VOLUMEN 5 NÚMERO 16
ABRIL - JUNIO 2022
ISSN: 2631-2735

ILEX

Revista de Investigación en Ciencias Jurídicas

CIDE
CET-BOLIVIA
latindex catálogo 2.0

VOLUMEN 5 NÚMERO 16
ABRIL - JUNIO 2022
ISSN: 2631-2735

ILEX

Revista de Investigación en Ciencias Jurídicas

CIDE
CET-BOLIVIA
latindex catálogo 2.0

Revista de Investigación en Ciencias Jurídicas

CONTACTO

Dirección postal

CIDE, Centro de Investigación y Desarrollo Ecuador
Urbanización La Martina, frente al terminal terrestre de Durán, Manzana B8, Solar # 4
Telf.: (593) 4 2037524, celular: 099 680 0630
Código Postal: 090701

Contacto principal

Doris Villalba Fermín, Directora en Jefe de la Editorial CIDE
Teléfono: (+593)963130079
Correo electrónico: editor@revistalex.org
Sitio web www.revistalex.org

Contacto de soporte

Ing. Freddy Javier Sánchez González
Teléfono: (593) 99 927 524
Correo electrónico: soportesistema@cetbolivia.org

Información legal

ISSN: 2631-2735
Periodicidad: Trimestral

EQUIPO EDITORIAL

EDITOR / EDITOR

MSc. Karen Abigail Sequeiros Olivares,
CIDE, Centro de Investigación y Desarrollo Ecuador

CONSEJO EDITORIAL / EDITORIAL BOARD

Dr. Jorge Nuñez de Arco, Universidad del Valle, Bolivia
Dra. Andrea Alarcón Peña, Universidad Militar Nueva Granada, Colombia
Dr. Gerardo Favio Bernales Rojas, Universidad De Talca, Chile

COMITÉ CIENTÍFICO / SCIENTIFIC COMITTEE

- Dr. Juan Sebastián Vera Sánchez, Universidad Austral de Chile, Chile
- Dr. Jorge Antonio Breceda Pérez, Universidad Autónoma de Ciudad Juárez, México
- Dra. Mercy Liliana Borbón Hoyos, Tecnológico de Antioquia Institución Universitaria, Colombia
- Dra. Verónica Lidia Martínez, Universidad Anáhuac, México
- MSc. Jose Maria Lopez Dominguez, Universidad San Gregorio, Ecuador
- MSc. Javier Antonio Artiles Santana, Universidad San Gregorio, Ecuador
- MSc. Simón Bolivar Flores de Valgas Cedeño, Universidad San Gregorio, Ecuador
- MSc. Dayton Francisco Farfan Pinoargote, Universidad San Gregorio, Ecuador

EVALUADORES PARES / PEER REVIEWERS

- PhD. Aura María Vasco Ospina, Tecnológico de Antioquia Institución Universitaria, Colombia
- PhD. Albeiro Muñoz Giraldo, Tecnológico de Antioquia Institución Universitaria, Colombia
- PhD. Juan Ramón Pérez Carrillo, Universidad San Gregorio de Portoviejo, Cuba
- Dra. Dra. Luz Elena Mira Olano, Tecnológico de Antioquia Institución Universitaria, Colombia
- Dr. Eudoro Echeverrí Quintana, Universidad Santo Tomás de Bogotá, Universidades Externado de Colombia y Autónoma de Madrid, Colombia
- Dr. Fernando Andrés Orellana Torres, Universidad Católica del Norte, Chile
- Dra. María del Pilar Olmeda García, Universidad Autónoma de Baja California, México
- Dra. Gyomar Beatriz Pérez Cobo, Universidad San Gregorio de Portoviejo, Venezuela
- Msc. Claudio Ramírez Arévalo, Defensoría del Pueblo, Colombia
- MSc. Eduardo Argudo González, Universidad de Guayaquil, Ecuador
- MSc. Jorge Enrique Mármol Palacios, Universidad de Guayaquil, Ecuador
- MSc. Leonor Murillo Sevillano Universidad de Guayaquil, Ecuador
- MSc. Jorge Luís Villacreces, Universidad de San Gregorio, Ecuador
- MSc. Pablo Echeverri Calle, Universidad Externado de Colombia / Universidad de los Andes Colombia
- Esp. Omar Gabriel Orsi, Ministerio Público Fiscal de Argentina, Argentina
- Esp. Luis Bernardo Ruiz Jaramillo, Universidad de Antioquia, Colombia
- Esp. José Luis González Jaramillo, Universidad de Antioquia, Colombia
- Esp. Nicolás Ignacio Ariel Carrasco, Delgado Universidad de Chile, Chile
- Esp. Jahir Alexander Gutiérrez Ossa, Tecnológico de Antioquia Institución Universitaria, Colombia
- Esp. Analia Soledad Márquez, Poder Judicial de Corrientes, Argentina

