdf
- Monteros Montaña, María del Carmen. *La autonomía universitaria en el Ecuador antes y después de la Universidad Andina Simón Bolívar*. Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2020.
- Organización de las Naciones Unidas (ONU), Asamblea General. *Carta de las Naciones Unidas*. 26 de junio de 1945.
- Organización de las Naciones Unidas (ONU), Asamblea General. *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. 16 de diciembre de 1966.
- Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO). *Declaración Mundial sobre la Educación Superior en el siglo XXI: Visión y Acción*. París: UNESCO, 1998.
- Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO). *Marco de Acción Prioritaria para el Cambio y el Desarrollo de la Educación Superior*. París: UNESCO, 1998.
- Rosero, Mariela; Heredia, Valeria. “USD 145,1 millones menos para universidades, en pro forma presupuestaria 2019”, *El Comercio*, 8 de noviembre de 2018.
- Serrano, Sandra, y Daniel Vázquez. “Principios de aplicación”. En *Los derechos en acción: Obligaciones y principios de derechos humanos*, 1.ª ed. México: FLACSO, 2013. <http://www.jstor.org/stable/j.ctt16f8df1>
- Schwartz, Pedro. “Financiación universitaria y libertad de elección”. *Cuadernos de Pensamiento Político*, Vol. No. 25, Jan.–Mar., (2010).

■ María del Carmen Monteros Montaña

Soto, Diana. “La Autonomía en la Universidad Colombiana. Nuevo Reyno de Granada”.
En *Autonomía y modelos universitarios en América Latina*, compilado por Diana Soto,
León: Universidad de León, 2007.

Troya Jaramillo, José Vicente, *El derecho del gasto público. Especial referencia a los derechos económicos, sociales y políticos*. Bogotá: Temis, 2014.

Villegas, Héctor, *Manual de finanzas públicas*. Buenos Aires: Depalma, 2000.



Revista de Derecho Directum. Vol. 1, No. 2, pp. 57-76 julio-diciembre 2024
ISSN: 3028-8754. ISSN Elect. 3028-8762. Universidad Católica de Cuenca

Transacción en materia laboral ¿renuncia de los derechos del trabajador?

Transaction in Labor Matters: ¿Waiver of Workers' Rights?

Recepción: 13 de marzo de 2024

Revisión: 14 de abril de 2024

Aceptación: 05 de junio de 2024

Publicación: 22 de julio de 2024



<https://doi.org/10.17163/4567890.67890>

Luis Manuel Carpio Flores¹  

Universidad Católica de Cuenca, Ecuador

Correo: lcarpio@ucacue.edu.ec

ORCID: <https://orcid.org/0009-0006-5835-1446>

Manolo Eduardo Carpio Pinos²  

Universidad Católica de Cuenca, Ecuador

Correo: manolo.carpio@ucacue.edu.ec

ORCID: <https://orcid.org/0001-6588-9822>

Esteban Fabián Brito Quezada³  

Investigador independiente, Ecuador

Correo: fabianbrito04@gmail.com

ORCID: <https://orcid.org/0001-9712-5648>

- 1 Docente de la Universidad Católica de Cuenca.
- 2 Docente en la Universidad Católica de Cuenca, estudiante del doctorado en Derecho de la Universidad Autónoma de Nuevo León.
- 3 Investigador independiente.

Forma sugerida de citar:

Carpio, Luis., Carpio, Manolo., Brito, Esteban. (2024). Transacción en materia laboral ¿renuncia de los derechos del trabajador? *Revista de Derecho Directum*, n° 1(n°2),57-76.

Resumen

La presente investigación analizó la transacción como un método alternativo de solución de conflictos aplicado en el ámbito laboral, con el objetivo de determinar si la celebración de este acto transgrede el principio constitucional de irrenunciabilidad de los derechos del trabajador. Se concluyó que la esencia de este mecanismo radica en que las partes ceden parte de sus pretensiones para alcanzar un acuerdo que ponga fin al litigio. Esta situación representa una clara renuncia a los derechos y beneficios legales consagrados en la normativa interna a favor del trabajador, quien, tras la celebración de la transacción, queda limitado de acudir a la sede jurisdiccional para reclamar el cumplimiento de estos derechos. En consecuencia, se genera una trasgresión a una serie de preceptos y garantías de rango constitucional, tales como el acceso a la justicia, el derecho a la defensa y la tutela judicial efectiva.

Palabras clave

Transacción, renuncia, derecho laboral, empleador, trabajador.

Abstract

The present research analyzed the transaction as an alternative method of conflict resolution applied in the labor field, with the aim of determining whether the execution of this act violates the constitutional principle of the non-waivability of workers' rights. It was concluded that the essence of this mechanism lies in the fact that both parties relinquish part of their claims to reach an agreement that ends the dispute. This situation represents a clear waiver of the legal rights and benefits enshrined in domestic regulations in favor of the worker, who, after executing the transaction, is restricted from accessing the jurisdictional forum to claim the fulfillment of these rights. Consequently, this results in a violation of a series of constitutional provisions and guarantees, such as access to justice, the right to defense, and effective judicial protection.

Keywords

Transaction, Waiver, Labor Law, Employer, Worker.

Introducción

El ordenamiento jurídico ecuatoriano consagra como uno de los deberes primordiales del Estado es garantizar una cultura de paz. En este sentido se han implementado ciertos mecanismos jurídicos tendientes a dar cumplimiento a este precepto constitucional, a los cuales se ha denominado *métodos alternativos para la solución de conflictos*, mismos que tienen la finalidad de brindar una terminación pacífica y ágil a ciertos litigios que por su naturaleza son transigibles. Estos mecanismos tienen por objeto lograr que los litigantes, de forma voluntaria lleguen a un común acuerdo, que sea conveniente para las dos partes y que ponga fin al proceso, sin recurrir al desgaste judicial. Uno de estos mecanismos es *la transacción*, que se ha venido aplicando en materia laboral para resolver los conflictos existentes entre empleadores y trabajadores.

La transacción, en materia laboral, permite que entre empleador y trabajador realicen una especie de negociación sobre los rubros laborales reclamados, situación que, en la mayoría de los casos, hace que el trabajador se vea en la necesidad de aceptar el valor que el empleador esté dispuesto a cancelar para dar fin al conflicto, circunstancia que representa una evidente renuncia de los derechos del trabajador.

De esta forma, se produce una violación directa a preceptos constitucionales que fueron incorporados en la carta fundamental, para brindar una mayor protección al trabajador en su condición de parte vulnerable de la relación jurídica, tales como la intangibilidad y la irrenunciabilidad de sus derechos. En este sentido la presente investigación está orientada a determinar si, la transacción es un mecanismo idóneo para resolver los conflictos en materia laboral o, por el contrario, representa una trasgresión y un menoscabo a los principios y derechos inherentes a todo trabajador.

Para la realización de la investigación se utilizó un enfoque cualitativo, aplicando en primer momento una metodología analítica, en base a la cual se pudo recabar fuentes bibliográficas doctrinarias y normativas pertinentes al tema estudiado, para su posterior análisis. Finalmente, se aplicó un método propositivo que plantea una solución a la problemática evidenciada en el ámbito laboral ecuatoriano, relacionada con el uso de la transacción en materia laboral.

Antecedentes de la regulación del derecho laboral y algunos de sus principios

La regulación jurídica del derecho laboral es el resultado de una ardua y constante lucha de la clase obrera, quienes ante la degradación y circunstancias inhumanas a las que fueron sometidos durante décadas, exigieron condiciones dignas de trabajo. El primer hecho icónico y base de la positivización de normas laborales, fue la denominada Revolución

Industrial, en la cual aparecen aspectos concernientes a regular la remuneración y los accidentes de trabajo.⁴

A mediados del siglo XIX, la protección al trabajador se extiende a regular aspectos como la jornada laboral máxima, derecho a gozar de vacaciones y salario mínimo del trabajador. Situación que alcanzaría su auge en 1919, fecha en la cual aparece la Organización Internacional del Trabajo (OIT), como un ente eminentemente protector de los derechos del trabajador, mediante la cual se plasma la obligatoriedad de seguro social, mayor protección a la mujer embarazada y en periodo de lactancia, descanso semanal, y en general una serie de derechos que deben ser garantizados obligatoriamente por cada Estado.⁵

En el ordenamiento jurídico interno, el ámbito laboral —en sus inicios— era regulado como una relación contractual de carácter civil, denotándose la inexistencia de normas específicas e idóneas para esta materia. Su regulación era limitada y se encontraba contenida a través de reglamentos y leyes, hasta el año 1934, en el cual se implementa el primer Código del Trabajo. Ese cuerpo normativo integró varias normas adoptadas de legislaciones extranjeras conjuntamente con las ya existentes hasta esa fecha en Ecuador. Su entrada en vigencia tuvo varias reformas, siendo la más relevante la realizada en el año 2008, tras la promulgación de la actual Constitución. En esta última, se consagró la intangibilidad e irrenunciabilidad de los derechos laborales.⁶

El principio de intangibilidad de derechos

Etimológicamente el término intangible proviene del vocablo *intangibilem*, conjugado con los prefijos *in*, *tangibilis* y *tangere*, mismos que refieren aquello que no se puede, ni debe, tocar o modificar. En este sentido Ossorio menciona que “intangibilidad”, es “la integridad, y prohibición inexorable de palpar, quebrantar o profanar una cosa o de vulnerar un precepto, o de atentar contra alguien o contra algo”.⁷

Término que, en lo correspondiente a los derechos laborales, refiere a que las garantías, derechos y principios consagrados en la normativa interna de cada Estado y en los instrumentos internacionales en favor de los trabajadores —no pueden ser tocados ni modificados bajo ningún concepto— ni aun por acuerdo entre empleador y trabajador. Este principio se encuentra consagrado en el artículo 326, numeral 2 de la Constitución.

4 Guissepe Damato, *El Derecho Laboral en Colombia. Estudio de Antecedentes Historicos y Sociales*. (Barranquilla: Ediciones Universidad Simón Bolívar, 2020), 32.

5 Humberto Villasmil Prieto, “Pasado y Presente del Derecho Laboral Latinoamericano y las Viscitudes de la Relación de Trabajo”, *Revista latinoamericana de derecho social* 22 (2016): 11.

6 Hugo Gabriel Chiriboga Izquieta, Elizabeth Jiménez, y Paola María Toscanini Sequeira, “El Derecho Laboral como Herramienta Política. Una Mirada Histórica”, *Revista Universidad y Sociedad* 10, nro. 1 (2018): 232.

7 Gonzalo García Pino y Pablo Contreras, *Diccionario Jurídico Etimologías de Chile* (Santiago: Venice, 2014), 67.

Principio que comúnmente suele ser entendido como sinónimo de la irrenunciabilidad de derechos laborales, siendo de gran importancia indicar que, aun cuando ambos buscan otorgar mayor protección al trabajador en su calidad de parte vulnerable, la naturaleza de cada uno es distinta. La intangibilidad se refiere a que los derechos y beneficios legales consagrados en la normativa vigente a favor del trabajador no pueden ser alterados o modificados por la promulgación de una nueva norma. En este sentido, se debe entender que la creación de normas o reformas de carácter laboral siempre deben garantizar la protección progresiva de derechos, sin que estas representen retroceso o menoscabo en la protección otorgada al trabajador con el avance del tiempo. Sobre este aspecto, el artículo 11, numeral 8 de la Constitución determina la progresividad de los derechos.

De manera que, el principio de intangibilidad de derechos en materia laboral constituye un mecanismo jurídico que posee la finalidad de evitar que los derechos fundamentales, es decir, aquellos plasmados en la norma suprema o en instrumentos internacionales de derechos humanos, o, los otorgados por el empleador al trabajador en el desarrollo de la relación laboral, sean menoscabados, degradados, deteriorados o eliminados.

El principio de irrenunciabilidad de derechos

Etimológicamente el término “renunciar” proviene del vocablo latín *renuntiare*, el cual hace referencia al abandono o desistimiento voluntario de algo al que se puede acceder o hacer. Término que en el ámbito jurídico según el jurista peruano Luis Sirlopú Maita, es “el acto jurídico unilateral por el cual una persona manifiesta su voluntad de discontinuar permanente o temporalmente el goce de un derecho o de extinguir un vínculo jurídico”.⁸

En el ámbito laboral el principio de irrenunciabilidad es aquel que busca proteger al trabajador frente a posibles abusos de los empleadores, estableciendo un límite a la autonomía de su voluntad, en pro, de delimitar una esfera de actuación en la que este puede celebrar ciertos actos correspondientes al contrato individual de trabajo. En este sentido, la Constitución de la República, en su artículo 326.2 establece “los derechos laborales son irrenunciables e intangibles. Será nula toda estipulación en contrario”.⁹

Norma que deja entrever que el principio de irrenunciabilidad prohíbe al trabajador a tomar decisiones que afecten o deterioren los derechos y garantías laborales consagrados en la normativa interna y en los instrumentos internacionales en su favor, vetándolo de celebrar actos o acuerdos que representen la privación voluntaria de sus derechos, aun cuando se lo haga con la finalidad de generar beneficio propio. Jesús Miguel Chanamé, sobre el principio de irrenunciabilidad en materia laboral, menciona “supone la protección

8 Luis Gerardo Sirlopú Maita, “Aceptación y renuncia de herencia en el derecho peruano” (tesis de grado, Universidad Señor de Sipán, 2015),

9 Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, 101.

de derechos en materia laboral, por eso son inválidos los actos de renunciaciones de derechos no disponibles. Es decir, prohíbe que, por medio de un acto de disposición, el titular de un derecho renuncie a un derecho establecido en una norma imperativa”.¹⁰

De manera que, este principio tiene su marco de aplicación sobre los derechos consagrados en la normativa interna con carácter de imperativos, es decir, aquellos de obligatorio cumplimiento por parte de los empleadores, siendo nula toda estipulación en contrario. Denotándose que este principio posee una finalidad de notoria relevancia para la protección de los derechos del trabajador en su calidad de parte vulnerable.

Ahora bien, la Constitución ecuatoriana promulga una cultura de paz, y con el objetivo de materializar aquel postulado, da cabida a la aplicación de los medios alternativos de solución de conflictos, siendo uno de estos la transacción, misma que constituye un mecanismo plenamente aplicable para dar por terminado un conflicto laboral de manera ágil, siempre que exista acuerdo entre las partes litigantes. Situación que nos lleva a realizarnos la siguiente interrogante ¿la aplicación de la transacción en materia laboral, representa la renuncia de derechos del trabajador?

Teniendo presente que los derechos del trabajador son irrenunciables por mandato expreso de la Constitución de la República, resulta imperativo realizar un análisis minucioso sobre la naturaleza y límites bajo los cuales se debe realizar la transacción en materia laboral, en razón de poder emitir una respuesta correcta acerca de tal interrogante.

La transacción y su aplicación en materia laboral, análisis de sus principios

Etimológicamente el término transacción, proviene del vocablo *transigere*, el cual hace referencia al acuerdo o negociación mediante el cual dos o más personas, convienen dar por terminado un conflicto, por haberse tomado una decisión que resulta parcialmente favorable para sus derechos e intereses.

En este sentido, Ana María Cubillos define a la transacción como un tipo de contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una, alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado. De donde se deduce que son las mismas partes de la relación litigiosa las que ponen fin a la controversia, con los mismos efectos que la decisión de un juez; de ahí que se haya dicho con acierto que la transacción es un equivalente contractual de la sentencia.¹¹

10 Jesús Miguel Chanamé, “Cuando se aplica el principio de irrenunciabilidad de derechos laborales”, *Pasión por el Derecho*, 2021.

11 Ana María Cubillos Hernández y Nicolas Hoyos Alzate. “Análisis jurídico del acuerdo de transacción laboral en Colombia en torno a los derechos ciertos e indiscutibles” (tesis de posgrado, Universidad Libre, 2023), 82.

En este sentido la transacción en materia laboral, resulta ser un mecanismo legal que permite a empleador y trabajador, resolver conflictos de esta índole, de forma ágil, económica y sin ser necesario ventilarlo en una sede jurisdiccional. En palabras del jurista y doctrinario Mario Alberto Fornaciari, la transacción laboral es:

Un contrato donde las partes en uso de la llamada libertad negocian, someten una materia de origen laboral a la autocomposición de las partes, es decir, haciendo mutuas concesiones resuelven sus discrepancias vía contractual; su principal característica es que las partes disponen de las acciones renunciando a ellas y es allí donde juega un papel importantísimo la homologación de la autoridad laboral.¹²

Métodos que en la legislación ecuatoriana son garantizados por la carta fundamental, misma que en su artículo 190, dispone “se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir”.¹³

De similar forma el Código Civil ecuatoriano en su artículo 1583 contempla la transacción como una de las formas de extinguir las obligaciones, cuerpo normativo que en su articulado 2348, establece “transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente, o precaven un litigio eventual”.¹⁴

Por su parte, la carta magna ecuatoriana en su artículo 326, que trata específicamente sobre los principios en los cuales se sustenta el derecho al trabajo, en su numeral onceavo, dispone “será válida la transacción en materia laboral siempre que no implique renuncia de derechos y se celebre ante autoridad administrativa o juez competente”.¹⁵

En este sentido, es preciso indicar que la transacción resulta ser un mecanismo reiteradamente aplicado por los empleadores para resolver conflictos en materia laboral, situación que tiene como efecto la extinción de las obligaciones existentes hasta ese momento con respecto al trabajador. Sin embargo, en la actualidad, dicho método se aplica sin contar con las garantías necesarias que aseguren la correcta celebración del acto transaccional. Esto impide supervisar el respeto de los derechos del trabajador, quien es la parte vulnerable en esta relación jurídica. En consecuencia, no se verifica adecuadamente si el acuerdo alcanzado entre las partes implica una renuncia a los derechos del trabajador.

Es más que evidente que, en la realidad cotidiana enfrentada por los trabajadores, este principio resulta obsoleto y completamente irrespetado. Esto se debe a que el empleador, haciendo uso de su jerarquía, y peor aún, aprovechándose de la necesidad económica y desconocimiento del trabajador, realiza acuerdos en los cuales este, de forma tácita, indirecta

12 Mario Alberto Fornaciari, *Modos anormales de terminación del proceso*. (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1987), 126.

13 Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, 101.

14 Ecuador, *Código Civil*, Registro Oficial 46, Suplemento 24 de junio de 2005.

15 Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, 162.

y hasta cierto punto coaccionada, acepta recibir valores insignificantes con respecto a los que le corresponderían por la prestación de servicios realizada. Aspecto que a claras luces representa la renuncia de los beneficios que por ley le corresponden. Situación que —al quedar sentada por escrito— constituye un notorio impedimento para que el trabajador, luego de celebrada la transacción, pueda acceder a la vía jurisdiccional a reclamar el cumplimiento eficaz de sus haberes laborales, existiendo por tal, una evidente transgresión de este principio de rango constitucional.

Principios de la transacción en materia laboral

Por regla general, la transacción debería regirse a los principios rectores de la mediación y arbitraje. Sin embargo, dado que estos medios alternativos de solución de conflictos son dirigidos por una tercera persona ajena al litigio —árbitro o mediador—, encargada de orientar a las partes hacia un acuerdo pacífico, algunos de estos principios resultan inaplicables en el caso de la transacción. En este sentido, la transacción tiene como sus principales principios rectores en materia laboral, los siguientes:

- *Voluntariedad*: la celebración del acto transaccional entre empleador y trabajador debe ser realizado de forma libre y voluntaria. Para que dicho acto surta eficacia jurídica, es indispensable que el trabajador cuente con el conocimiento sobre los efectos que genera la celebración de un acuerdo transaccional. Mas importante aún, es que la voluntad del trabajador debe estar exenta de todo tipo de influencia externa o vicios, tales como: coacción, amenazas, presión física o psicológica, que lo obliguen a aceptar las condiciones impuestas por el empleador para transigir.
- *Reciprocidad*: la transacción en materia laboral implica que trabajador y empleador, cedan parcialmente sus pretensiones para dar por terminado o evitar un conflicto judicial. Es así como, el trabajador acepta recibir un valor inferior al pretendido, y el empleador por su parte debe aceptar tal rubro. En este sentido es claro, que la parte que resulta perjudicada es el primero, por cuanto, debe renunciar a parte de sus derechos para acceder a los valores que por ley le corresponde. Esto desnaturaliza el termino reciprocidad, por cuanto, el único beneficio en favor del trabajador seria recibir los valores exigidos de forma rápida, pero siendo requisito para aquello, la renuncia de sus derechos.¹⁶

16 Jorge Toyama Miyagusuku, “El principio de irrenunciabilidad de derechos laborales: normativa, jurisprudencia y realidad”, *Ius et veritas* 11, nro. 22, (2001), 164.

La transacción como excepción previa en el Código Orgánico General de Procesos

La entrada en vigor del Código Orgánico General de Procesos (COGEP) en el ordenamiento jurídico interno el 20 de mayo de 2016, representó un cambio radical en la sustanciación de los procedimientos civiles, laborales, administrativos, entre otros. Siendo uno de estos, la incorporación de las denominadas excepciones previas, como un mecanismo de defensa creado en favor de la parte demandada. En palabras del jurista José García Falconí, las excepciones previas, son un poder amplio cuyo ejercicio corresponde a quien es demandado o imputado en un proceso judicial, y que se satisface mediante la presentación de cuestiones jurídicas opuestas a las postuladas por el actor o acusador mediante el ejercicio de la acción¹⁷.

En la misma línea tenemos el criterio expresado por el reconocido jurista y doctrinario Eduardo J. Couture, quien sobre las excepciones previas menciona: “Si la acción es, como decíamos, el sustitutivo civilizado de la venganza; la excepción, es el sustitutivo civilizado de la defensa. El actor ataca mediante su acción y el demandado se defiende mediante su excepción”.¹⁸

Es así que las excepciones previas son aquellos mecanismos jurídicos consagrados en el marco normativo interno, con la finalidad de que la parte demandada ejerza oposición a las pretensiones planteadas por la parte actora, atacando los yerros existentes en los aspectos de forma de la demanda; lo cual permite al demandado retardar, desviar o incluso impedir la tramitación del proceso.

Doctrinariamente se distingue la existencia de dos tipos de excepciones procesales —previas— teniendo por un lado las denominadas perentorias y por otra las dilatorias. Con respecto a las segundas, la doctrina señala que están sería en su esencia verdaderas excepciones previas, por cuanto, tienen por finalidad depurar el proceso, exigiendo que la parte actora enmiende posibles vicios de procedimiento, generando como efecto jurídico la postergación del proceso mientras se enmiendan los errores.

Por su parte, las denominadas perentorias, resultan más drásticas, ya que, su finalidad es terminar el proceso, invocando circunstancias específicas que tiene por finalidad extinguir el derecho reclamado. En este sentido, Eduardo Couture, menciona “las excepciones perentorias no son defensas sobre el proceso sino sobre el derecho. No procuran la depuración de elementos formales de juicio, sino que constituyen la defensa de fondo sobre el derecho cuestionado”.¹⁹

17 José García Falconí, *Excepciones Previas* (Quito: Corporación Nacional, 2018), 25.

18 Eduardo J. Couture, *Derecho procesal civil: Fundamentos del Derecho Procesal Civil* (Montevideo: Depalma, 2007), 90.

19 Eduardo J. Couture, *Derecho procesal civil: Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, (Montevideo, Uruguay,

El COGEP, en su articulado 153 consagra una serie de excepciones, siendo algunas de estas, subsanables “dilatorias” y otras subsanables “perentorias”, como lo es la transacción, misma que la encontramos plasmada en el numeral noveno del artículo invocado²⁰. En este sentido, es evidente que la celebración de un acto transaccional en materia laboral genera el efecto de *cosa juzgada*. Es decir, lo recogido en el acuerdo realizado entre empleador y trabajador, queda en firme sin que sea susceptible de reclamación posterior. Por tanto, el trabajador queda impedido de interponer otras instancias o recursos, siendo la única opción, solicitar la ejecución de este en sede jurisdiccional, ante un posible incumplimiento.

Análisis del recurso de casación dentro del proceso Nro.- 11371202200142, tramitado por la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia de Ecuador

Comparece a la administración de justicia el señor Pedro Mayo Patiño, en calidad de extrabajador de la Empresa Pública de Vialidad del Sur (VIALSUR E. P.), y demanda el reconocimiento de jubilación conforme dispone el artículo 23 inciso segundo del Décimo Octavo Contrato Colectivo de Trabajo, celebrado entre el Gobierno Provincial de Loja y la empresa en la cual presto sus servicios, esto es, el valor de siete salarios unificados del sector privado, por cada año de servicio. Al respecto VIALSUR E. P., comparece al proceso y da contestación a la demanda interpuesta por el señor Mayo Patiño, planteando como excepciones previas: primero, existencia de convenio de mediación, segundo, cosa juzgada.²¹

En fecha 07 de junio de 2023, se lleva a cabo la audiencia única en la Unidad Judicial de Trabajo del Cantón Loja, en la cual las excepciones previas planteadas por la parte demandada son aceptadas por el juzgador, quien, en la parte resolutive de la sentencia, refiere la existencia de un convenio de mediación celebrado entre el señor Pedro Mayo Patiño y VIALSUR E. P., mediante el cual, recibió la suma de 53 100 dólares americanos, por los 32 años, 1 mes y 15 días laborados en dicha empresa, a concepto del beneficio establecido en el artículo 23 del referido Décimo Octavo Contrato Colectivo de Trabajo. Sentencia que fue confirmada en fecha 31 de agosto de 2023, por la Sala Especializada de lo Civil, Mercantil, Laboral, Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia de Loja, misma que en la parte resolutive de la sentencia del recurso de apelación, indica que la existencia de un convenio de mediación tiene efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada.

2007), 107.

20 Ecuador. *Código Orgánico General de Procesos*, Registro Oficial Suplemento 506 de 22 mayo de 2015, última modificación: 21 agosto de 2018.

21 Ecuador, Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Laboral, *Recurso de Casación No. 11371-2022-00142*, 22 de mayo de 2022.

En fecha 05 de diciembre de 2023, el accionante interpone recurso de casación alegando que las sentencias de primera y segunda instancia vulneran sus derechos consagrados en los artículos 11 numerales, 4, 5 y 6; 190; 326, numerales 2, 3, 11; y 427 de la Constitución de la República. Artículo 4 del Código de Trabajo. Artículos 43 y 47.4 de la Ley de Arbitraje y Mediación, y, artículos 3, 4 y 23 del Décimo Octavo Contrato Colectivo de Trabajo celebrado entre el Gobierno Provincial de Loja y sus Empresas Públicas y el Comité Central Único de los Obreros del Gobierno Provincial de Loja y sus Empresas Públicas (Recurso de Casación).²² Siendo el día y hora señalado para la realización de la audiencia de casación, el accionante fundamenta su recurso de apelación, indicando:

- Existe un convenio de mediación celebrado entre el recurrente y representantes de VIALSUR E. P., en el Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado de la ciudad de Loja.
- Indica que los jueces de apelación realizan una errónea interpretación del artículo 190 de la Constitución de la República, así como de los artículos 43 y 47 de la Ley de Arbitraje y Mediación, por cuanto, determinan que dada la existencia de un acta de mediación el empleador, no puede ser juzgado dos veces, ya que el acta surte efecto de cosa juzgada.
- Que, al tratarse de derechos establecidos en la contratación colectiva, constituyen derechos adquiridos por concepto de jubilación conforme lo establece el inciso segundo del artículo 23 del contrato colectivo y, por ende, son irrenunciables e intransigibles.
- Que la mediación es método alternativo para la solución de conflictos que puede ser aplicado únicamente en materia transigible, y que al ser los derechos del trabajador irrenunciables e intransigibles, toda estipulación en contrario es nula.
- Que el acta de mediación presentada por la parte demandada es contraria a la Constitución, puesto que, contiene renuncia de derechos, además que por regla general todo asunto de naturaleza transigible puede ser resuelto por un mediador, pero que en materia laboral existe una excepción, pues, la celebración de un acuerdo no puede representar el menoscabo o renuncia de los derechos del trabajador.
- Que el tribunal de apelación incurrió en una errónea interpretación del artículo 190 de la CRE, y además no aplicó los preceptos constitucionales de irrenunciabilidad e intransigibilidad de los derechos laborales, y que por tal razón no se tuteló de manera eficaz, directa y efectiva los derechos adquiridos por el accionante a través de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 23 del contrato colectivo, a con-

22 Ecuador, Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Laboral, *Recurso de Casación No. 11371-2022-00142*, 22 de mayo de 2022.

- cepto de jubilación, esto es, el derecho a percibir 7 SBU por cada año de servicio.²³
- VIALSUR E. P., a través de su procurador judicial contesta el recurso de casación, alegando:
 - Que existe un acuerdo de mediación a través del cual las partes pactaron el pago de la suma de 53 100 dólares americanos, por concepto de jubilación, y que del libelo de la contestación a la demanda se ha interpuesto la excepción previa consagrada en el numeral 10 del artículo 153 del COGEP.
 - Que el artículo 47 de la Ley de Arbitraje y Mediación dispone que en el acta en que conste acuerdo tiene efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada, resultando improcedente cualquier tipo de acción en el sistema de justicia ordinario.
 - Que, la Resolución de la Corte Nacional nro. 12-2017, respecto a las excepciones previas de acuerdo o convenio de mediación o arbitraje, determina que es la propia carta magna la que consagra la posibilidad de resolver los conflictos transigibles de esta manera, por lo que no existe vulneración de preceptos constitucionales.
 - Que existe un acuerdo de mediación celebrado legítimamente, el cual al amparo de lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley de Mediación y artículo 190 de la Constitución tiene efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada, por lo que, solicita que se deseche el recurso y se confirme la sentencia venida en grado.

La Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia luego de fijar como problema jurídico a ser resuelto, el siguiente:

Determinar si en la sentencia impugnada, existe la transgresión directa de normas sustantivas al haber desconocido que los derechos laborales son irrenunciables y que no se podía aceptar la excepción previa de cosa juzgada y existencia de un convenio de mediación cuando se estaría desconociendo los derechos adquiridos de los ex trabajadores de la empresa pública VIALSUR E. P.

Y posterior a realizar el correspondiente análisis de las normas que la parte accionante considera infringidas en la sentencia del tribunal de apelación, emite su resolución, motivando la misma en base a las siguientes consideraciones:

1. Indica que el artículo 190 de la Constitución de la República consagra la mediación y arbitraje como medios alternativos para la solución de conflictos, mismos que aplicaran con sujeción a la ley en las materias en que por su naturaleza se puedan transigir.
2. Indican que el artículo 47 de la Ley de Arbitraje y Mediación en su parte pertinente dispone que el procedimiento de mediación concluye con la firma del acta en la

23 Ecuador, Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Laboral, *Recurso de Casación No. 11371-2022-00142*, 22 de mayo de 2022

- que conste el acuerdo total, parcial o en su defecto la imposibilidad de lograrlo.
3. En caso de acuerdo, el acta respectiva contendrá por lo menos una relación de los hechos y las obligaciones a cargo de cada una de las partes, con las firmas de los intervinientes.
 4. Por la sola firma del mediador se presume que el documento y las firmas contenidas en este son auténticas. El acta de mediación en que conste el acuerdo tiene efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada.
 5. Citan además la Resolución No. 12-2017 de la Corte Nacional de Justicia, misma que trata sobre la excepción previa de existencia de convenio, compromiso arbitral o convenio de mediación, sobre la cual indica, que esta tiene como fundamento la decisión de las partes de excluir un eventual litigio de conocimiento de la justicia ordinaria, lo cual se encuentra protegido por la propia Constitución de la República.
 6. Indican también que el artículo 7 de la Ley de Mediación y Arbitraje nacional, impide que aquellas controversias que han sido resueltas a través de mediación o arbitraje sean conocidas por la justicia ordinaria, pues, la norma referida de forma clara y expresa dispone que los Jueces deberán inhibirse de conocer demandas originadas de hechos resueltos mediante arbitraje.
 7. Citan el artículo 326 numeral 11 de la Constitución de la República, señalando que dicha norma consagra la transacción como un medio válido para resolver asuntos laborales siempre que no represente la renuncia de derechos y sea celebrada ante la autoridad competente.
 8. Así mismo citan la sentencia de la Corte Constitucional de Nro. 1713-IS/21 del 11 de agosto de 2021, en la cual se estableció que la renuncia de derechos del trabajador establecida en el artículo 326.2 de la norma constitucional, refiere a la renuncia pura y simple, es decir, aquella con la cual el trabajador acepta negociaciones sin que medie contraprestación alguna a su favor, generándose un perjuicio directo a sus intereses, mas no a la aplicación de métodos de solución de conflictos garantizados por la misma Constitución, mediante los cuales el trabajador puede disponer de sus derechos a cambio de una contraprestación.²⁴

La sala especializada de lo laboral de la Corte Nacional de Justicia, tomando como base las normas referidas para motivar su decisión, de forma concreta emite su resolución manifestando que en el referido caso existe un acuerdo de mediación de Nro. 0090CMAT2020LOJ, celebrado en fecha 24 de junio de 2020, mismo que fue celebrado ante autoridad competente, es decir, es un documento con plena validez legal.

24 Ecuador, Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Laboral, *Recurso de Casación No. 11371-2022-00142*, 22 de mayo de 2022

Los miembros de la sala en síntesis, sostienen la mediación es un método de solución de conflictos consagrado y tutelado por la Constitución, mismo que se cimenta en la autonomía de voluntad de las partes, quienes de forma libre convienen excluir su controversia de conocimiento de la justicia ordinaria, y que en el caso analizado la parte demandada ha justificado la existencia y legalidad de este convenio de mediación celebrado entre las partes, a través del cual la parte actora recibió la suma de 53 100 USD como contraprestación por los servicios prestados.

En este sentido resuelven desechar el recurso de casación presentado, manifestando que la excepción previa planteada por la parte demandada es procedente y que el acta de mediación constante del proceso surte efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada, razón por la cual los miembros de la sala laboral no pueden resolver asuntos que ya fueron resueltos por un medio alternativo de solución de conflictos.

Análisis crítico del caso respecto de la transacción y los principios en materia laboral

De la motivación expresada por los jueces miembros de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, para emitir la resolución sobre el caso analizado, es evidente que los mismos cimentan su decisión en la existencia de un acuerdo de mediación celebrado entre las partes, a través del cual el trabajador recibió la suma de 53 100 USD como contraprestación por los servicios prestados.

En este sentido, el principal argumento aplicado por los juzgadores para emitir el fallo, es que la existencia de un convenio arbitral o de mediación genera efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada, particular que impide que los juzgadores de la justicia ordinaria puedan conocer controversias que han sido resueltas a través de un medio alternativo de solución de conflictos, argumento que resulta muy limitado y hasta cierto punto errado, ya que, aplican normas de rango legal —Ley de Arbitraje y Mediación y COGEP—, para emitir su decisión, sin analizar el fondo del asunto litigioso, es decir, sin que exista una certeza si en realidad la celebración de acuerdo de mediación representa o no la renuncia de los derechos adquiridos por el trabajador.

Al respecto, correspondía a los juzgadores analizar objetivamente el caso concreto, para emitir una decisión correcta y justa, pues, si bien existen normas que limitan la competencia de los jueces de la justicia ordinaria, cuando ha mediado la aplicación de un método alternativo de solución de conflictos, este aspecto, no constituye fundamento suficiente para no analizar, si realmente existió o no la renuncia de los derechos del trabajador.

En el caso analizado, el inciso segundo del artículo 23 del Décimo Octavo Contrato Colectivo de Trabajo celebrado entre el Gobierno Provincial de Loja y sus empresas públicas con el Comité Central Único de Obreros VIALSUR E. P. (parte demandada), dispone

que el obrero que renuncie o acceda al retiro voluntario para acogerse a la jubilación del IESS, será beneficiario de una contraprestación y SBU del sector privado por cada año de servicio.

En la especie, el trabajador laboro en VIALSUR E. P., durante 32 años, 1 mes, 15 días, y teniendo presente que el SBU vigente para fecha (2020) en la que el trabajador se retira de la empresa, era de 400 dólares americanos, el valor que debía recibir ascendía a 89 600 USD, evidenciándose una notoria diferencia económica con respecto a la que el trabajador debía recibir por el tiempo de servicios.

Con base en lo señalado es importante cuestionarnos, si, en realidad existe o no renuncia de los derechos del trabajador cuando existe una negociación “acuerdo de mediación”, en el cual únicamente es el trabajador quien dispone de sus derechos, accediendo a recibir un valor disminuido casi al 50 % del valor que por ley le correspondía recibir por el tiempo laborado. Siendo totalmente evidente que efectivamente *sí existe* una renuncia de derechos, por cuanto, la esencia misma de la negociación es que ambas partes cedan o limiten sus pretensiones, a efecto de llegar a un punto medio en el cual ambas pretensiones quedan satisfechas.

Situación que acontece de idéntica forma en los actos transaccionales celebrados en materia laboral, en los cuales, el trabajador es el único que cede sus pretensiones pecuniarias, ya que, recibe rubros inferiores a los que le correspondería por mandato legal, siendo evidente la renuncia legalizada o hasta cierto punto maquillada, de los derechos del trabajador en aquellos casos resueltos mediante métodos alternativos de solución de conflictos como lo es la transacción, situación cuya realidad queda claramente evidenciada en la sentencia analizada.

Por cuanto, el caso en referencia llegó a conocimiento del más alto tribunal de justicia ordinaria como lo es la Corte Nacional de Justicia, en la cual, por el contrario de proteger y tutelar correctamente los derechos del trabajador evitando exista renuncia de sus derechos, emiten una escueta resolución fundamentada disposiciones de rango legal (art.- 153.10 del COGEP y art. 7 de la Ley de Arbitraje), haciendo que esta prevalezca por encima de disposiciones, principios y derechos fundamentales.

Denotando la necesidad de que el ordenamiento interno regule de forma eficaz la aplicación de los métodos alternativos de solución de conflictos en materia laboral, tutelando de forma priorizada a la parte más vulnerable como lo es el trabajador, y principalmente evitando la existencia de este tipo de actos, a través de los cuales de forma maquillada el trabajador renuncia a sus derechos, quedando totalmente impedido de acceder a la justicia ordinaria a efecto de poder exigir el cumplimiento de los mismos, como aconteció en el caso analizado.

De lo analizado en la presente investigación se denota que la Constitución de la República del Ecuador promulga una cultura de paz, y para dar cumplimiento a esta

premisa consagra los denominados métodos alternativos de solución de los conflictos como aquellos mecanismos con plena validez jurídica para resolver diversos tipos de problemas de carácter transigible. Siendo uno de estos la transacción, misma que según lo establece nuestra carta magna, es válida en materia laboral para dar por terminado diversas controversias suscitadas entre empleador y trabajador, siempre que no represente la renuncia de los derechos del trabajador.

De igual manera, la carta magna nacional establece la irrenunciabilidad de los derechos del trabajador, como uno de los principios más importantes y rigurosos para otorgar una protección eficaz al segundo, en su calidad de parte vulnerable de esta relación. Es así que este busca evitar, que ni aun por voluntad del trabajador, sus derechos y beneficios legales sean susceptibles de renuncia alguna.

Principios que resultan notoriamente violentados en la legislación interna, ante la celebración de un acuerdo transaccional en materia laboral, puesto que, la naturaleza misma de la transacción como un medio alternativo de solución de conflictos, tiene por objeto que las partes cedan, parte de sus pretensiones para dar por terminado, o evitar un conflicto en sede judicial.

En este sentido, es preciso mencionar que la necesidad económica extrema que enfrentan la mayor parte de trabajadores a nivel nacional, acompañado del desconocimiento del trabajador sobre sus derechos y recursos legales, constituyen los factores originadores de que el trabajador acepte todas las condiciones generalmente de carácter impositivo por la parte empleadora, para llegar a un acuerdo y terminar el conflicto de forma presionada y hasta cierto punto, coaccionada.

Al respecto, resulta de trascendental importancia cuestionarnos, si la transacción al ser un método consagrado en nuestro ordenamiento jurídico para dar fin a un conflicto laboral por existir acuerdo de voluntades, en el cual, tanto empleador como trabajador ceden parcialmente sus pretensiones con la finalidad de llegar a una pronta solución, tal situación ¿implica o no, la renuncia de los derechos del trabajador? Siendo notoria la respuesta, por cuanto, efectivamente la celebración de este acto en materia laboral representa una clara renuncia de los derechos de la parte trabajadora; ya que está, bajo presión, por desconocimiento o necesidad, recibe valores inferiores a los que le corresponderían por la prestación de servicios.

Situación que desencadena otras problemáticas jurídicas, como es el hecho que, una vez celebrada la transacción, surte efecto de cosa juzgada, quedando en firme todo lo pactado entre empleador y trabajador, sin que esta sea susceptible de reclamación en sede jurisdiccional, por cuanto, constituye una excepción previa de carácter insubsanable, es decir, es susceptible únicamente de exigir su ejecución en vía judicial ante un posible incumplimiento, lo cual denota una limitación del derecho a la defensa, tutela judicial

efectiva, acceso a la administración de justicia, y la clara transgresión de los principios consagrados en el numeral 2 y 11, de nuestra norma suprema.

Con base en lo indicado, se evidencia que actualmente la transacción en materia laboral se encuentra regulada y aplicada de una manera carente e ineficaz, esto por la inexistencia de lineamientos y parámetros idóneos que vigilen una adecuada transacción sin que el trabajador este sujeto a la renuncia de sus derechos. Siendo evidente que no es procedente la transacción sobre los derechos o beneficios de ley del trabajador, sino únicamente se debería transar en lo correspondiente al plazo y formas de pago, mas no sobre los valores adeudados, ya que, estos ya son derechos adquiridos por la prestación de servicios, mismos que bajo ningún concepto son susceptibles de renuncia por mandato expreso de la Constitución de la República.

Conclusiones

La transacción es un método alternativo de solución de conflictos consagrado en la Constitución de la República y plenamente aplicable para dar por terminado las controversias existentes en materia laboral, siempre y cuando la celebración de este acto no represente la renuncia de los derechos del trabajador, situación que en la actualidad no está siendo respetada, por cuanto, la característica de este mecanismo es que las partes cedan parcialmente sus pretensiones para llegar a un acuerdo.

El artículo 326.2 de la Constitución de la República del Ecuador, consagra el principio de irrenunciabilidad de los derechos del trabajador, mismo que resulta notoriamente transgredido por la celebración de un acto transaccional en materia laboral, por cuanto, el trabajador por desconocimiento, necesidad económica o presionado, recibe rubros inferiores a los que por ley le corresponden por la prestación de sus servicios, siendo evidente la renuncia de sus derechos.

Es necesario que, en la legislación laboral ecuatoriana se establezcan parámetros y directrices bajo los cuales se pueda celebrar un acto transaccional entre empleador y trabajador, sin que este represente la renuncia de los derechos de la parte más vulnerable, es decir, sin que sea posible pactar sobre rubros correspondientes a haberes laborales, sino únicamente sobre formas y plazos de pago.

Referencias bibliográficas

- Chanamé, Jesús Miguel. “Cuando se aplica el principio de irrenunciabilidad de derechos laborales”. *Pasión por el Derecho*, 2021. Accedido el 28 de enero de 2025. <https://lpderecho.pe/aplica-principio-irrenunciabilidad-derechos-laborales>
- Chiriboga Izquieta, Hugo Gabriel, Elizabeth Jiménez y Paola Toscanini Sequeira. “El derecho laboral como herramienta política, una mirada histórica”. *Revista Universidad y Sociedad* 10, no. 1 (2018): 226-231. Publicado en línea el 2 de marzo de 2018. Consultado el 28 de enero de 2025. http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2218-36202018000100226&lng=es&tlng=es
- Couture, Eduardo J. *Derecho procesal civil: fundamentos del derecho procesal civil*. Montevideo: Depalma, 2007.
- Cubillos, Ana María, y Nicolas Hoyos Alzate. “Análisis jurídico del acuerdo de transacción laboral en Colombia en torno a los derechos ciertos e indiscutibles.” Tesis de posgrado, Universidad Libre, 2023. <https://repository.unilibre.edu.co/handle/10901/28113>
- Damato, Guissepe. *El derecho laboral en Colombia. Estudio de antecedentes históricos y sociales*. Barranquilla: Ediciones Universidad Simón Bolívar, 2020.
- Ecuador. *Código Civil Ecuatoriano*. Quito: Corporación Nacional de Estudios, 2022.
- Ecuador. *Código Orgánico General de Procesos (COGEP)*. Registro Oficial Suplemento 506, 22 de mayo de 2015. Última modificación: 21 de agosto de 2018.
- Ecuador. Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.
- Ecuador. Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Laboral. *Recurso de Casación No. 11371-2022-00142*. 22 de mayo de 2022.
- Ecuador. *Ley de Arbitraje y Mediación*. Quito: Lexis, 2018.
- Fornaciari, Mario Alberto. *Modos anormales de terminación del proceso*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1987.
- García Falconí, José. *Excepciones previas*. Quito: Corporación Nacional, 2018.
- García Pino, Gonzalo, y Pablo Contreras. *Diccionario jurídico etimologías de Chile*. Santiago: Venice, 2014.
- Sirlopú Maita, Luis Gerardo. “Aceptación y renuncia de herencia en el derecho peruano.” Tesis de grado, Universidad Señor de Sipán, 2015. <https://repositorio>.

uss.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12802/3487/SIRLOPU%20MAITA%20
LUIS%20GERARDO-EDITADO.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Toyama Miyagusuku, Jorge. “El principio de irrenunciabilidad de derechos laborales: normativa, jurisprudencia y realidad”. *Ius et Veritas* 11, no. 22 (2001): 164-79. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15997>

Villasmil Prieto, Humberto. “Pasado y presente del derecho laboral latinoamericano y las vicisitudes de la relación de trabajo (segunda parte).” *Revista Latinoamericana de Derecho Social* 22, (2016). https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-46702016000100008&lng=es&nrm=iso



La adopción homoparental: una nueva necesidad en el ordenamiento jurídico ecuatoriano

*Homoparental Adoption, a New Need in the Ecuadorian
Legal System*

Recepción: 04 de abril de 2024

Revisión: 18 de abril de 2024

Aceptación: 05 de junio de 2024

Publicación: 22 de julio de 2024



<https://doi.org/10.17163/4567890.67890>;

Jéssica Fernanda Castro Flores¹  

Universidad Católica de Cuenca, Azogues, Ecuador
Correo: jessica.castro.82@est.ucacue.edu.ec
ORCID: <https://orcid.org/0009-0004-9316-4924>

Brian Esteven Sumba Lucero²  

Universidad Católica de Cuenca, Azogues, Ecuador
Correo: brian.sumba.85@est.ucacue.edu.ec
ORCID: <https://orcid.org/0009-0007-4952-7531>

Ana Fabiola Zamora Vázquez³  

Universidad Católica de Cuenca, Ecuador
Correo: afzamorav@ucacue.edu.ec
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1611-5801>

-
- 1 Abogada por la Universidad Católica de Cuenca.
 - 2 Abogada por la Universidad Católica de Cuenca.
 - 3 Doctora en Derecho Civil, docente de la Universidad Católica de Cuenca.

Forma sugerida de citar:

Castro, Jéssica., Sumba, Brian., Zamora, Ana. (2024). La adopción homoparental: una nueva necesidad en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. *Revista de Derecho Directum*, n° 1(nº2), 77-104.

Resumen El presente trabajo estudió la relación entre el principio del interés superior del niño y la adopción homoparental, en el marco del ordenamiento ecuatoriano. La metodología se desarrolló usando un enfoque cualitativo debido a que se fundamentó teóricamente la adopción. Asimismo, el método deductivo-inductivo, sirvió para el estudio de conocimientos generales de la adopción homoparental a contenidos particulares de esta figura jurídica. Por otro lado, se utilizó el método dogmático-jurídico para aclarar, a través de la interpretación, las normas y leyes que constituyen el ordenamiento jurídico ecuatoriano e internacional en relación con la figura jurídica estudiada. También se empleó el método analítico-sintético para consolidar e interpretar la información recopilada con el fin de identificar las consecuencias jurídicas de la falta de regulación de la adopción por personas del mismo sexo en nuestro país. Las técnicas de investigación que se usó son el fichaje y la revisión bibliográfica. En conclusión, se justificó teóricamente la necesidad de regular la adopción homoparental en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Adicionalmente, se considera oportuno una reforma del Código Civil y el Código de la Niñez y la Adolescencia para lograr su reconocimiento legal y permitir la adopción en las familias homosexuales, para garantizar el principio del interés superior del menor.

Palabras clave

Derecho de la familia, familia, adopción homoparental, relación padres-hijos, interés superior del niño.

Abstract This paper studied the relationship between the principle of the best interest of the child and homoparental adoption, within the framework of the Ecuadorian legal system. The methodology was developed using a qualitative approach due to the theoretical basis of adoption. Likewise, the deductive-inductive method was used for the study of general knowledge of homoparental adoption to particular contents of this legal figure. On the other hand, the dogmatic-legal method was used to clarify, through interpretation, the norms and laws that constitute the Ecuadorian and international legal system in relation to the legal figure studied. The analytical-synthetic method was also used to consolidate and interpret the information gathered in order to identify the legal consequences of the lack of regulation of same-sex adoption in our country. The research techniques used were the file and the bibliographic review. In conclusion, the need to regulate same-sex adoption in the Ecuadorian legal system was theoretically justified. Additionally, a reform of the Civil Code and the Code of Childhood and Adolescence is considered opportune to achieve its legal recognition and to allow adoption in homosexual families, in order to guarantee the principle of the best interest of the minor.

Keywords

Family Law, Family, Homoparental Adoption, Parent-Child Relationship, Best Interest of the Child.

Introducción

La presente investigación se refiere al tema de la adopción homoparental, que se puede definir como la adopción de un niño por parte de una pareja de personas homosexuales, que tiene como fin brindarle una familia y hogar a un menor de edad, conformando una familia homoparental. La característica principal de esta figura jurídica es su situación ilegal en los cuerpos legales del Ecuador, pese que contempla la institución del matrimonio igualitario.

La razón de investigación de este artículo es el interés superior del menor para el reconocimiento de diversos derechos para los grupos LGTB+ en temas de adopción. Se entiende por interés superior del niño o del menor como un conjunto de acciones y procesos destinados a garantizar un desarrollo holístico, proporcionando una vida digna y un entorno material y emocional que permitan al niño vivir una vida plena y alcanzar el máximo bienestar.

En este trabajo se presenta una propuesta metodológica que contendrá un enfoque cualitativo debido a que se fundamentará teóricamente la adopción. Asimismo, el método deductivo-inductivo, que servirá para el estudio de conocimientos generales de la adopción homoparental a contenidos particulares de esta figura jurídica.

Por otro lado, se utilizará el método dogmático-jurídico para aclarar a través de la interpretación, las normas y leyes que constituyen el ordenamiento jurídico ecuatoriano e internacional en relación con la figura jurídica a estudiar. También se empleará el método analítico-sintético para la información recopilada con el fin de identificar las consecuencias jurídicas de la falta de regulación de la adopción por personas del mismo sexo en nuestro país. Las técnicas de investigación que se usarán son el fichaje y la revisión bibliográfica.

De esa forma, la elección de estos métodos y técnicas, hará posible la aplicación de las herramientas y la viabilidad de los caminos que se pretende demostrar: ¿cuáles son las consecuencias jurídicas de la falta de regulación de la adopción homoparental en el país? Para alcanzar el objetivo general de esta investigación de examinar la adopción homoparental y su falta de regulación en el ordenamiento jurídico ecuatoriano a través de revisión documental, fundamentación teórica y derecho comparado, como arte de los derechos de familia.

Finalmente, en el trabajo se desarrollará, algunos temas, como la concepción y naturaleza de la adopción, como está regulada la adopción en el marco jurídico ecuatoriano, se conocerá también los derechos y situaciones en torno a la adopción homoparental; y el principio del interés superior del menor, se estudiará algunas legislaciones que ya legalizaron la adopción por parejas del mismo sexo, así también fallos relevantes como precedentes para su posible regulación en Ecuador.

¿Qué es la adopción?

La adopción puede ser concebida como “un instrumento jurídico que establece entre un menor y sus adoptantes un vínculo de filiación equiparable a la biológica a todos los efectos. Con ella se pretende unir “real y filialmente” al menor con quienes, aunque de hecho no son sus progenitores biológicos, podrían haberlo sido”.⁴ Es decir, la adopción es una figura jurídica que permite a un menor crear un vínculo con personas que tomarán el rol de padres, aun cuando estos no sean los biológicos, asumirán los derechos y obligaciones como si lo fueran, pues se busca que la relación que se cree entre padres e hijos sea la más cercana a la realidad de un vínculo filial biológico. Por lo tanto, la finalidad principal de la adopción, fuera de los intereses de los adoptantes, es el interés superior del menor, esto es, su bienestar y cuidado en un ambiente familiar óptimo.

De esta manera, se observa que la adopción va más allá de proporcionarle al menor unos padres, sino que, existe un fin mucho más amplio, implica brindarle una familia, misma que comprende un hogar, un lugar seguro en el que pueda desarrollar sus potencialidades y capacidades, pueda educarse e integrarse de manera ideal.⁵ En otras palabras, las personas que se encargarán del adoptado tendrán que cumplir con los deberes y funciones que la familia de origen no realizó con el menor.

En términos generales, de acuerdo a la doctrina se considera que “la adopción permite construir un vínculo permanente, teniendo en cuenta las garantías que conlleva un proceso de adopción, no hay otra forma más saludable para el desarrollo de evolución de un niño que su incorporación temprana a una familia definitiva”.⁶

La adopción es un método para garantizar al menor una familia, y aunque existen diferentes circunstancias que dan paso a tomar esta acción, como puede ser el abandono del infante, fallecimiento de los progenitores, etc. No hay que negar el hecho de que un menor adoptado es deseado por los solicitantes, por ende, la calidad de vida que le espera en su nuevo hogar es la más idónea para él, de ahí la preferencia de una temprana adopción del menor, pues se podrá adaptar de manera más rápida a los nuevos miembros de su familia.

De igual manera, algunos autores consideran que la maternidad y paternidad no se limita únicamente al hecho de engendrar y de tener un vínculo biológico, sino que, estas se ejercen por medio de los cuidados, atención, educación, alimentación, entre otras acciones,

4 Rosa Moliner Navarro, “Adopción, familia y derecho”, *Revista Boliviana de Derecho*, nro. 14 (2012): 7, <https://bit.ly/3EIwWu8>

5 *Ibid.*,

6 María Ester Benchuya y Héctor Iván Vito, *Adopción para padres e hijos: la construcción de la familia* (Buenos Aires, Albatros, 2005), 7.

que alguien puede darle a un infante.⁷ De aquí la idea de la adopción como forma de ejercer una maternidad y paternidad diferente a la concebida tradicionalmente.

En definitiva, la adopción es una figura jurídica que busca la protección del menor, teniendo como objetivo principal brindar un entorno adecuado para su desarrollo y crecimiento como persona en todos los ámbitos posibles. Para ello, se buscarán los candidatos más aptos y adecuados para sustituir la relación biológica de la cual carece el infante y así crear un nuevo vínculo filial con personas que desean darle un hogar.

Naturaleza de la adopción y sus tipos

El derecho romano se considera un modelo de legislación porque no solo se remite a las leyes antiguas, sino también a las interpretaciones de los juristas. Sobre esta base, ante la imposibilidad de que el *pater-familia* pueda tener un heredero y teniendo en cuenta la continuidad del culto familiar y de la familia, surgió la figura del adoptante, que permitía a extraños formar parte de su familia. En otras palabras, se da más peso a los intereses del adoptante que del adoptado. Según este sistema, el padre del adoptado pierde su patria potestad si vende al niño, mientras que esta conserva su vínculo con su familia natural.

En la doctrina, la adopción se asocia en particular a los siguientes factores: un acto jurídico del derecho de familia que origina obligaciones especiales entre el padre adoptivo y el hijo adoptado. En esta virtud y concerniente a la relación, resulta de un acto similar o idéntico al vínculo entre un progenitor y un hijo natural.

Como se ha podido evidenciar, gracias a las definiciones plasmadas con anterioridad, la adopción es ante todo una medida de protección por excelencia, que crea una relación paterno-filial entre personas nacidas sin tal relación biológica. La institución jurídica de la adopción se ha configurado y originado históricamente a sí misma hasta alcanzar el régimen jurídico adecuado en el que buscaba y prometía nutrir al niño abandonado, proporcionándole amor, afecto y comprensión en el seno de su nueva familia.

En la Edad Media, el mayor desafío a este modelo era que iba en contra del pensamiento popular de la época. En otras palabras, la sociedad no aceptaba que un acto jurídico rompiera el vínculo natural entre padres e hijos. Por estas razones, la adopción reaccionó ante diferentes teorías sobre su naturaleza.⁸

Desde un primer punto tenemos la consolidada teoría contractual, la misma que prevalece el espíritu político romano del individualismo y el valor de la autonomía de la

7 Alejandro Ávila Espada, “La función parental en la adopción”, *Revista Iberoamericana de Diagnóstico y Evaluación-e Avaliação Psicológica* 1, nro. 19 (2005): 193, <https://bit.ly/4i39p5r>

8 Giselle Salazar Blanco, “La naturaleza jurídica de la adopción y reflexiones acerca de su irrevocabilidad: Una visión desde los Derechos Humanos específicos del niño”, *Foro Jurídico*, nro. 03 (2004): 234, <https://bit.ly/4i39mXj>

voluntad prevalecen en la mencionada teoría favoreciendo el valor de mostrar la voluntad del adoptante y del adoptado para conceptualizar y desarrollar la adopción. Así doctrinarios señalan que “L’adoption peut être définie comme un acte juridique qui crée des liens fictifs et purement civils de filiation et de parenté entre deux personnes”.⁹

Como muestra esta conceptualización, para esta doctrina no existía una situación familiar ni una relación paterno-filial real, pero derechos como alimentos, herencia y patria potestad quedaban constitucionalizados por ella. Así pues, se observa que el parentesco se percibía sobre la base de un vínculo biológico.

Desde esta perspectiva, se puede considerar la adopción como un contrato solemne de derecho de familia, que el adoptante adquiere la condición de hijo de los cónyuges adoptivos. Desde este punto de vista, la adopción se basa únicamente en un contrato.¹⁰ La teoría contractual ha sido controvertida porque, entre otras cosas hace hincapié en la intervención directa del Estado por parte del poder administrativo o judicial en las condiciones, consecuencias y constitución de la propia adopción; no es el caso de los contratos, en los que dicha intervención puede pasar desapercibida.

En la misma línea, se encuentra la denominada teoría del acto condicional, que también pondera la manifestación de voluntad de los padres adoptivos y del adoptado y conceptualiza la adopción como un acto jurídico, sujeto a las exigencias y seriedad de la ley. La adopción es un acto jurídico que se caracteriza por ser formal, voluntario, puro, simple, irrevocable y personal.

Es voluntario en la medida en que es una expresión libre y altruista del deseo de adoptar y ser adoptado. La decisión se toma libremente y surge del derecho legal a crear una familia. Es formal en el sentido de que requiere ciertas ceremonias y la intervención del Estado para ser válida.¹¹ Sin embargo, al definir la adopción como un acto jurídico, se ha pasado por alto las categorías más importantes de las que deriva su verdadera finalidad jurídicas, tales como, fundamentos y principios contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, incluido el concepto de niño como sujeto de derecho y el papel del Estado en el respeto y garantía de los derechos humanos específicos del menor.

Por último, la teoría institucional considera a la adopción como una institución del derecho de la infancia y la adolescencia y concibe al mismo como un conjunto de normas que contienen determinados principios destinados a proteger los derechos de los niños y los adolescentes en su conjunto. “L’adoption est une institution du droit des mineurs, comme

9 Ambroise Colin y Henri Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français. Tome 1er, conforme au programme de première année* (París: Dalloz, 1930), <https://bit.ly/4124MBv>

10 Fernando Granda et al., *La familia en el derecho peruano: libro-homenaje al Dr. Héctor Cornejo Chávez* (Perú: Universidad Católica del Perú, 1990), 176, <https://bit.ly/4b4fmN3>

11 Pedro Andrés Francisco Mejía Salas, “Institución Jurídica de la Adopción en el Perú”, *Vox Juris*, (2013): 159, <https://bit.ly/4bjkH3r>

un ensemble de règles du droit des mineurs, constituant un tout organique et comprenant une série indéfinie de relations, toutes dérivées d'un fait fondamental, considéré comme point de départ et base".¹²

Dicho marco es una valoración acertada de la naturaleza jurídica de la adopción, pero un análisis más completo concluiría que contiene principios anteriores a la doctrina establecida por la Convención sobre los Derechos del Niño, la denominada doctrina de la situación irregular. Mencionada doctrina, establece un paradigma de tutela en el que el Estado se hace cargo de la vida de los niños y jóvenes, sustituyendo la responsabilidad familiar de su crianza, protección, cuidado y desarrollo.

Continuando con el estudio, es idóneo mencionar los tipos de adopción existentes, los cuales hoy en día no se ha presenciado una gran diferenciación. No obstante, es correcto estudiarlas de acuerdo a la doctrina para poder entender sus particularidades y fines. Dado que la adopción es una institución jurídica que forma parte del derecho desde tiempos inmemoriales, ha ido evolucionando a lo largo de los años, adaptándose a las realidades jurídicas, normativas y sociales en las que se desarrollaba. Así, según la doctrina, se puede encontrar dos tipos de adopción con características diferentes que las definen, como son la adopción plena y simple.

La adopción plena tiene su origen en el derecho romano, que creaba un vínculo entre el padre adoptivo y el hijo adoptado, creando derechos sucesorios que permitían proteger y preservar el patrimonio familiar, que era el principal objetivo de la adopción plena. En nuestra legislación ecuatoriana la adopción plena es entendida como:

Virtud de la cual se establecen entre el o los adoptantes y el adoptado todos los derechos, atributos, deberes, responsabilidades, prohibiciones, inhabilidades e impedimentos propios de la relación parentofilial. En consecuencia, jurídicamente el hijo adoptivo se asimila en todo al hijo consanguíneo.¹³

Por lo tanto, la adopción plena tiene los mismos efectos que un progenitor biológico o natural, donde los adoptantes deben cumplir unas condiciones claramente definidas. En este tipo de adopción, el adoptado adquiere el apellido del adoptante, así como, derechos y obligaciones que de él se derivan, formando incluso una sucesión testamentaria, como si fueran hijos biológicos. De esta manera, podemos afirmar que el principal objetivo de la adopción hoy en día es proteger a los niños y jóvenes, analizando la identidad de la familia o de aquellos que pretenden entrar en esta institución jurídica.

Por otra parte, la adopción simple difiere significativamente de la adopción plena, aunque da estatus al niño adoptado, no crea un vínculo familiar, pues el adoptado sigue perteneciendo a su familia de sangre, aunque los padres adoptivos pueden llamar al niño

12 René Savatier, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui* (París: Dalloz, 1959), 147.

13 Ecuador, *Código de la Niñez y Adolescencia*, Registro Oficial 737, Suplemento, 03 de enero de 2003, art. 152.

adoptado o incluso considerarlo parte de su familia. Es decir, “confiere al adoptado la posición del hijo biológico; pero no crea vínculo de parentesco entre aquel y la familia biológica del adoptante”.¹⁴

En otras palabras, en una adopción simple se adquiere la condición de hijo, pero no los derechos y deberes; el adoptado sigue perteneciendo a su familia de sangre, aunque tenga la condición de hijo en una familia distinta a la suya. Por ello, es oportuno conocer la situación jurídica de la adopción dentro de legislación ecuatoriana e internacional a la que nuestro país se encuentra suscrita.

¿Cómo está regulada la adopción en el marco jurídico ecuatoriano?

Tras haber analizado la concepción de la adopción, su naturaleza y tipos, es importante conocer cómo se encuentra regulada esta figura en el Estado ecuatoriano; primero recurrimos al Código Civil, donde la adopción se encuentra definida en el artículo 314 donde se menciona que esta “es una institución en virtud de la cual una persona, llamada adoptante, adquiere los derechos y contrae las obligaciones de padre o madre, señalados en este Título, respecto de un menor de edad que se llama adoptado”.¹⁵ Como se mencionó previamente, la adopción tiene como finalidad otorgarle a un menor una familia con la cual, aunque no existan lazos biológicos, igual constituyen un vínculo filial, pues estas dos personas pasan a tener los roles de padre y madre del infante.

En su mayoría la población cree que los menores que están en estado de adopción se encuentran huérfanos; sin embargo, la ley ecuatoriana determina cuatro circunstancias que dan paso a que un niño sea apto para entrar en dicho proceso y encontrar una nueva familia. El artículo 158 del Código de la Niñez y Adolescencia alude a la posibilidad de convertirse en adoptado por razones de:

1. Orfandad respecto de ambos progenitores; 2. Imposibilidad de determinar quiénes son sus progenitores o, en su caso, sus parientes hasta el tercer grado de consanguinidad; 3. Privación de la patria potestad a ambos progenitores; y, 4. Consentimiento del padre, la madre, o de ambos progenitores, según corresponda, que no hubieren sido privados de la patria potestad.¹⁶

14 Young Lee, “¿Cuál es la situación jurídica de los padres biológicos en relación a sus hijos durante el proceso o trámite de adopción y con posterioridad al mismo, es decir, una vez que dicha adopción ya ha sido consolidada?”, *Universidad Siglo 21*, (2008): 14, <https://bit.ly/3EyS0Tx>

15 Ecuador, *Código Civil*, Registro Oficial 46, Suplemento, 24 de junio de 2005, art. 314.

16 Ecuador, *Código de la Niñez y Adolescencia*, Registro Oficial 737, Suplemento, 03 de enero de 2003, art. 158.

Como se observa, son amplias las razones donde un menor puede ser considerado legalmente apto para ser adoptado, una vez que la ley lo establezca como tal, se deberá cumplir con ciertos requisitos para convertirse en la nueva familia del infante. Estas se indican en el siguiente artículo del Código Civil, las cuales consisten en “que el adoptante sea legalmente capaz; disponer de recursos económicos indispensables para garantizar al adoptado la satisfacción de sus necesidades básicas; que sea mayor de treinta años, y tenga, por los menos, catorce años más que el menor adoptado”.¹⁷

Por otro lado, la capacidad busca que los candidatos puedan ejercer derechos y contraer obligaciones por sí mismos; de la misma manera, la edad que se define como requisito es para garantizar que el proceso de adopción sea lo más seguro para el menor, pues se busca una madurez completa para el cuidado y crianza del infante, así como, una posición económica lo suficientemente buena para darle una calidad de vida idónea y adecuada al adoptado. Sin embargo, no solo el Código Civil establece requisitos para esta figura jurídica, el Código de la Niñez y Adolescencia también añade unos cuantos fuera de los mencionados, ya que, esta norma exige que los adoptantes residan en el Ecuador o en uno de los Estados con los que haya suscrito algún convenio en cuanto a adopción.

Asimismo, quedan descartados como candidatos aquellas personas que tengan antecedentes penales cuyas penas hayan conllevado privación de libertad, evidentemente esto para salvaguardar el bienestar del infante; uno de los requisitos más puntuales y relevantes que este código establece, es que, la pareja adoptante sea heterosexual, pues no se permite que otro tipo de relación llegue a formar algún vínculo filial con un menor.¹⁸

A más de la normativa jurídica nacional, también existen convenios internacionales en los que está suscrito el Ecuador en cuanto al tema de adopción, tenemos la Convención sobre los Derechos del Niño, una norma internacional que reconoce numerosos derechos de los niños, niñas y adolescentes, entre los cuales se encuentra la figura jurídica objeto de discusión en este trabajo.

La Convención sobre los Derechos del Niño (1979) garantiza una adopción segura para el menor, acentuando los casos en que el infante no pueda ser adoptado por una familia del mismo país de origen, aquí se buscarán medidas que conviertan su próximo destino en un entorno apto para el crecimiento del menor. Se asegurarán que las leyes del nuevo Estado del adoptado sean similares y otorguen la misma protección que las normas del país en el cual nació; y finalmente al igual que en Ecuador, la adopción Internacional debe darse exclusivamente por la autoridad competente.¹⁹

17 Ecuador, *Código Civil*, Registro Oficial 46, Suplemento, 24 de junio de 2005, art. 316.

18 Ecuador, *Código de la Niñez y Adolescencia*, Registro Oficial 737, Suplemento, 03 de enero de 2003, art. 159.

19 ONU, Convención sobre los Derechos del Niño, 20 de noviembre de 1989, art. 21, <https://bit.ly/4gZfxuF>

Estas garantías fijadas en el tratado mencionado son de cumplimiento para la república ecuatoriana, pues al estar suscrito al mismo, se acoge a dichas disposiciones para garantizar los derechos de los menores más allá de los límites fronterizos del país.

Derechos y situaciones en torno a la adopción homoparental

La familia como norma constitucional

Con el paso del tiempo, la familia ha adquirido innumerables definiciones según las reglas del contexto, dándole un significado innegable. Este fenómeno social es una entidad compleja que evoluciona con el desarrollo de la existencia social, absorbiendo y eliminando los métodos políticos, económicos y religiosos de los gobernantes de cada época. “Tradicionalmente la familia ha sido el lugar primordial donde se comparten y gestionan los riesgos sociales de sus miembros”.²⁰ Es decir, es el entorno seguro donde cada individuo se desarrolla en todos sus ámbitos. Asimismo, existe el aporte de otro doctrinario respecto a este concepto:

Por lo que, la familia es una institución que se encuentra en todas las sociedades humanas y es reconocida entre los aspectos más valorados en la vida de los individuos. Constituye el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.²¹

Por lo tanto, al hablar de la familia, es necesario referirse al núcleo emocional del libre desarrollo de las personas, dejando atrás el ideal de la heterosexualidad. Es decir, la familia es el núcleo principal de la formación de la sociedad, el entorno natural y necesario para el desarrollo de sus integrantes.

Así pues, la historia es responsable de dar legitimidad política y económica al papel del hombre y la mujer en la formación de la familia mediante el proceso de normalización del matrimonio entre personas del mismo sexo. Un enfoque defiende que la sexualidad es necesaria para las relaciones reproductivas, que el matrimonio se concibe como una institución que hay que integrar concediendo o dando estatus legal a las formas de familia.²² Por ello, la familia es un concepto jurídico indefinido, influido por los cambios en la realidad de los procesos históricos a los que está sometida la vida social.

20 José Carbonell, Martín González y Miguel Carbonell, *Las familias en el siglo XXI: una mirada desde el derecho* (México: UNAM, 2012), 4, <https://bit.ly/3QJSKOu>

21 María Elena Benítez Pérez, “La familia: desde lo tradicional a lo discutible”, *Novedades en la población*, nro. 26 (2017): 64, <https://bit.ly/3QimQTh>

22 Judith Butler, *Deshacer el género* (España: Paidós, 2006), 148, <https://bit.ly/42X4IWg>

Es idóneo señalar, que el modelo de familia tradicional se mantiene como paradigma hegemónico porque proporciona un núcleo social, una unidad económica de producción, normas de reproducción, reconocimiento social y sobre todo protección jurídica de la unión conyugal, superando la marginación e invisibilidad frente a otros núcleos que deben buscar reconocimiento, reconocimiento político y protección. Hay que subrayar que esto está vinculado a una filosofía colectiva.

Hoy en día, se asume que la familia forma una comunidad trascendente para la vida y el bienestar de sus miembros, basada en la dignidad de la persona que, como individuo libre, desea diseñar su vida junto con los demás. Este hecho no puede escapar a la cultura y al tiempo. Ello se debe a que toda la tradición está arraigada en este sistema, hoy controvertido. Así, se reconoce el derecho de las personas a crear familias tanto individualmente como en grupo.

La diversidad de familias también se refleja en la variedad que se compone, tal es el caso de familias monoparentales, que entendemos como “toda agrupación familiar de hijos dependientes económicamente de uno solo de sus progenitores con el cual conviven, y que es a la vez el que ostenta, sea de hecho o de derecho, la custodia sobre los mismos”.²³

Por otro lado, las familias constituidas de hecho se designan a “aquellos grupos compuestos por padre, madre y acaso hijos, que viven en familia sin que el padre y la madre estén válidamente casados”²⁴. Hoy se ha superado la discriminación por motivos religiosos y se reconocen las relaciones familiares de hecho, lo que afecta a los niños que crecen en ellas.

Actualmente, existen modelos de familia que se relacionan con el desarrollo del niño, como las familias adoptivas de personas que han pasado por el proceso legal de adopción. Del mismo modo, las familias homoparentales, mismas que se define por la presencia de dos o más personas que comparten su preferencia por personas del mismo sexo, o por la presencia de al menos un gay o una lesbiana adulto/a encargados de la crianza de un hijo.²⁵ Esto ilustra la variedad de estilos de vida que pueden elegir las personas.

La institución llamada familia hoy en día se encuentra en permanente transformación. Se ha demostrado que las libertades, garantías y derechos se han mantenido y reflejado en la constitución de la sociedad como Estado de Derecho. Además, se ha ido reconociendo la posición de las llamadas minorías en la estructura familiar y se ha establecido un ordenamiento jurídico en que el concepto inacabado de familia se ha convertido en una realidad. Incluso la Corte Interamericana de Derechos Humanos, enfatiza y menciona lo siguiente:

23 Mónica Giraldes et al., “La familia monoparental”, *Revista de Servicios Sociales*, 35, (1998): 28, <https://bit.ly/4b3Lu3B>

24 Hernán Corral Talciani, “Concepto y reconocimiento legal de la familia de hecho”, *Revista Chilena de Derecho* 17, nro. 1 (1990): 47, <https://bit.ly/4hJp4m4>

25 Katherine Allen y David Demo, “The Families of Lesbians and Gay Men: A New Frontier in Family Research”, *Journal of Marriage and the Family* 57, nro. 1 (1995): 113, <https://bit.ly/3ECTTyF>

La Corte constata que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo “tradicional” de la misma. Al respecto, el Tribunal reitera que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio.²⁶

Así, en la formación del Estado liberal, la intersección entre familia y derecho hunde sus raíces en el derecho civil y se encuentra hoy en diversas disposiciones constitucionales. Si bien el derecho ecuatoriano no cuenta con un sistema normativo propio que regule todo lo relacionado con la familia, es posible encontrar disposiciones que buscan proteger a la familia sin desconocer otras normas secundarias. La Constitución de la República del Ecuador, contempla:

Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes.²⁷

Por ende, este texto protege a la familia basándose en la diversidad de estructuras familiares y subraya el principio de que debe garantizarse el pluralismo de todas las formas de familia. Entonces, esta institución radica en un derecho que debe protegerse en función de la diversidad de su composición. Según lo analizado, la estructura familiar, por una parte, es inherente al individuo y un elemento esencial de su desarrollo y, por otra, garantizada por el Estado en términos de moralidad, constituyendo un derecho humano como un derecho fundamental.

Derechos de las parejas del mismo sexo y la adopción

Las personas que conforman grupos minoritarios han batallado por décadas para que la sociedad y la ley los acepte y vele por ellos. El presente trabajo se centra en las personas del mismo sexo que, al pertenecer a dichos grupos, han luchado por la no discriminación y el reconocimiento de derechos que actualmente en algunas legislaciones están disponibles únicamente para personas heterosexuales, tal es el caso de la adopción. Es así que, para comprender que es la adopción homoparental, primero debemos definir lo siguiente:

La familia nuclear homosexual estaría compuesta por uno o dos gays, o una o dos lesbianas y sus hijos, cuya procedencia puede ser biológica, adoptiva, inseminación o acogimiento, mostrando una conformación similar a otras organizaciones familiares, cumpliendo

26 Corte IDH, “Sentencia de 24 de febrero de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, 24 de febrero de 2012, párr. 142, <https://bit.ly/4gHUn3O>

27 Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 67.

los mismos fines, con similar distribución de roles y con relaciones internas igualmente similares.²⁸

Por consiguiente, la adopción es un medio por el que conforma una familia homoparental, donde la única característica que la diferencia de una tradicional, es la composición de la pareja, pues ambos pertenecen al mismo sexo. Más allá de eso, no existe ni hay diferencia alguna, puesto que la finalidad que tienen como familia es la misma que cualquier otra cumpliría.

La adopción homoparental es un tema relativamente nuevo en muchas de las sociedades, y en otras es un tema aún no aceptado, por tanto, es evidente que van a existir cientos de personas que discrepen con la legalidad de dicha acción. Sin embargo, existen numerosos criterios a favor que apoyan la causa, pues mediante investigaciones culturales, sociales e históricas, se ha corroborado la idea que, el motor de la sociedad y su orden, no dependen únicamente de la institución tradicional de la heterosexualidad y las relaciones filiales que de esta se derivan.²⁹ Entonces, la homosexualidad y cualquier argumento o razón relacionada con esta, no es suficiente justificación para negar el derecho de adopción a personas del mismo sexo.

Ahora bien, la adopción de manera general, como se describió al principio de este trabajo, tiene como fin brindarle una familia y hogar a un menor de edad que está legalmente apto para dicha situación. En virtud de lo expuesto, la adopción homoparental debería mirarse desde la misma perspectiva sin cuestión alguna. Varios autores tras sus estudios, contemplan que la orientación sexual de los padres de un menor no influye en el entorno equilibrado, sano, afectivo y adecuado que estos puedan brindarle para su desarrollo.³⁰ Después de todo, las dificultades que un menor podría afrontar al crecer en un hogar homoparental, son las mismas críticas de una sociedad llena de complejos y prejuicios respecto a una orientación sexual diferente a la convencional.

Respecto al tema discutido, al no considerar necesaria la legalidad de la adopción homoparental, se están vulnerando varias garantías, debido a que: “han hecho una excepción y ruptura con los derechos de no discriminación, igualdad, dignidad, acceso a una familia al prohibir la adopción entre parejas del mismo sexo”.³¹ Entonces, la exigencia de

28 Félix Zurita García Villanova, “La adopción homoparental”, *Revista Iberoamericana de Diagnóstico y Evaluación-e Avaliação Psicológica* 1, nro. 19 (2005): 149, <https://bit.ly/4gODcNX>

29 FESS, “El matrimonio y la adopción por parejas homosexuales”, *Federación Española de Sociedades de Sexología, España*, 21 de junio de 2005, nro. 2, <https://bit.ly/4hXff6lg>

30 Irene Ruiz Jarquín, “El derecho a la conformación de familias homoparentales en Costa Rica”, *Revista Espiga* 17, nro. 36 (2018): 190, <https://bit.ly/42XvMot>

31 Norma Alicia Suquinagua Yascaribay, “Adopción homoparental como garantía de acceso al derecho a una familia e identidad en Ecuador”, *Revista Santiago*, nro. especial (2022): 24, <https://bit.ly/413d64c>

la minoría de esta comunidad es relevante, pues su negativa termina en el incumplimiento de una cadena mucho más larga de derechos que tenemos como seres humanos.

En el caso del Estado ecuatoriano, el derecho a la adopción homoparental podría estar avalado por la no discriminación que reconoce la Carta Magna del país, en su artículo 3, numeral 1, se determina que el Estado es el encargado de “Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales”.³² Como consecuencia, uno de los derechos consagrados en la Constitución, es el reconocimiento de los diferentes tipos de familia, que, al no especificarse debidamente, podría llegar a entenderse que aquella familia nacida de la homoparentalidad y la adopción, debería ser reconocida.

El interés superior de los niños(as) a tener una familia

Las organizaciones internacionales han intentado desarrollar una legislación que permita a los Estados ofrecer una protección especial a los menores que son vulnerables y se enfrentan a intentos de violación de sus derechos. De tal manera que, han creado la conocida Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño como herramienta clave de protección, que señala coercitivamente lo siguiente: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.³³

A partir de estas nociones generales, es correcto adentrarse al tema que nos atañe siendo el interés superior del menor, que consiste en un conjunto de acciones y procesos destinados a garantizar un desarrollo holístico, proporcionando una vida digna y un entorno material y emocional que permitan al niño vivir una vida plena y alcanzar el máximo bienestar.

Por lo tanto, este principio garantiza que antes de emprender cualquier acción contra un niño, este tenga derecho a exigir una acción que promueva y proteja sus derechos, no una acción que los viole. Por un lado, pretende superar dos actitudes extremas: el poder autoritario o abusivo en la toma de decisiones hacia los niños. Por otro, el estilo paternalista de autoridad³⁴. Así pues, el interés superior del niño es la premisa sobre la que debe interpretarse, consolidarse y aplicarse la legislación relativa al menor y adolescencia, imponiendo así límites a la discrecionalidad de las autoridades en sus decisiones referentes a los niños.

32 Ecuador, Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 3.1.

33 UNICEF Comité Español, *Convención sobre los Derechos del Niño*, 20 de noviembre de 1989, art. 3.1, <https://bit.ly/4gZfxuF>

34 Isaac Ravetllat Ballesté y Ruperto Pinochet Olave, “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del niño y su configuración en el derecho civil chileno”, *Revista Chilena de Derecho* 42, nro. 3 (2015): 906, <https://bit.ly/4hZCZsj>

Por tanto, este interés está unido al ejercicio de sus derechos fundamentales, los que deben ser respetados en las distintas etapas de desarrollo de la niñez. de esta forma, el interés superior inspira toda la normativa sobre las relaciones paterno-filiales, pero también es fuente de orientación para la interpretación de las normas y para resolver conflictos de normas o colisión de derechos.³⁵

En este contexto, la Convención Internacional de los Derechos del Niño, señala con gran énfasis a que el principio rector se encamina al interés superior del menor, ya que establece que: “los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial”.³⁶

Desde esta perspectiva, Se vincula de forma paralela con el problema central de este artículo, pues crea una situación en torno a las familias homoparentales y la adopción, al sobresalir una posición muy debatida hoy en día tanto a favor como en contra con base a argumentos doctrinarios. Es clara la existencia de críticas respecto a permitir a los homosexuales mantener relaciones filiales con niños y adolescentes. El argumento es que las familias con progenitores del mismo sexo no son familias tradicionales y no podrán proporcionar una educación adecuada a sus hijos.

Es así que, se rechazó la postura sobre la adopción de niños por parejas del mismo sexo, argumentando que el menor no podía ser devuelto porque procedía de una familia con lazos sanguíneos vulnerables y que la situación de las familias adoptivas disfuncionales no mejoraría su condición a largo plazo. Bajo esta postura, se vulneran los derechos y garantías de los niños que viven en familias con progenitores del mismo sexo, rompiendo todo el esquema instaurado en instrumentos internacionales y demás leyes con relación al principio del interés superior del menor, por el simple hecho de que los adoptantes no están vinculados al concepto tradicional de familia. No obstante, es idóneo mencionar lo que el siguiente autor sustenta con relación a esta percepción:

Habrà que ver si la relación natural de la filiación surgida de la procreación no sufre el mismo proceso de privatización y subjetivización que ha afectado a las relaciones entre hombre y mujer. Se podría pensar que algo de esto se produce con la adopción, que constituye una relación filiativa en ausencia de un ligamen biológico. Pero nos parece que aquí no existe ese riesgo desde que se entiende que la adopción es una medida remedial, subsidiaria y de carácter excepcional, que opera siempre en beneficio del niño adoptado y no en interés de los padres adoptivos. La filosofía de la adopción es proporcionar una

35 Cristián Lepin Molina, “Los nuevos principios del derecho de familia”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, nro. 23 (2014): 37, <https://bit.ly/4hVfLnc>

36 UNICEF Comité Español, *Convención sobre los Derechos del Niño*, 20 de noviembre de 1989, art. 21, <https://bit.ly/4gZfxuF>

familia a un niño que ya existe y que se encuentra en desamparo; no es proporcionar un niño a una persona para satisfacer sus ansias de paternidad o maternidad.³⁷

Por lo tanto, recae en un entorno egoísta e individualista enlazada a padres del mismo sexo por criar hijos en lugar de abogar por ellos, es decir, no dar importancia al principio rector del interés superior del menor. No obstante, el ideal se rompe al conceptualizar la capacidad de los padres adoptivos. Los niños adoptados por familias tradicionales no tienen necesariamente mejores facultades que los niños adoptados de otros tipos de familias. La crianza y educación de los futuros hijos debe basarse en las aptitudes parentales y educativas, no con la orientación sexual de los adoptantes.

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos hace énfasis aludiendo que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo “tradicional” de la misma. Al respecto, el Tribunal reitera que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio.³⁸

Por esto es imperante, que el interés superior del menor concentre su poderío bajo tres circunstancias como derecho, principio y norma.

En primer lugar, el niño tiene derecho a que su interés superior sea la consideración primordial en los asuntos que le afecten. En segundo punto, se alude como principio, ya que, si una disposición legal admite más de una interpretación, debe elegirse la que responda al interés superior del menor. Finalmente, como norma de procedimiento, siempre que se tome una decisión que afecte a un niño, el proceso debe incluir una evaluación del posible impacto de la decisión sobre el niño en cuestión. Asimismo, deben existir garantías procesales para evaluar y determinar su interés superior.

En conclusión, la aplicación de este principio tiene que ser directa, pues la ausencia de normas claras o la ambigüedad de las existentes no pueden ser motivo de incumplimiento. Por otro lado, se trata de las normas de interpretación jurídica que más favorecen la plena realización de los derechos de los niños y adolescentes. Entonces, esta prioridad absoluta debe reflejarse en la formulación de las políticas públicas, por tanto, un principio vinculante para todos los niveles de gobierno.

37 Hernán Corral Talciani, “¿Del derecho de familia a un derecho de las familias? Reflexiones críticas sobre la teoría de la pluralidad de formas de familia”, *Revista de Derecho de Familia* 2, nro. 6 (2015): 47, <https://bit.ly/4gHmwbq>

38 Corte IDH, “Sentencia de 24 de febrero de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, 24 de febrero de 2012, párr. 142.

Situación jurídica de la adopción homoparental: fallos y modificaciones legislativas

Matrimonio igualitario

Para que exista el cambio de una situación dentro de un país, se requiere de antecedentes que motiven el mismo, precedentes de temas relacionados con lo que se aspira modificar. En Ecuador la adopción homoparental aún no está regulada, sin embargo, sí existen precedentes importantes y fallos de la Corte Constitucional que podrían dar paso a considerar su legalización.

Uno de los acontecimientos más novedosos y relevantes relacionados con el tema a discusión, es el matrimonio igualitario, esta figura jurídica es la unión civil de dos personas del mismo sexo. Hace unos años, la figura del matrimonio estaba disponible únicamente para las parejas heterosexuales, no obstante, en el año 2018, una pareja homosexual intentó contraer nupcias, pero la solicitud fue negada por el Registro Civil, justificándose en la Constitución y Código Civil, ya que estos permitían únicamente el matrimonio entre hombre y mujer. La negación dio paso a una acción de protección para que sea la Corte Constitucional quien tome la decisión de este caso.

Como se mencionó, la normativa interna del país determinaba el matrimonio era apto únicamente para parejas heterosexuales, sin embargo, se hizo una comparación con la Convención Americana de Derechos Humanos:

De acuerdo a la Opinión Consultiva OC241 17, establece que, por la obligación de los Estados de respetar los derechos (artículo 1), el deber de adoptar disposiciones de derecho interno (artículo 2), la protección a la honra y dignidad (artículo 11), protección a la familia (artículo 17) y por el derecho a la igualdad ante la ley (artículo 24), las parejas del mismo sexo tienen derecho al matrimonio.³⁹

Entonces, existe una contradicción entre la normativa ecuatoriana que excluye a las parejas homosexuales del matrimonio, y la interpretación de la normativa internacional a la que está suscrita el Ecuador, misma que permite las nupcias a toda persona sin importar su orientación sexual.

El Estado ecuatoriano se rige por el principio de jerarquía normativa, donde la Constitución es la norma suprema, no obstante, la misma legislación permite la aplicación de los instrumentos internacionales sobre la Carta Magna, siempre que contenga derechos más favorables para las personas. A esto se le denomina jerarquía axiológica, en otras palabras “en la jerarquía axiológica, se aprecia el contenido de la norma. Si la norma más favorable a los derechos está en el instrumento internacional, entonces prevalece al

39 Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia”, en *Juicio* nro.: 1 1-18-CN/19 (matrimonio igualitario), 12 de junio de 2019, párr. 131.

derecho reconocido por la Constitución y se incorpora a su texto⁴⁰. Entendido de esta forma, el derecho al matrimonio es accesible para toda persona que desee formar este vínculo, así lo determina la CADH, por lo tanto, Ecuador debería adaptar su situación a lo más favorable para sus ciudadanos.

En concordancia, la misma sentencia señala la interpretación evolutiva, que consiste en: Poner la norma en un contexto actual y global la voluntad de quienes hicieron la norma puede variar y lo que tiene que mirar la persona intérprete es el contexto actual y procurar que la norma cumpla con su objetivo y fin. De lo contrario, las normas no tendrían un efecto útil y perderían su capacidad de adaptación. Las normas jurídicas no pueden congelarse en el tiempo, sino que tienen que solucionar problemas de personas en concreto y en su contexto histórico.⁴¹

En otras palabras, la definición de matrimonio establecido en los cuerpos jurídicos ecuatorianos debe mirarse desde otra perspectiva, una que se ajuste a las necesidades actuales. Visto así, el matrimonio igualitario es un derecho reclamado por uno de los grupos minoritarios más escuchados en la actualidad. Entonces, el Estado debe evolucionar en la interpretación de sus normas, para así satisfacer las exigencias no resueltas hasta el momento.

Muchos reclamos surgieron cuando se cuestionó este derecho en la Corte Constitucional, las personas que no estaban a favor de su aprobación se justificaban en la existencia de la unión de hecho, definida en el siguiente artículo del cuerpo legal ecuatoriano:

La unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio.⁴²

Como se observa, el concepto de unión de hecho no especifica la orientación sexual que deben tener las personas que celebraran este acto jurídico, así que se entiende que es apto para las parejas homosexuales, además esta figura jurídica permite tener las mismas obligaciones y derechos que el matrimonio. Incluso, si su propósito es el de formar una familia, se podría realizar por este medio, sin necesidad de nupcias. Sin embargo, sigue siendo excluyente y discriminatorio que las personas homosexuales tengan como única opción la unión de hecho y no el matrimonio, impidiendo que puedan escoger libremente.

40 Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia”, en *Juicio* nro.: 1 1-18-CN/19 (matrimonio igualitario), 12 de junio de 2019, párr. 131.

41 *Ibid.*, párr. 151.

42 Ecuador, Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 68.

Finalmente, tras lo analizado, la Corte Constitucional el 12 de junio del 2019, decidió permitir el matrimonio de la pareja homosexual que inició el proceso para la aprobación del matrimonio igualitario, pues se acordó que la Constitución y el contenido de los instrumentos internacionales se complementaban, así se interpretaría en el sentido más favorable para las personas. Esta sentencia se considera un precedente que podría influir en la legalización de la adopción homoparental.

Caso Satya

El caso Satya suscitado en el país, también es un precedente en los derechos de las personas homosexuales y los menores de edad. El caso Satya se desarrolló en 2011, cuando una pareja de mujeres tuvo a la menor Satya, producto de una técnica asistida de reproducción, la inseminación artificial. Cabe resaltar que la pareja había constituido una unión de hecho previamente formalizada en su país de origen, Reino Unido, y posteriormente en Ecuador; cuando tuvieron a la menor trataron de registrarla como hija de ambas mujeres, sin embargo, el Registro Civil negó dicha petición porque no se permitía doble filiación materna.

Es decir, nuevamente la normativa ecuatoriana favorecía exclusivamente a las parejas heterosexuales aceptando el registro de sus hijos con apellidos padre-madre o viceversa, pero no a las personas del mismo sexo que intentaban formar una familia. Aun cuando la Constitución garantiza la protección y reconocimiento de los diversos tipos de familia.

La menor Satya, nació en territorio ecuatoriano y aun así se negó su inscripción en el Registro Civil, esto evidenció la vulneración de varios derechos: “El Estado puso a la niña en una situación de vulnerabilidad que no solo viola su derecho a la nacionalidad, sino su derecho al nombre, al reconocimiento de su personalidad jurídica, su dignidad humana y el desarrollo de su personalidad”.⁴³

Al no permitir dicha inscripción, las progenitoras recurrieron a la nacionalidad inglesa y tuvieron que registrar a Satya como extranjera, a pesar de haber nacido en Ecuador. Por ende, la discriminación producida por la negativa de inscripción, no solo vulneró el reconocimiento de la diversidad familiar, sino que, violentó derechos propios de la menor, causando un daño mayor, y afectando a su vez el principio más importante en el tema tratado, el interés superior del menor.

Con los hechos narrados, algunas personas se cuestionaban la razón del por qué, en el caso de las madres de Satya, no se permitía el reconocimiento de la menor, aun cuando ambas mujeres reafirmaban la decisión y los acontecimientos ocurridos; sin embargo, si se tratase de una pareja heterosexual, la presunción de parentesco es clara, y no se cuestiona a las personas que deciden reconocer voluntariamente al menor, así que sigue siendo un acto de discriminación y nula igualdad.

43 Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia”, en *Juicio* nro. 1H4-18-SEP-CC, 29 de mayo de 2018, 15.

Asimismo, la Constitución no reconocía en ese momento el matrimonio igualitario, pero si la unión de hecho, que permitía, la formación de una familia, aun cuando la adopción homoparental no es legal, en la norma ecuatoriana no se menciona la prohibición de usar métodos de reproducción asistida para la formación de familias antes mencionada. Es más, el Código Civil, en el artículo 24, numeral 1, determina que la filiación materna/paterna se dará “por el hecho de haber sido concebida una persona dentro del matrimonio verdadero o putativo de sus padres, o dentro de una unión de hecho, estable y monogámica reconocida legalmente”⁴⁴. Cabe recordar que, para el momento en que Satya fue concebida, las progenitoras ya habían conformado una unión de hecho reconocida ante la ley, por lo tanto, cumple con el requisito para la debida filiación mencionada en el Código Civil.

Con relación al párrafo anterior, la Constitución, para salvaguardar a los miembros de la familia, establece en su artículo 69, numeral 7, que “no se exigirá declaración sobre la calidad de la filiación en el momento de la inscripción del nacimiento, y ningún documento de identidad hará referencia a ella”.⁴⁵ Derecho que, evidentemente no se cumplió con la pareja de mujeres, debido a que, se negó la inscripción al momento del nacimiento de Satya, dudando de la filiación materna de ambas mujeres.

Finalmente, la Corte Constitucional confirmó la vulneración de derechos de la menor Satya y su familia. Por lo tanto, se ordenó su inmediata inscripción como ecuatoriana en el Registro Civil y con los apellidos de ambas madres, además de la reparación de todos los derechos violentados tras el suceso. Evidentemente, este caso es un claro avance en el tema de menores y padres homosexuales, que posteriormente podría servir como precedente para la adopción homoparental en Ecuador.

La adopción homoparental en el derecho comparado

La discriminación de género en la legislación puede adoptar dos formas: formas represivas que castigan determinados actos y comportamientos sexuales, y formas negativas que privan de ciertos derechos. En los países occidentales, la homosexualidad no se considera un delito, pero la mayoría de los países siguen negando el derecho a contraer matrimonio o a adoptar un niño. Según el derecho civil, la adopción por personas del mismo sexo significa que el niño adoptado se convierte legalmente en hijo de una pareja del mismo sexo.

A pesar de la reciente tendencia mundial hacia la adopción homoparental, solo unos pocos países la han reconocido plenamente y legalizado. Por lo tanto, al tiempo que señalamos las decisiones adoptadas por otros países para permitir la adopción de menores, por lo que las diferencias entre una decisión y otra pueden servir de base para futuros debates

44 Ecuador, *Código Civil*, Registro Oficial 46, Suplemento, 24 de junio de 2005, art. 24.1.

45 Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, Suplemento, 20 de octubre de 2008, art. 69.7.

en nuestro país. Sin embargo, los cambios legales y judiciales introducidos en cada uno de los países que reconocen la adopción homoparental tienen un contexto y un razonamiento diferentes. En consecuencia, el derecho comparado requiere un enfoque macro-comparativo que pueda centrarse en las similitudes y diferencias entre los sistemas comparados, sin perder de vista la posibilidad de equivalencia funcional.

Países Bajos

Los países europeos se han apresurado a iniciar reformas legales y a introducir normas acordes con los estándares internacionales. En Países Bajos, los acuerdos de cohabitación se introdujeron en 1993 para permitir a las parejas heterosexuales y del mismo sexo formalizar escrituras notariales relativas a la propiedad y la herencia. Tenga en cuenta que la cohabitación sin acuerdo de convivencia no excluye a la pareja de determinadas consecuencias jurídicas, como la seguridad social y la fiscalidad.

En 1998 se promulgó una ley para las parejas del mismo sexo, que otorga más derechos y obligaciones a quienes hayan inscrito su convivencia en el Registro Civil pertinente. No obstante, Países Bajos lleva debatiendo la cuestión del matrimonio y la adopción homosexuales desde 1996, ya que consideran que el matrimonio es un vínculo emblemático de especial valor para sus compatriotas. Además, consideran que, si hay que regular los matrimonios de parejas del mismo sexo, deben regularse junto con las adopciones.

En Países Bajos, en el año 2001 se aprobó una ley que solo permite a los homosexuales adoptar niños nacidos en el país para evitar conflictos con las leyes de otros países conjuntamente con el matrimonio igualitario. El reconocimiento legal de los matrimonios homosexuales y entre personas del mismo sexo no excluye a las parejas de hecho registradas. Por el contrario, todas las parejas tienen libertad para atenerse a esas normas o pasar al matrimonio.

En general, uno de los requisitos de la parte pertinente de la ley es que la pareja tenga al menos dieciocho años. Las parejas tampoco deben ser parientes y no deben haber estado inscritas junto con otra pareja en el momento de la inscripción ni estar vinculadas por lazos matrimoniales. Los futuros cónyuges inscritos en el registro de matrimonios deben prestar juramento al contraer matrimonio, mientras que en el caso de las parejas de hecho registradas solo se requiere el consentimiento de ambos.

Antes de que se aprobara la Ley del Matrimonio en 2001, solo las parejas casadas o los suegros podían adoptar un niño; las parejas del mismo sexo quedaban excluidas. Pero el Parlamento consideró oportuno aprobar una ley que permite a las parejas del mismo sexo adoptar niños al mismo tiempo que puedan contraer matrimonio. Por tanto, las adopciones celebradas después de 2001 deben inscribirse en el nuevo certificado de matrimonio de este país.

Los requisitos para la adopción homoparental son casi idénticos a los descritos en el reglamento de adopción anterior. Pueden solicitar la adopción de un niño las parejas que hayan convivido directa e ininterrumpidamente durante al menos tres años. Además, ambas partes deben haber cuidado del menor durante al menos un año.

Por último, desde la modificación de su legislación en 2005, las parejas del mismo o distinto sexo solo pueden adoptar niños internacionalmente en países que acepten adopciones homoparentales. Siendo esto un gran cambio, desde su promulgación, donde solo se limitaba a territorio nacional el empleo de esta figura jurídica.

De tal manera, el país es pionero en regular las adopciones homoparentales en todo su territorio. Como tal, está a la cabeza del mundo no solo en el reconocimiento del matrimonio igualitario, sino también en la cuestión de la adopción. Es por esto, que esta legislación creó un gran impacto para que otras naciones lo legalicen.

España

En España, la principal novedad en este ámbito ha sido la modificación del Código Civil por la Ley nro. 13 de 2005, que otorga a las parejas del mismo sexo plenos e iguales derechos y obligaciones, incluida la posibilidad de adopción conjunta, matrimonio y la coadopción. Como consecuencia de estas reformas, se han modificado varios artículos, entre ellos el artículo 44 del Código Civil español, añadiendo un nuevo inciso.

Por lo que, el inciso primero del mencionado artículo señala lo siguiente: “El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código”.⁴⁶ Mientras que el segundo inciso se redactó disponiendo lo siguiente: “El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”.⁴⁷

También se ha modificado otros apartados del Código Civil de esta nación para corregir la redacción, sustituyendo en el cuerpo normativo las palabras “marido”, “mujer”, “padre” y “madre” por “cónyuge” y “progenitor”. La constitucionalidad de la ley está respaldada por el artículo 32, numeral uno de la Constitución Española, que establece: “El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica”.⁴⁸

Finalmente, es correcto señalar que las prestaciones concedidas a un hijo adoptivo incluyen la herencia no solo del hijo adoptivo sino también de su familia de acuerdo con las normas de sucesión, los pagos de la seguridad social en caso de discapacidad o fallecimiento del hijo adoptivo, la participación en las prestaciones médicas y educativas previstas para el empleo.

46 España, *Código Civil*, Real Decreto, 24 de julio de 1889, art. 44.

47 España, *Código Civil*, Real Decreto, 24 de julio de 1889, art. 44.

48 España, *Constitución Española*, Cortes Generales, 29 de diciembre de 1978, art. 32.1.

México

En México, a pesar de ser un país conservador, la adopción con padres del mismo sexo es un tema que se trata con cierta deferencia debido a las diferentes actitudes de la sociedad. Así, gracias a una forma de gobierno similar a la de EE.UU., en la que cada estado decide si permite o no la adopción homoparental, la adopción igualitaria es reconocida por ese estado, y cada año son más los estados que apoyan a todo tipo de familias.

En este país, desde 2009 se reconocen los matrimonios entre personas del mismo sexo, ya que no pueden restringirse por motivos de orientación sexual. Aboliendo el concepto de hombre y mujer como base del matrimonio. Cuando se adoptó, también se aprobó una innovación al art. 391, permitiendo adoptar a las parejas del mismo sexo o a las parejas de hecho.

Los cónyuges o concubinos podrán adoptar, cuando los dos estén conformes en considerar al adoptado como hijo y aunque sólo uno de los cónyuges o concubinos cumpla el requisito de la edad a que se refiere el artículo anterior, pero siempre y cuando la diferencia de edad entre cualquiera de los adoptantes y el adoptado sea de diecisiete años cuando menos.⁴⁹

En este caso, se dictaminó que el derecho a adoptar un niño mediante el matrimonio entre personas del mismo sexo era constitucional, ya que muchos niños de este país viven en hogares de acogida sin el amor y los cuidados de una familia, y el principio de igualdad debe aplicarse a ambos cónyuges, así como el interés superior del niño.

Desde entonces, los tribunales superiores del país han reconocido la existencia de distintos tipos de familias. El valor particular de este reconocimiento se encontró en el caso inconstitucional 2/2010, que sostuvo que no existe un único tipo de familia en el sentido tradicional, ya que hay diferentes tipos de familias, incluso en los matrimonios heterosexuales, cuya finalidad principal no es necesariamente la procreación.

La existencia de matrimonios y familiar con miembros homosexuales, ni impulsa ni prohíbe, ni mucho menos excluye la continuación y crecimiento de las familias heterosexuales. No se trata de destruir a la familia, sino de enriquecer su contenido, de reconocer su variedad, de hacer posible la unión de personas para cuidarse, quererse, protegerse y tener vida en común, lo que es mucho mejor que negar el derecho a la integración humana.⁵⁰

Sin embargo, el tribunal ha dejado claro que no debe perder de vista que todas las personas, con independencia de su orientación sexual, deben cumplir los requisitos establecidos por la ley para poder adoptar a un niño. No se trata solo de proporcionar un

49 México, Código Civil Federal, Diario Oficial, 31 de agosto de 1928, art. 391.

50 Suprema Corte de Justicia de México, “Sentencia de 16 de agosto de 2010”, *Acción de inconstitucionalidad 2/2010*, 16 de agosto de 2010, p. 181.

hogar al niño, sino también de proporcionarle una familia capaz de cumplir los requisitos mínimos para garantizar el mejor desarrollo posible del menor.

Necesidad de regular la adopción homoparental en el Estado ecuatoriano

El Estado ecuatoriano creó un importante marco para el reconocimiento y la protección de las personas LGBT+ y se estableció un proceso homonormativo, dado que la legislación ecuatoriana fue creada por la mayoría heterosexual, lo que provocó discriminación, marginación y retraso en la protección de los derechos de las personas LGBT+. Sin embargo, en los países donde el catolicismo ha influido en el futuro de diversas minorías, la opinión pública ha borrado su realidad y oscurecido la historia de sus luchas, como en el caso de los homosexuales, discriminados y resentidos por su orientación sexual.

Esto demuestra que la realidad de la comunidad LGTB+ está totalmente arraigada en un clima que niega el ejercicio y disfrute de sus derechos humanos y el derecho a fundar una familia. El Estado ecuatoriano no tiene ninguna base legal ni explicación para no reconocer la adopción por parte de padres homosexuales. Parece cierto que el único factor que modifica y disminuye los derechos es el prejuicio moral y religioso inculcado en la República del Ecuador desde la colonización.

Aunque se ha establecido y cuestionado que los sistemas judicial y administrativo en Ecuador no funcionan con toda la eficiencia y eficacia requerida debido a la engorrosa burocracia, el estado del proceso de adopción puede clasificarse como engorroso, largo y abrumador. La adopción es un medio de proteger a los niños que han sido abandonados o han perdido a sus familias, pero en Ecuador la ineficacia de los procedimientos de adopción ha hecho que algunos niños y jóvenes no sean adoptados, lo que afecta gravemente a su interés superior.

De acuerdo, con diversas opiniones y estudios, las parejas homosexuales, que adoptan presentan cuadros familiares con interacciones más solidarias y menos prejuiciosas que las parejas heterosexuales, quienes dimensionan ambientes de depresión, ira y estrés graves. En otras palabras, la orientación sexual nunca vulnera o va en contra del interés superior del menor.

En este sentido, a fin de brindar garantías efectivas al interés superior de los niños, niñas y adolescentes, el Estado ecuatoriano debe desarrollar políticas orientadas a acelerar el proceso de adopción, para no afectar el derecho que tienen los niños, niñas y adolescentes quienes presentan un grado mayor de vulnerabilidad dentro de la sociedad. Adecuando y respetando las condiciones necesarias para acceder a este derecho, que les es negado por razones morales. Es fácil concluir que las parejas del mismo sexo deben tener derecho a adoptar niño.

Conclusiones

La figura de la adopción es un medio que permite que los niños carentes de familia consigan una, mediante personas que desean criarlo y educarlo. Esta figura busca velar por el interés superior del menor, para que logre desarrollar sus potencialidades en el entorno más apto posible, otorgándole a los adoptantes todos los derechos y responsabilidades que la familia biológica no cumplió.

La adopción homoparental tiene la misma finalidad que la adopción tradicional, formar una familia producto de la necesidad de un menor por tener un hogar y el deseo de dos personas por ser padres. Sin embargo, la diferencia notable es la relación sentimental u orientación sexual de los adoptantes, ya que, esta figura se caracteriza por la homosexualidad de la pareja.

La figura de la adopción homoparental no está regulada en Ecuador; el acceso a menores en estado de orfandad solo es permitido para las parejas heterosexuales, discriminando y vulnerando derechos consagrados en la legislación ecuatoriana, como el reconocimiento de los diversos tipos de familia, la no discriminación, el derecho a una familia, entre otros.

Se considera que una de las razones para la negativa a este tipo de adopción va encaminada a una idea social, pues en su mayoría las personas consideran inapropiado que una pareja homosexual se encargue de la crianza de un niño, debido a las creencias y tabúes que la sociedad ha fundado a lo largo de la historia con relación a las personas LGBT+.

Los países que aprobaron la adopción homoparental, lo hicieron bajo la premisa de garantizar los derechos, no solo de los adoptantes, sino principalmente del menor. El interés superior del niño se prioriza sobre cualquier estigma social, ya que, se evidenció que crecer en un entorno donde la figura materna/paterna sean personas del mismo sexo no afecta en la personalidad y capacidades del menor, pues su crianza se da en un núcleo familiar deseado y cubriendo las necesidades del adoptado.

Finalmente, se comprobó que la adopción homoparental es exigida y necesaria en la legislación ecuatoriana, no solo porque su negativa vulnera varios derechos, sino que, el permitir el acceso solo a parejas heterosexuales no da paso al progreso de los derechos y al cumplimiento de las necesidades actuales de la sociedad, quedando estancado el concepto de la adopción en una idea tradicional. Este avance en otras legislaciones internacionales ha brindado la acogida y frutos esperados, por consiguiente, Ecuador podría dar la oportunidad a esta figura y modificar su normativa, adaptándose a los tratados internacionales a los cuales está suscrito.

Referencias bibliográficas

- Allen, Katherine y David Demo. “The families of lesbians and gay men: A new frontier in family research”. *Journal of Marriage and the Family* 57, nro. 1 (1995): 111-127.
- Ballesté, Isaac Ravetllat y Ruperto Pinochet Olave. “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del niño y su configuración en el Derecho Civil chileno”. *Revista Chilena de Derecho* 42, nro. 3 (2015): 903-934.
- Benchuya, María Ester, y Héctor Iván Vito, *Adopción para padres e hijos: la construcción de la familia*. Buenos Aires, Albatros, 2005.
- Blanco, Giselle Salazar, “La naturaleza jurídica de la adopción y reflexiones acerca de su irrevocabilidad: Una visión desde los Derechos Humanos específicos del niño”, *Foro Jurídico*, nro. 3 (2004): 234-243.
- Butler, Judith. *Deshacer el género*. España: Paidós Studio, 2006.
- Colin Ambroise y Henri Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français. Tome 1er, conforme au programme de première année* (París: Dalloz, 1930).
- Corte Constitucional del Ecuador. “Sentencia”. En *Juicio* nro. 1 1-18-CN/19 (matrimonio igualitario). 12 de junio de 2019.
- Corte Constitucional del Ecuador. “Sentencia”. En *Juicio* nro. 1H4-18-SEP-CC. 29 de mayo de 2018.
- Corte IDH. “Sentencia de 24 de febrero de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Atala Riffó y Niñas vs. Chile*. 24 de febrero de 2012.
- Ecuador, *Código Civil*, Registro Oficial 46, Suplemento, 24 de junio de 2005.
- Ecuador, *Código de la Niñez y Adolescencia*, Registro Oficial 737, Suplemento, 03 de enero de 2003.
- Ecuador. *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.
- Espada, Alejandro Ávila, “La función parental en la adopción”, *Revista Iberoamericana de Diagnóstico y Evaluación-e Avaliação Psicológica* 1, nro. 19 (2005): 191-204.
- España. *Código Civil*. Real Decreto. 24 de julio de 1889.
- España. *Constitución Española*. Cortes Generales. 29 de diciembre de 1978.

- FESS. “El matrimonio y la adopción por parejas homosexuales”. *Federación Española de Sociedades de Sexología, España*. 21 de junio de 2005.
- Giraldes, Mónica, Estibalitz Penedo, Mertxe Seco y Uxo Zubeldia, “La Familia Monoparental”, *Revista de servicios sociales*, nro. 35 (1998): 28.
- Granda, Fernando, Roger Rodriguez, Carlos Cárdenas y José Garibaldi. *La familia en el derecho peruano: libro-homenaje al Dr. Héctor Cornejo Chávez*. Perú: Universidad Católica del Perú, 1990.
- Jarquín, Irene Ruiz. “El derecho a la conformación de familias homoparentales en Costa Rica”. *Revista Espiga* 17, nro. 36 (2018): 176-200.
- José Carbonell, Martín González y Miguel Carbonell. *Las familias en el siglo XXI: una mirada desde el derecho*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2012.
- Lee, Young. “¿Cuál es la situación jurídica de los padres biológicos en relación a sus hijos durante el proceso o trámite de adopción y con posterioridad al mismo, es decir, una vez que dicha adopción ya ha sido consolidada?”, *Universidad Siglo 21*, (2008): 1-94.
- México. *Código Civil Federal*. Diario Oficial. 31 de agosto de 1928.
- Molina, Cristián Lepin. “Los nuevos principios del derecho de familia”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, nro. 23 (2014): 9-55.
- Navarro, Rosa Moliner. “Adopción, familia y derecho”, *Revista Boliviana de Derecho*, nro. 14 (2012): 98-135.
- Pérez, María Elena Benítez. “La familia: Desde lo tradicional a lo discutible”. *Novedades en la población*, nro. 26 (2017): 58-68.
- Salas, Pedro Andrés Francisco Mejía “Institución Jurídica de la Adopción en el Perú”, *Vox Juris*, (2013): 157-170.
- Savatier, René. *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*. París: Dalloz, 1959.
- Suprema Corte de Justicia de México. “Sentencia de 16 de agosto de 2010”. Acción de Inconstitucionalidad 2/2010. 16 de agosto de 2010.
- Talciani, Hernán Corral. “¿Del derecho de familia a un derecho de las familias? Reflexiones críticas sobre la teoría de la Pluralidad de formas de Familia”. *Revista de Derecho de Familia* 2, nro. 6 (2015): 21-48.

Talciani, Hernán Corral. “Concepto y reconocimiento legal de la Familia de Hecho”. *Revista Chilena de Derecho* 17, nro. 1 (1990): 47.

UNICEF Comité Español. *Convención sobre los Derechos del niño*. 20 de noviembre de 1989.

Villanova, Félix Zurita García. “La adopción homoparental”. *Revista Iberoamericana de Diagnóstico y Evaluación-e Avaliação Psicológica* 1, nro. 19 (2005): 147-170.

Yascaribay, Norma Alicia Suquinagua. “Adopción homoparental como garantía de acceso al derecho a una familia e identidad en Ecuador”. *Revista Santiago*, nro. especial (2022): 22-37.



Sentencia nro. 133-17-SEP-CC: libre desarrollo de la personalidad, identidad de género, igualdad y no discriminación

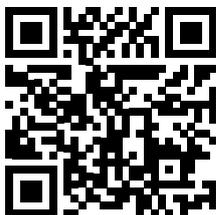
Ruling No. 133-17-SEP-CC, Free Development of Personality, Gender Identity, Equality and Non-discrimination

Recepción: 11 de abril de 2024

Revisión: 18 de abril de 2024

Aceptación: 05 de junio de 2024

Publicación: 22 de julio de 2024



<https://doi.org/10.17163/4567890.67890>;

Iván Uvidia Donoso¹  

Investigador independiente, Quito, Ecuador

Correo: ivanubidia_91@hotmail.com

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1127-2592>

1 Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Especialista Superior en Derecho Constitucional por la Universidad Andina Simón Bolívar, y maestrante de la Maestría de Investigación en Derecho por la misma casa de estudios, investigador independiente..

Forma sugerida de citar:

Uvidia, Iván. (2024). Sentencia nro. 133-17-SEP-CC: libre desarrollo de la personalidad, identidad de género, igualdad y no discriminación. *Revista de Derecho Directum*, n° 1(nº2),105-124.

Resumen

La finalidad del presente trabajo se centra en realizar una aproximación a la sentencia nro. 133-17-SEP-CC, dictada por la Corte Constitucional del Ecuador, dentro del caso nro. 0288-12-EP. La referida sentencia trae a la palestra del constitucionalismo ecuatoriano conceptos fundamentales para la teoría de los derechos humanos, tales como el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el proyecto de vida y las diversas dimensiones que existen sobre el derecho a la identidad personal. Este artículo contiene dos partes, en la primera se pretende realizar una síntesis del caso, señalando los problemas jurídicos planteados por la Corte Constitucional, así como los argumentos desarrollados por la misma para dar solución a dichos problemas. En la segunda parte se esboza una valoración de la sentencia, destacando la importancia y novedad que implica la *ratio decidendi* del presente caso para el constitucionalismo contemporáneo en el Ecuador.

Palabras clave

Corte Constitucional del Ecuador, libre desarrollo de la personalidad, derechos humanos, proyecto de vida.

Abstract

The purpose of this paper focuses on an approach to the judgment No. 133-17-SEP-CC, issued by the Constitutional Court of Ecuador in case No. 0288-12-EP. The aforementioned judgment brings to the forefront of Ecuadorian constitutionalism fundamental concepts for the theory of human rights, such as the right to the free development of personality, the life project and the various dimensions that exist on the right to personal identity. This article contains two parts. The first part is a synthesis of the case, pointing out the legal problems raised by the Constitutional Court, as well as the arguments developed by the Court to solve these problems. The second part outlines an evaluation of the judgment, highlighting the importance and novelty of the *ratio decidendi* of this case for contemporary constitutionalism in Ecuador.

Keywords

Constitutional Court of Ecuador, Free Development of Personality, Human Rights, Life Project.

Introducción

El presente trabajo analiza el caso en el que los representantes de la Defensoría del Pueblo presentaron una acción de protección en contra de la Dirección General del Registro Civil ante la negativa de modificar el dato sexo —femenino a masculino— de Bruno Paolo Calderón Pazmiño en su inscripción de nacimiento. La negativa se da debido a que esta solicitud de cambio, según los accionados, debería tramitarse mediante un juicio sumario de nulidad o reforma de la inscripción, de acuerdo con lo previsto en el art. 89 de la derogada Ley de Registro Civil, Identificación y Cedulación. Esta actuación, para los accionantes, constituye una vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva, a la igualdad y no discriminación, al libre desarrollo de la personalidad, y a la identidad personal del referido ciudadano.

En el presente caso, la sentencia 133-17-SEP-CC, la Corte Constitucional del Ecuador —en adelante “la Corte” o “Corte Constitucional”— divide el problema jurídico en tres aspectos: el primero, en relación a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en la sentencia de segundo nivel; el segundo, en cuanto a la vulneración del derecho al debido proceso en la garantía de la motivación, en la sentencia de primer nivel; y el último, respecto a la vulneración de los derechos al libre desarrollo de la personalidad e identidad de la persona trans afectada por las actuaciones de la Dirección General del Registro Civil.

Se puede resumir las *obiter dicta* del presente caso en los siguientes puntos: primero, el examen que realizó la Corte para determinar el cumplimiento de los contenidos esenciales del derecho a la tutela judicial efectiva en la sentencia de segundo nivel; segundo, el test de motivación al que se sometió a la sentencia de primer nivel —test que en la actualidad ya no se aplica—. En ambos análisis, la Corte Constitucional concluyó la existencia de violación de derechos constitucionales, en el primero por verificarse el incumplimiento de objeto de la acción de protección, y en el segundo por la falta de coherencia entre las premisas construidas por el juez de primera instancia y su decisión final.

La *ratio decidendi* se encuentra en la solución al tercer problema jurídico planteado por la Corte. En este espacio se analizó la decisión de la autoridad administrativa de negar el cambio del dato sexo en la inscripción de nacimiento del ciudadano Bruno Paolo Calderón Pazmiño. Esta argumentación se construyó a la luz de los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad y a la identidad personal.

Así pues, en primera instancia, la Corte realizó un acercamiento al concepto de dignidad humana como núcleo central y eje transversal de los derechos constitucionales, y destaca el derecho al libre desarrollo de la personalidad como la forma objetiva de entender dicha dignidad. En este sentido, el máximo organismo de justicia constitucional definió a la libertad de autodeterminación o libre desarrollo de la personalidad como:

El derecho que posee todo ser humano de autodeterminarse, diseñar y dirigir su vida según su voluntad, conforme a sus propios propósitos, proyecto de vida, expectativas, intereses y deseos constituye un límite de intervención para el Estado, así como un deber de protección frente a posibles transgresiones de instituciones públicas y privadas.¹

Subsecuentemente, como derecho derivado del libre desarrollo de la personalidad, la Corte abordó el derecho a la identidad personal y señaló que el mismo se manifiesta en varias dimensiones, dentro de las cuales se destaca la identidad de género. Así pues, para la Corte la identidad de género forma parte del núcleo duro del derecho a la identidad personal, y además constituye uno de los puntos de partida para la construcción del proyecto de vida, entendiéndolo como la “libertad fundamental de realización particular en función de opciones identitarias”.²

Con fundamento en los derechos mencionados en el párrafo anterior, la Corte Constitucional construyó un concepto de identidad transexual; correspondiente a personas que, al atravesar por un proceso de discrepancia entre la asignación sexual biológica consignada en el registro de nacimiento y su autodefinición identitaria de género o género mental, pueden llegar incluso a someterse a procedimientos médicos para alcanzar dicha identidad personal. A este respecto, la Corte concluyó que se trata de un proceso delicado que merece respeto y protección constitucional.³

Ahora bien, en el caso concreto, la Corte Constitucional constató que la persona afectada, Bruno Paolo Calderón Pazmiño, asumió una identidad transexual, la cual lo condujo a someterse a varias intervenciones quirúrgicas y hormonales. Por consiguiente, desde el punto de vista médico, la Corte determinó que el referido ciudadano es de sexo masculino.⁴

Como tercer punto en la argumentación de este problema jurídico, se identificó que dentro de los datos integrantes del estado civil consta el de sexo, el cual representa una relevancia jurídica significativa, pues es parte constitutiva de los derechos a la identidad personal y a la personalidad jurídica. En tal sentido, la Corte estableció que el proceso judicial para modificar el sexo en una partida de nacimiento,⁵ no se corresponde con la compleja situación por la que atraviesan las personas transexuales, e invade el contenido esencial de sus derechos a la identidad y al libre desarrollo de la personalidad. En consecuencia,

1 Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia”, en *Juicio nro. 133-17-SEP-CC*, 10 de mayo de 2017, 34-5.

2 *Ibid.*, 36.

3 Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia”, en *Juicio nro. 133-17-SEP-CC*, 10 de mayo de 2017, 36-7.

4 *Ibid.*, 38.

5 Previsto en el artículo 89 de la derogada Ley General de Registro Civil, Identificación y Cedulación: nulidad o reforma judicial de la partida.

el mencionado proceso judicial no persigue un fin constitucionalmente legítimo, sino que más bien se convierte en un obstáculo arbitrario que perjudica a las personas trans.⁶

Con base en estas argumentaciones, la Corte concluyó que en el caso concreto la Dirección General del Registro Civil se encontraba en la obligación de garantizar los derechos constitucionales del ciudadano Bruno Paolo Calderón Pazmiño, más allá de su lectura parcial del derecho a la seguridad jurídica y la aplicación aislada de la Ley de Registro Civil, Identificación y Cedulación. Por lo que, la negativa con respecto al cambio del dato sexo en la partida de nacimiento del referido ciudadano tuvo como resultado el desconocimiento de sus derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la identidad personal en sus dimensiones de género, sexual y jurídica.⁷

En la parte final de la sentencia analizada, la Corte Constitucional examinó varias disposiciones normativas de la vigente Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles, en relación con los derechos constitucionales involucrados en el caso *sub judice*. En tal medida, la Corte determinó una falencia en cuanto a los dos últimos incisos del artículo 30 de la precitada Ley, puesto que estos disponen que el cambio del dato sexo en la inscripción de nacimiento solo podrá ser realizado en casos de error de inscripción mediando para aquello un proceso judicial.⁸

Así pues, si bien la Corte reconoce el avance previsto en el artículo 94 de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles, con respecto a la posibilidad de sustituir el campo sexo por el de género en la cédula de identidad, y en tal medida decidir entre masculino o femenino.⁹ Para el máximo organismo de justicia constitucional estas medidas legislativas son insuficientes, ya que dejan por fuera el libre desarrollo de la personalidad e identidad de las personas transexuales.¹⁰

Por consiguiente, la Corte Constitucional con fundamento en el numeral 1 del artículo 436 de la Constitución de la República del Ecuador, dispone a la Asamblea Nacional que, en el plazo de un año contado a partir de la notificación de esta sentencia, expida la normativa legal pertinente que regule de forma adecuada la facultad de cambio del dato sexo en la cédula de identidad de aquellas personas que se identifiquen como transexuales.¹¹

6 Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia”, en *Juicio nro. 133-17-SEP-CC*, 10 de mayo de 2017, 39-40.

7 *Ibid.*, 41-4.

8 Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia”, en *Juicio nro. 133-17-SEP-CC*, 10 de mayo de 2017, 44-7.

9 Para la Corte Constitucional, la referida disposición legal constituye un avance en la medida que beneficia a las personas transgénero, las cuales, a pesar de haber desarrollado una identidad de género distinta al que se le ha asignado biológicamente, no deciden incursionar en procedimientos médicos con la finalidad de adaptar su cuerpo a la identidad de género asumida. *Ibid.*, 46.

10 *Ibid.*, 44-7.

11 *Ibid.*, 48.

La identidad de género: algunas definiciones relevantes para su entendimiento

Como aclaración preliminar se debe destacar que la presente sentencia fue emitida por la Corte Constitucional del Ecuador con fecha 10 de mayo de 2017, mientras que el 24 de noviembre del mismo año la Corte Interamericana de Derechos Humanos —en adelante Corte IDH— publicó la opinión consultiva nro. OC-24/17, solicitada por la república de Costa Rica, sobre identidad de género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo.

La aludida opinión consultiva constituye un hito para los países de la región, principalmente en lo que respecta a los derechos al libre desarrollo de la personalidad, identidad de género y procedimientos para la adecuación de datos de identidad conforme a estos dos últimos derechos. En tal sentido, la valoración crítica que se realiza en esta sección del trabajo se remitirá constantemente a los argumentos desarrollados por la Corte IDH.

En la OC-24/17 la Corte IDH inicia su línea argumentativa señalando que los temas sobre los que tratará abarcan conceptos y definiciones que muchas veces no cuentan con un consenso generalizado entre organismos públicos, académicos, organizaciones y movimientos que defienden sus derechos en clave de diversidad sexual. Adicionalmente, la Corte IDH señala que se trata de una temática que se encuentra en permanente cambio y evolución; por lo que al imponer definiciones rígidas se podría estar incurriendo en el encasillamiento y clasificación de grupos de personas que justamente luchan por reivindicar sus diversas identidades.¹² Sobre este punto, resulta ilustrativo citar al proyecto transgénero, un movimiento de activismo transfeminista en Ecuador, que da luces sobre el peligro de utilizar definiciones cerradas cuando se habla de personas con diversidad sexual:

Por “trans” se está pensando y describiendo casi exclusivamente a personas que nacieron machos biológicos y han asumido el género femenino. Es decir, que el único transgenerismo que hoy goza de cierta visibilidad en nuestro país es el trasngenerismo de hombre a mujer. Por fuera de la palabra, se nos están quedando muchos otros transgenerismos; como el de los hombres trans, o el de las personas en que masculino y femenino no se intercambian nítida ni permanentemente, sino que se funden, se confunden, se alteran o, de plano, se rechazan.¹³

En este contexto, es loable rescatar que la Corte IDH en la referida opinión consultiva decidió en la medida de lo posible no utilizar definiciones conceptualmente problemáticas,

12 Corte IDH, “Opinión consultiva OC-24/17”, 24 de noviembre de 2017, párr. 31, <https://bit.ly/3X3F-2DX>

13 Ana Almeida y Elizabeth Vásquez, eds., *Cuerpos distintos: ocho años de activismo transfeminista en Ecuador* (Quito: Manthra Editores, 2010), 3.

y que en caso de adoptarlas lo realizará con la mayor amplitud y provisionalidad, por lo que ensaya un glosario acudiendo a varias fuentes en el plano internacional.¹⁴ Por otro lado, el proyecto transgénero cuenta con un ABC de la diversidad sexual, que es un glosario en donde dicho movimiento social deja en claro que se trata de términos limitados y perfectibles, y que —como todo uso del lenguaje— adopta una postura política determinada.¹⁵

Así pues, el primer reparo que se le puede hacer a la sentencia bajo análisis es su incapacidad a la hora de adoptar una postura precisa con respecto a los conceptos y definiciones que maneja, principalmente en lo que se refiere a las personas trans, personas transexuales, identidad de género e identidad transexual. No se debe olvidar que una de las críticas más fuertes que se hace a las decisiones judiciales tradicionales (positivo-formalistas) es sobre la fachada universal, neutral y objetiva que muchos de estos instrumentos presentan; cuando en el fondo se trata de decisiones que defienden una visión ideológico-política en particular, misma que en el contexto social ecuatoriano está marcada por una postura hegemónica masculina y heterosexual.¹⁶

En este orden de ideas, considero indispensable citar algunas de las definiciones ensayadas en los dos glosarios antes señalados, a efectos de dar algunas luces sobre las categorías más importantes cuando se analiza derechos de las personas en clave de diversidad sexual:

- *Diversidad sexual*: es un término global o paraguas utilizado para referirse a cualquier diferencia con el canon corporal tradicional de las personas, en su identidad de género o en su orientación sexual.¹⁷
- *Sexo y canon corporal*: “Características físicas que hacen que un cuerpo sea femenino (hembra) o masculino (macho). En la mayoría de personas, el canon corporal es una realidad ‘catalogable’ bajo estas dos construcciones binarias a menudo referidas como sexos biológicos.”¹⁸ Así, el sexo, al tratarse de un término que solo distingue entre hombre y mujer, no reconoce o invisibiliza a otras personas con realidades más complejas que no se ajustan al sistema binario hombre/mujer.¹⁹
- *Sexo asignado al nacer*: esta idea trasciende el concepto de sexo como masculino o fe-

14 Corte IDH, “Opinión consultiva OC-24/17”, 24 de noviembre de 2017, párr. 31, <https://bit.ly/3X3F2DX>

15 Ana Almeida y Elizabeth Vásquez, eds., *Cuerpos distintos: ocho años de activismo transfeminista en Ecuador* (Quito: Manthra Editores, 2010), 6.

16 Judith Salgado Álvarez, “Lidiando con la diferencia. Respuestas desde la justicia constitucional ecuatoriana y colombiana”, en *Igualdad y no discriminación: el reto de la diversidad*, ed. Daniela Caicedo Tapia y Angélica Porras Velasco (Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2010), 486.

17 Ana Almeida y Elizabeth Vásquez, eds., *Cuerpos distintos: ocho años de activismo transfeminista en Ecuador* (Quito: Manthra Editores, 2010), 7.

18 Ibid.

19 Corte IDH, “Opinión Consultiva OC-24/17”, 24 de noviembre de 2017, párr. 32-a, <https://bit.ly/3X3F2DX>

menino y está asociado a la determinación del sexo como una construcción social. La asignación del sexo no es un hecho biológico innato; más bien, el sexo se asigna al nacer con base en la percepción que otros tienen sobre los genitales.²⁰

- *Intersexuales o intersex*: “Personas cuyo canon corporal presenta realidades cromosómicas, hormonales y/o genitales, imposibles o difíciles de catalogar en binario. Son los ‘cuerpos del medio’ que demuestran que en realidad no existen dos ‘sexos biológicos’, sino un espectro sexual.²¹ Esta indeterminación con respecto a los rasgos biológicos puede identificarse al momento del nacimiento o incluso con el pasar de los años. La condición intersexual no se relaciona con la orientación sexual o la identidad de género, “las personas intersexuales experimentan la misma gama de orientaciones sexuales e identidades de género que las personas que no lo son”.²²
- *Género*: “Se refiere a las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre y al significado social y cultural que se atribuye a esas diferencias biológicas”.²³
- *Identidad de género*: La identidad de género es la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar –o no– la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales. La identidad de género es un concepto amplio que crea espacio para la auto-identificación, y que hace referencia a la vivencia que una persona tiene de su propio género. Así, la identidad de género y su expresión también toman muchas formas, algunas personas no se identifican ni como hombres ni como mujeres, o se identifican como ambos.²⁴
- *Transgénero o persona trans*: Cuando la identidad o la expresión de género de una persona es diferente de aquella que típicamente se encuentran asociadas con el sexo asignado al nacer. [...] El término trans, es un término sombrilla utilizado para describir las diferentes variantes de la identidad de género, cuyo común denominador es la no conformidad entre el sexo asignado al nacer de la persona y la identidad de género que ha sido tradicionalmente asignada a este. [...] La identidad de género es un concepto diferente de la orientación sexual.²⁵
- *Persona transexual*: “Las personas transexuales se sienten y se conciben a sí mismas

20 Ibid., párr. 32-b.

21 Ana Almeida y Elizabeth Vásquez, ed., *Cuerpos distintos: ocho años de activismo transfeminista en Ecuador* (Quito: Manthra Editores, 2010), 7.

22 Corte IDH, “Opinión Consultiva OC-24/17”, 24 de noviembre de 2017, párr. 32-d, <https://bit.ly/3X3F2DX>

23 Ibid., párr. 32-e.

24 Ibid., párr. 32-f.

25 Ibid., párr. 32-h.

como pertenecientes al género opuesto que social y culturalmente se asigna a su sexo biológico y optan por una intervención médica —hormonal, quirúrgica o ambas— para adecuar su apariencia física-biológica a su realidad psíquica, espiritual y social”.²⁶

- *Persona cisgénero*: “Cuando la identidad de género de la persona corresponde con el sexo asignado al nacer”.²⁷
- *Orientación sexual*: Tendencia de una persona a sentirse sexualmente atraída por, o a involucrarse sexualmente, con uno u otro sexo.²⁸

En el marco de estas definiciones resulta imperioso reiterar que la identidad de género, así como los derechos derivados de la misma, son concepciones amplias que pueden involucrar o no modificaciones del cuerpo a través de procedimientos médicos o quirúrgicos, no obstante, es erróneo aislar este concepto a transformaciones físicas del cuerpo.²⁹ En consecuencia, cuando se habla de identidad de género e identidad transexual, así como de personas trans y personas transexuales, se hace referencia a una relación de género y especie, es decir, los primeros conceptos abarcan a los segundos.

El libre desarrollo de la personalidad y la identidad de género

Se puede iniciar este segundo subtema señalando que existen varios problemas que encierran esta problemática, siendo así la relatoría sobre derechos de las personas LGBTI³⁰ ha identificado cuatro desafíos generales a ser superados a efectos de materializar los derechos fundamentales de estos grupos humanos, a saber:

- (i) prevalencia de formas de violencia contra las personas LGBTI en el hemisferio, incluyendo física, psicológica, sexual, económica, institucional, y otras manifestaciones;
- (ii) fallas en el cumplimiento del deber de actuar con debida diligencia, incluyendo la prevención, la investigación, la sanción, y la reparación de violaciones de derechos humanos que afectan a las personas LGBTI;
- (iii) múltiples formas de discriminación e interseccionalidad (por ejemplo, indígenas, afro-descendientes, con discapacidad, viviendo con VIH/SIDA); y

26 Ibid., párr. 32-i.

27 Ibid., párr. 32-k.

28 Ana Almeida y Elizabeth Vásquez, eds., *Cuerpos distintos: ocho años de activismo transfeminista en Ecuador* (Quito: Manthra Editores, 2010), 8.

29 Corte IDH, “Opinión Consultiva OC-24/17”, 24 de noviembre de 2017, párr. 145, <https://bit.ly/3X3F-2DX>

30 Lesbiana, gay, bisexual, trans o transgénero e intersex.

(iv) obstáculos en el ejercicio de los derechos políticos y derechos económicos, sociales y culturales de las personas LGBTI.³¹

En este contexto, la sentencia Nro. 133-17-SEP-CC constituye un precedente importante en lo que a la progresividad de los derechos de las personas trans se refiere. Así pues, a través del reconocimiento del derecho a la identidad de género e identidad transexual, partiendo de los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la identidad personal, se ha materializado en el presente fallo el principio de aplicación consagrado en el numeral 8 del artículo 11 de la Constitución de la República del Ecuador.

La sentencia en análisis introduce a nuestro sistema de precedentes conceptos esenciales para la teoría de los derechos humanos, los cuales lamentablemente han sido abarcados parcamente o inclusive no han sido desarrollados previamente por la Corte Constitucional. Tenemos así, por ejemplo, la concepción de la dignidad humana como eje transversal para la interpretación de los derechos constitucionales y su estrecha vinculación con el libre desarrollo de la personalidad. En este contexto, la Corte en el presente caso manifiesta textualmente que: “Uno de los aspectos que permite entender de forma objetiva la dignidad humana es la autonomía o posibilidad —personal o colectiva— de diseñar un plan vital y determinarse según sus características íntimas”.³²

Adicionalmente, es destacable la constante remisión que hace la Corte a fuentes de derecho comparado, principalmente a fallos de la Corte Constitucional colombiana,³³ así como a instrumentos internacionales de *soft law* y *hard law* componentes de nuestro bloque de constitucionalidad.³⁴ Al remitirse a estas fuentes la Corte persigue establecer los alcances y límites del aludido derecho al libre desarrollo de la personalidad y su conexidad con el derecho a la identidad personal, así como el tratamiento de ambos derechos desde los enfoques de la identidad de género.

De igual manera, se considera que la introducción a la jurisprudencia constitucional ecuatoriana del concepto de proyecto o plan de vida, delineado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es de suma importancia para el avance del Estado constitucional de derechos y justicia que propugna la Constitución en su artículo primero, y servirá como

31 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe Anual 2015*, 31 de diciembre de 2015, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 48/15, capítulo III, párr. 44.

32 Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia”, en *Juicio nro. 133-17-SEP-CC*, 10 de mayo de 2017, 33.

33 Sentencias nro. T-881/02 de 17 de octubre de 2002, nro. T-549/93 de 15 de diciembre de 1993, nro. T-063/15 del 13 de febrero de 2015, y nro. T-063-15 de 13 de febrero de 2015.

34 La Corte Constitucional toma nota de los instrumentos generados en el marco de la Organización de Naciones Unidas, así como de los informes y la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos; dentro de los cuales cabe descartar los principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género o *Principios de Yogyakarta*, y la sentencia de la Corte IDH del Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, de 24 de febrero de 2012.

fundamento para el desarrollo progresivo de muchos otros derechos fundamentales, así como para ampliar el ámbito de la reparación integral ante su posible violación.

Uno de los aspectos más novedosos, y que imprimirán un fuerte impacto en la futura resolución de casos relacionados con diversidades sexuales, es la determinación que realiza la Corte Constitucional sobre las dimensiones de género y opción sexual como núcleos esenciales del derecho a la identidad personal.

Sobre la base del razonamiento expresado en el párrafo precedente, el máximo organismo de justicia constitucional esboza el derecho a la identidad transexual y al cambio del dato sexo en los correspondientes registros públicos. En tal sentido, la corte reconoce “la compleja situación a la que se ven expuestas las personas transexuales en su lucha de reasignar medicamente su sexo y reivindicar legalmente su identidad personal”.³⁵ Así pues:

La libertad de cambio del dato sexo en [el] estado civil [de las personas transexuales], es una facultad estrechamente ligada al libre desarrollo de la personalidad, de ser privada y públicamente un ente único con una sola y única identidad, establecida por sí mismo.³⁶

En consecuencia:

Si una persona desarrolla un género distinto al sexo asignado al nacer, y esto le lleva a someterse a procedimientos médicos a fin de adecuar su cuerpo y sexo biológico al género mental, asume una identidad transexual. Entonces, lo correspondiente es que la autoridad pública reconozca dicha libre autodeterminación de identidad personal.³⁷

En esta línea de pensamiento, es preciso destacar que tanto la Corte Constitucional como la Corte IDH llegan a determinar un contenido del derecho a la identidad de género que se podría considerar fundamental para justificar posteriores cambios o modificaciones en registros públicos y documentos de identidad; esto es, el carácter preeminente que el derecho de debe dar al sexo psicosocial frente a sexo morfológico o biológico. Así pues, al estar ligada a la identidad de género la idea de que el género y el sexo son parte de una construcción identitaria que es producto de una decisión autónoma de cada persona; los caracteres biológicos asignados a una persona al nacer de ninguna manera pueden convertirse en rasgos objetivos e inmutables, sino que, al contrario, dependen de su apreciación subjetiva.³⁸

35 Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia”, en *Juicio nro. 133-17-SEP-CC*, 10 de mayo de 2017, 39.

36 Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia”, en *Juicio nro. 133-17-SEP-CC*, 10 de mayo de 2017, 43.

37 Ibid.

38 Corte IDH, “Opinión Consultiva OC-24/17”, 24 de noviembre de 2017, párr. 95, <https://bit.ly/3X3F-2DX>

En definitiva, se puede afirmar que la línea argumentativa seguida por la Corte Constitucional hasta este punto se asemeja, a grandes rasgos, con los criterios desarrollados por la Corte IDH en la OC-24/17; puesto que, partiendo del análisis de la dignidad humana y el derecho al libre desarrollo de la personalidad, ambos organismos desprenden el derecho a la identidad personal, así como sus dimensiones de identidad género y sexual.³⁹

Algunas cuestiones sobre la igualdad y no discriminación

Es indispensable reconocer, ante todo, el constante sometimiento a prácticas discriminatorias al que ha estado históricamente sujeto el colectivo LGBTI. En el caso ecuatoriano, como acertadamente señala Gayne Villagómez: “la normativa secundaria continúa desconociendo la diversidad sexual de las mujeres y los grupos LGBTI, lo cual se traduce en la negación a este sector de su condición de ciudadanía y de sujetos jurídicos”.⁴⁰

En este sentido, tal vez uno de los aspectos más reprochables de la sentencia nro. 133-17-SEP-CC es que, a pesar de desarrollar de manera adecuada el contenido de los derechos al libre desarrollo de la personalidad e identidad personal en sus dimensiones de identidad de género y sexo, no es clara al momento de concretar el paso argumentativo que le permite concluir que la disposición legal controvertida, así como la actuación de la Dirección General Registro Civil no persiguen un fin constitucionalmente legítimo.

En efecto, el artículo 89 de la derogada Ley de Registro Civil, Identificación y Cedulación contempla como uno de los escenarios para la nulidad o reforma de la inscripción de nacimiento, el cambio de sexo del inscrito. Para lo cual la persona interesada debe emprender un juicio sumario ante el juez de lo civil competente y deberá contar con dictámenes previos por parte jefe de Registro Civil, Identificación y Cedulación y del Ministerio Público.

Así pues, se considera que el error de la Corte Constitucional al evaluar la precitada disposición normativa fue el no haber determinado si el requisito de acudir a un proceso judicial para el cambio del dato sexo en la inscripción de nacimiento, constituye o no una diferencia de trato y si esta diferenciación es o no razonable. Ante esta ausencia argumentativa se propone el siguiente análisis:

En primer lugar, no se debe olvidar que el principio de igualdad y no discriminación no implica que el Estado no realice ningún tipo de distinción en la aplicación de la ley, en otras palabras, de este principio no se deriva un derecho a que todas las personas sean tratadas de forma idéntica en cualquier circunstancia. Por el contrario, el Estado tiene la

39 Ibid., párr. 88-93.

40 Gayne, Villagómez Weir, “La Revolución Ciudadana y las demandas de género”, en *El Corréismo al desnudo*, eds. Juan Cuvi, Decio Machado, Atawallpa Oviedo y Natalia Sierra (Quito: Montecristi Vive, 2013), 66.

facultad constitucional de tratar a las personas de modo diferente siempre que se apoye en un criterio razonable y justificado.⁴¹

En ese contexto, el autor colombiano Carlos Bernal Pulido destaca que tanto la doctrina como la jurisprudencia de varios países cuyas constituciones reconocen el principio de igualdad y no discriminación, han desarrollado varios criterios o test que ayudan a distinguir entre un trato diferencial constitucionalmente permitido y uno prohibido, es decir, un trato discriminatorio.⁴² Sin embargo, al no ser materia de este artículo analizar cada uno de estos test, bastará con enunciar los elementos básicos que componen todo juicio de igualdad formal.

A este respecto, Roberto Saba señala que la igualdad de trato ante la ley requiere de un doble juicio: uno, establecer cuál es el fin que persigue la norma; y dos, encontrar una relación de funcionalidad o de instrumentalidad entre el criterio escogido y el fin buscado.⁴³ Como paso final, el tratadista argentino destaca que la última prueba es la legitimidad del fin buscado por la regulación “ya que podría suceder que incluso en el caso en que el medio escogido para lograrlo sea funcional o instrumental a los objetivos de la regulación, el fin propiamente dicho sea, sin embargo, contrario a derechos reconocidos por la Constitución”.⁴⁴

En consecuencia, con fines meramente metodológicos, se podría sintetizar los elementos esenciales del test o juicio de igualdad de la siguiente manera: uno, la identificación del objetivo que busca la medida diferenciadora; dos, si el objetivo es constitucionalmente legítimo; y tres, la idoneidad de la medida que establece la diferenciación para alcanzar este objetivo —relación de funcionalidad medio-fin—. ⁴⁵

Ahora bien, en el caso concreto resulta importante concluir que el requisito impuesto a las personas trans de acudir a un órgano judicial, a efectos de obtener el reconocimiento de su derecho a la identidad de género, constituye un trato diferenciado. Es un trato diferenciado con respecto a las personas cisgénero, a quienes el sexo asignado al nacer y

41 Roberto Saba, *Más allá de la igualdad formal ante la ley* (Buenos Aires: Siglo XXI, 2016), 34-6.

42 A lo largo de sus hasta ahora diez años de funcionamiento, también la Corte Constitucional colombiana ha establecido y ha aplicado diversos criterios para determinar el principio de igualdad. Esos criterios han sido expuestos en tres diversas versiones del llamado “test” o juicio de igualdad: (1) un juicio de igualdad de influencia europea, que sigue el modelo del principio de proporcionalidad; (2) un segundo juicio, de influencia norteamericana, que se funda en una distinción entre tres tipos de escrutinios de igualdad; y (3) un original “juicio integrado de igualdad”, que pretende ser una simbiosis entre los dos primeros esquemas. Carlos Bernal Pulido, “El juicio de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional”, en *Igualdad y no discriminación: el reto de la diversidad*, eds. Daniela Caicedo Tapia y Angélica Porras Velasco (Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2010), 458.

43 Roberto Saba, *Más allá de la igualdad formal ante la ley* (Buenos Aires: Siglo XXI, 2016), 41.

44 Ibid., 48.

45 Carlos Bernal Pulido, *El juicio de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional* (México: UNAM, 2002), 471.

consignado en el registro pertinente corresponde con a la autopercepción que este grupo humano tiene de su género. En otras palabras, mientras que las personas cisgénero únicamente deben realizar un simple trámite administrativo para ejercer su derecho a la identidad de género,⁴⁶ las personas trans deben someterse a un procedimiento jurisdiccional en el que intervienen varios agentes estatales para ejercer el mismo derecho.

El objetivo de la medida diferenciadora a la que se hace alusión sería proporcionar a las personas trans un mecanismo, en este caso jurisdiccional, para que puedan modificar el dato sexo en su inscripción de nacimiento. En cuanto si este objetivo es constitucionalmente legítimo, se puede concluir, *prima facie*, que a través de este proceso judicial se pretende materializar el derecho a la identidad personal consagrado en el numeral 28 del artículo 66 de la Constitución de la República del Ecuador.

No obstante, al momento de analizar la relación de idoneidad o funcionalidad entre esta medida diferenciadora y el objetivo que persigue, no se pueden identificar argumentos válidos que permitan justificar que un procedimiento jurisdiccional es más adecuado que un trámite administrativo simple y gratuito para de modificación del dato sexo de las personas trans.

Sobre este último punto, resulta interesante destacar lo manifestado por el representante de la Defensoría del Pueblo durante de la audiencia pública, ante el pleno de la Corte Constitucional. En este caso, el aludido representante de la parte accionada señaló que se ha venido discutiendo por varios años acerca del sentido y alcance del art. 89 de la derogada Ley de Registro Civil, Identificación y Cedulación, y que, a su criterio, el proceso judicial contemplado en dicha disposición solamente es aplicable cuando existe un error en el registro, más el legislador nunca previó el caso de cambio de sexo por parte de las personas trans.

El representante de la Defensoría del Pueblo incluso llegó a narrar —como anécdota— que en otro caso, esa institución pública acudió a la justicia ordinaria a través del aludido juicio sumario, y en la correspondiente sentencia el juez concluyó que ese procedimiento no es aplicable para un cambio de sexo, cuando la persona ha sido registrada de manera adecuada al nacer, es decir, de acuerdo con la percepción que terceras personas tuvieron sobre los genitales de la persona que pretende el cambio de la inscripción de nacimiento.⁴⁷

Adicionalmente, la Corte IDH en la OC-24/17, al analizar la naturaleza del procedimiento de solicitud de adecuación de los datos de identidad de conformidad con el género auto percibido, establece que los aludidos procedimientos deben ser de naturaleza netamente declarativa, expeditos y deben tender a la gratuidad. En consecuencia:

46 Referencia al trámite administrativo de inscripción de nacimiento que se encontraba regulado en el Capítulo III del Título II de la derogada Ley General de Registro Civil Identificación y Cedulación.

47 Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia”, en *Juicio nro. 133-17-SEP-CC*, 10 de mayo de 2017, 9-10.

El procedimiento que mejor se ajusta a los requisitos establecidos en esta opinión es el que es de naturaleza materialmente administrativa o notarial, dado que el proceso de carácter jurisdiccional eventualmente puede incurrir, en algunos Estados, en excesivas formalidades y demoras que se observan en los trámites de esa naturaleza.⁴⁸

En definitiva, la medida diferenciadora analizada no es, desde ningún punto de vista, la más idónea o funcional para garantizar el derecho a la identidad de género de las personas trans. Puesto que se trata de una disposición normativa sobre la cual existía una marcada incertidumbre hermenéutica y que, en la práctica resultó ser ineficaz y un obstáculo para la autodeterminación de estas personas. Por consiguiente, la medida contemplada en el artículo 89 de la derogada Ley de Registro Civil, Identificación y Cedulación es una diferencia de trato no razonable y, en consecuencia, discriminatoria.

La desigualdad estructural, su aplicación al presente caso

Hasta aquí, en el análisis de la sentencia nro. 133-17-SEP-CC se ha esbozado una concepción formal e individualista del principio de igualdad y no discriminación; sin embargo, a la hora de desentrañar este principio en el contexto contemporáneo, siempre es necesario tomar en cuenta los datos históricos y sociológicos por los cuales la pertenencia de un individuo a determinado grupo humano puede implicar una situación de sometimiento y exclusión social sistemática.⁴⁹

Así pues, para Roberto Saba, una lectura estructural de la desigualdad “no se vincula con la irrazonabilidad disfuncional o la no instrumentalidad del criterio escogido para realizar la distinción, sino que entiende que el objetivo social que persigue este principio constitucional es el de evitar la conformación de grupos excluidos, sojuzgados o sometidos en una comunidad nacional”.⁵⁰

Solo a través de una postura en donde el principio de igualdad se entiende como el no sometimiento de determinados colectivos humanos a prácticas de la sociedad que han tendido a subordinarlos y excluirlos de forma sistemática, se puede justificar la obligación que establece nuestra Constitución, en su artículo 11 numeral 2, para que el Estado adopte medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de vulnerabilidad. Ahora bien, si se aterriza las ideas de la igualdad como no sometimiento en el caso concreto que se está analizando, se

48 Corte IDH, “Opinión Consultiva OC-24/17”, 24 de noviembre de 2017, párr. 159, <https://bit.ly/3X3F2DX>

49 Roberto Saba, *Más allá de la igualdad formal ante la ley* (Buenos Aires: Siglo XXI, 2016), 30-1.

50 *Ibid.*, 58.

puede llegar a la misma conclusión que expresa la autora Tamara Adrián Hernández, en el sentido de que las personas trans:

A falta del reconocimiento de una identidad legal y un nombre y sexo coherente con su identidad psico-físico-social, se encuentran expuestas de manera continua a una afección en sus más elementales derechos humanos y civiles, de forma incompatible con el goce efectivo de tales derechos. Esta afección se manifiesta no solo respecto del derecho a la identidad, al nombre, al libre desenvolvimiento de la personalidad, al honor y a la reputación, sino también respecto de los derechos a la salud, al trabajo, al estudio, a la seguridad social, a la libre circulación, a la no-discriminación, a la protección efectiva de la seguridad física y, en general, al derecho a la protección efectiva como minoría discriminada.⁵¹

En este orden de ideas, es preciso señalar que, en la sentencia bajo análisis, la Corte Constitucional aborda de manera muy tangencial la situación de desigualdad estructural por la que atraviesan las personas trans. En este sentido, la Corte “entiende la delicada situación de las poblaciones trans quienes sufren discriminación por un constructo social de estigma a las diversidades sexuales y de género”.⁵²

Esto último en contraste con los criterios sostenidos por la Corte IDH en la OC-24/17. Allí queda claramente establecido que la garantía del derecho a la identidad de género de las personas en situación de diversidad sexual es de vital importancia para el goce de muchos otros derechos fundamentales. Además, que el no reconocimiento de este derecho contribuye a perpetuar situaciones de discriminación estructural al que se ha visto sometido este grupo de personas. En tal sentido, la Corte IDH señala textualmente que:

La falta de reconocimiento del derecho a la identidad de género de las personas puede a su vez obstaculizar el ejercicio de otros derechos fundamentales y por ende tener un impacto diferencial importante hacia las personas transgénero, las cuales, como se ha visto, suelen encontrarse en posición de vulnerabilidad [...] Además, la falta de acceso al reconocimiento a la identidad de género constituye un factor determinante para que se sigan reforzando los actos de discriminación en su contra, y también puede erigirse en un obstáculo importante para el goce pleno de todos los derechos reconocidos por el derecho internacional, tales como el derecho a una vida digna, el derecho de circulación, a la libertad de expresión, los derechos civiles y políticos, el derecho a la integridad personal, a la salud, a la educación, y a todos los demás derechos.⁵³

51 Tamara Hernández, “Bases conceptuales de una normativa que asegure la igualdad de derechos a las lesbianas, homosexuales, transexuales y transgéneros en Venezuela”, en *Cuerpos y diversidad sexual: aportes para la igualdad y el reconocimiento*, ed. Beatriz Espinosa Pérez (Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2008), 27-8.

52 Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia”, en *Juicio nro. 133-17-SEP-CC*, 10 de mayo de 2017, 43.

53 Corte IDH, “Opinión Consultiva OC-24/17”, 24 de noviembre de 2017, párr. 114, <https://bit.ly/3X3F->

A la luz de la obligación que tiene el Estado ecuatoriano de adoptar medidas legislativas y políticas públicas para superar la situación de desigualdad estructural por la que atraviesan las personas trans, es posible aseverar que resulta valioso el análisis que realiza la Corte con respecto a las disposiciones de la vigente Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles. No obstante, es criticable la decisión adoptada por la Corte Constitucional en cuanto a las inconsistencias que presenta el artículo 30 de la misma ley con los derechos al libre desarrollo de la personalidad e identidad de género de las personas trans.

Así pues, se considera que, más allá de la “inexistencia de una norma que garantice en forma adecuada los derechos constitucionales de personas transexuales a su identidad de género”,⁵⁴ la interpretación literal del segundo inciso del artículo 30 de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles es contraria a la Constitución de la República del Ecuador, y en consecuencia la Corte Constitucional debió haberla declarado inconstitucional, en virtud de la potestad prevista en el numeral 3 del artículo 436 de la referida norma suprema.

En contra de este criterio sostenido en el párrafo precedente podría alegarse la gravedad de la declaratoria de inconstitucionalidad y que esta debe ser de última *ratio*. Sin embargo, no se debe olvidar que el máximo organismo de justicia constitucional ha adoptado anteriormente mecanismos por los cuales se ha declarado la constitucionalidad condicionada o reductora de ciertas disposiciones legales.⁵⁵ Los aludidos mecanismos han dado paso a la adopción de las denominadas sentencias modulativas o atípicas, que también hubiesen sido loables en el presente caso.

No obstante, en la especie la Corte Constitucional incurrió en la reafirmación de la vulneración de los derechos del colectivo trans por un año más, hasta que la Asamblea Nacional expida la normativa pertinente. Esta situación impediría que el Estado ecuatoriano se desvincule totalmente de la conclusión a la que llega el experto independiente de

2DX

54 Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia”, en *Juicio nro. 133-17-SEP-CC*, 10 de mayo de 2017, 48.

55 Por ejemplo, en la Sentencia nro. 002-09-SAN-CC de 02 de abril de 2009 se presenta el caso de una sentencia manipulativa *subtractiva*, en virtud de la cual se “[...] elimina un tramo de la norma subconstitucional, también para amalgamarla con la Constitución. Por ejemplo, si se borra una prohibición, una exclusión o un tope que la incompatibiliza con la ley suprema”. Néstor Pedro Sagüés, “Las sentencias atípicas de la jurisdicción constitucional y su valor jurídico”, en *Genealogía de la justicia constitucional ecuatoriana*, ed. Dunia Martínez Molin (Quito: Corte Constitucional para el periodo de Transición, 2012), 121.

Por otra parte, en la Sentencia No. 001-10-SIN-CC de 18 de marzo de 2010 podemos encontrar el caso de una sentencia interpretativa *admisoria* o interpretativa, la cual “es la que condena a una determinada interpretación (‘norma’) del precepto-disposición bajo examen, como opuesto a la Constitución, pero no al texto (precepto-disposición) mismo, que persiste vigente y aplicable, siempre que se lo interprete del modo conforme a la Constitución (esto es, conforme a una variable interpretativa —norma— adecuada a ella), y no según la variante interpretativa reputada inconstitucional”. *Ibid.*, 117.

Naciones Unidas sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, a saber:

En muchos países, las personas transgénero no consiguen que el Estado reconozca el género con el que se identifican, incluso con la intervención quirúrgica de reasignación de género, y tienen que soportar abusos y discriminación durante toda la vida. El no reconocimiento está vinculado a un entorno que favorece la violencia y la discriminación. [...] Entre otros impedimentos cabe citar los obstáculos burocráticos y las dificultades para acceder a la atención médica, por ejemplo, al tratamiento hormonal, así como para acceder a los medios de vida, por ejemplo, la educación, la vivienda, un nivel de vida decente y oportunidades de empleo. [...] Por lo tanto, es necesario avanzar hacia el reconocimiento jurídico de la identidad de género que la persona defina para sí sin métodos de coacción.⁵⁶

En este contexto, si bien la Corte Constitucional reconoció como un avance lo previsto en el artículo 94 de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles, existen varias opiniones desde la sociedad civil que señalan que la aplicación de esta disposición legal también tendría resultados discriminatorios. Así pues, solo las personas trans han optado por sustituir el campo sexo por el de género en su cédula de identidad, lo cual devendría en una nueva estigmatización frente al resto de personas que tienen una cédula tradicional.

En este sentido, la Corte IDH ha señalado que “tanto los procedimientos, como las rectificaciones realizadas a los registros y los documentos de identidad de conformidad con la identidad de género auto-percibida, no deben ser de acceso público, ni tampoco deben figurar en el mismo documento de identidad”.⁵⁷

Por consiguiente, el estado ecuatoriano —aún en 2024— mantiene deudas pendientes, no solo conforme a los parámetros de la sentencia nro. 133-17-SEP-CC, sino también a los amplios criterios de protección sobre el procedimiento de solicitud de adecuación de los datos de identidad de conformidad con la identidad de género autopercebida, establecidos en la opinión consultiva nro. OC-24/17.⁵⁸

Conclusiones

La sentencia nro. 133-17-SEP-CC de 10 de mayo de 2017, emitida por la Corte Constitucional del Ecuador, constituye un precedente importante en lo que respecta al

56 ONU Asamblea General, *Informe del Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género*, 19 de abril de 2017, A/HRC/35/36, párr. 57.

57 Corte IDH, “Opinión Consultiva OC-24/17”, 24 de noviembre de 2017, párr. 135, <https://bit.ly/3X3F-2DX>

58 *Ibid.*, párr. 117-161.

desarrollo del contenido de los derechos al libre desarrollo de la personalidad e identidad personal en sus facetas de género y sexo.

La línea argumentativa de la sentencia antes mencionada coincide, a grandes rasgos, con los criterios iniciales⁵⁹ desarrollados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva nro. OC-24/17.

No obstante, la sentencia analizada presenta varias falencias argumentativas, principalmente enfocadas a: uno, la falta de precisión a la hora de manejar definiciones y conceptos en clave de diversidad sexual; dos, la ausencia de ejercicios o técnicas hermenéuticas, en torno al principio de igualdad y no discriminación, que demuestren la presencia de tratamientos discriminatorios en las disposiciones legales y actuaciones administrativas que incidieron en el presente caso; y, tres, la incapacidad de la Corte Constitucional de adoptar medidas contundentes a efectos de superar la situación de desigualdad estructural que enfrentan las personas trans cuando se les desconoce su derecho a la identidad de género.

Por último, no resta sino concluir que el Estado ecuatoriano aún mantiene una deuda importante con las personas en situación de diversidad sexual. Esta deuda consiste principalmente en adecuar la legislación infra constitucional a los criterios establecidos en la Opinión Consultiva Nro. OC-24/17.

Referencias bibliográficas

Almeida, Ana y Elizabeth Vásquez, eds. *Cuerpos distintos: ocho años de activismo transfeminista en Ecuador*. Quito: Manthra Editores, 2010.

Álvarez, Judith Salgado. “Lidiando con la diferencia. Respuestas desde la justicia constitucional ecuatoriana y colombiana”. En *Igualdad y no discriminación: el reto de la diversidad*, editado por Daniela Caicedo Tapia y Angélica Porras Velasco, 483-546. Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2010.

Bernal Pulido, Carlos. “El juicio de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional”. En *Igualdad y no discriminación: el reto de la diversidad*, editado por Daniela Caicedo Tapia y Angélica Porras Velasco, 451-482. Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2010).

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe Anual 2015. 31 de diciembre de 2015. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 48/15.

Corte IDH. Opinión Consultiva OC-24/17. 24 de noviembre de 2017. <https://bit.ly/3X3F2DX>

59 Ibid., párr. 85-116.

- Ecuador Corte Constitucional del Ecuador. “Sentencia”. En *Juicio n.º 133-17-SEP-CC*, 10 de mayo de 2017.
- Ecuador. *Sistema de Formación de la Ley*, Asamblea Nacional, accedido 20 de diciembre de 2018, <https://leyes.asambleanacional.gob.ec/>
- Hernández, Tamara. “Bases conceptuales de una normativa que asegure la igualdad de derechos a las lesbianas, homosexuales, transexuales y transgéneros en Venezuela”. En *Cuerpos y diversidad sexual: Aportes para la igualdad y el reconocimiento*, editado por Beatriz Espinosa Pérez, 16-32. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2008.
- ONU. *Informe del Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género*. 19 de abril de 2017. A/HRC/35/36.
- Saba, Roberto. *Más allá de la Igualdad Formal ante la Ley*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2016.
- Sagüés, Néstor Pedro. “Las sentencias atípicas de la jurisdicción constitucional y su valor jurídico”. En *Genealogía de la Justicia Constitucional Ecuatoriana*, editado por Dunia Martínez Molina, 113-134. Quito: Corte Constitucional para el periodo de Transición, 2012.
- Villagómez, Gayne. “La Revolución Ciudadana y las demandas de género”. En *El Correísmo al desnudo*, editado por Juan Cuvi, Decio Machado, Atawallpa Oviedo y Natalia Sierra, 53-69. Quito: Montecristi Vive. 2013.

REVISTA DE DERECHO

DIRECTUM