EQUIPO TÉCNICO / TECHNICAL TEAM

Diseñadora
Lcda. Betsabe Pari Quiñones

Diagramadora
Lcda. Alba Gil

Traductor
Dr. Emilio Arévalo

Revista de Investigación en Ciencias Jurídicas

Contenido

136 **Presentación**

Investigación

138 **Condiciones socio-jurídicas de los migrantes retornados a territorio nacional desde un enfoque de género.**

Socio-legal conditions of migrants returned to national territory from a gender perspective.
Condições sócio-jurídicas dos migrantes retornados ao território nacional a partir de uma perspectiva de gênero.
Paola Priscila Vallejo Cárdenas; Maribel Belen Muñoz Conce, y Némesis Michaela Naranjo Rojas

153 **Criterios jurisdiccionales resarcitorios del daño moral en la reparación civil por violencia sexual a menores de edad, Lima-Perú.**

Compensatory jurisdictional criteria for moral damage in civil compensation for sexual violence against minors, Lima-Peru.
Critérios jurisdicionais compensatórios para danos morais na indenização civil por violência sexual contra menores, Lima-Peru.
Yoholvy Yulet Rodríguez Trujillo y Diana Elizabeth Castillo Silva

163 **Violencia de género contra las mujeres en la provincia del Guayas, Ecuador.**

Gender violence against womenin the province of Guayas, Ecuador.
Violação do direito à educação por falta de regulamentação sobre licenças de estudo no código do trabalho.
Elizabeth del Carmen Cedillo Romero; Veronica Patricia Santos Yanez; Teresa Celeste Naranjo Pinela, y Olga Alicia Mayanza Paucar

Volumen 5, No. 16, abril-junio 2022, ISSN: 2631-2735, https://revistalex.org

LEX
Revista de Investigación en Ciencias Jurídicas

Contenido

176 **Vulneración del derecho a la educación por la falta de regulación en cuanto a las licencias para estudios en el código de trabajo.**

Violation of the right to education due to the lack of regulation regarding study licenses in the labor code.
Violência de gênero contra mulheres na província de Guayas, Ecuador.
José Santiago Sánchez Zambrano; Adrián Teodoro Arévalo Peralta, y Adrián Arturo Cabrera Bustamante

188 **Discriminación y violencia a la comunidad LGTBI: Revisión de redacciones periodísticas.**

Discrimination and violence against the LGTBI community: Review of journalistic redactions.
Discriminação e violência contra a comunidade LGTBI: Revisão de redações jornalísticos.
Rodolfo Amado Arevalo Marcos y Susan Haydee Gonzales Saldaña

203 **La justicia transicional frente a la desaparición forzada de los 43 estudiantes de Ayotzinapa.**

Transitional justice in the face of the forced disappearance of the 43 students from ayotzinapa.
Justiça de transição diante do desaparecimento forçado dos 43 estudantes de ayotzinapa.
Iván Calvario Ponce y José Antonio Soto Sotelo

Revista de Investigación en Ciencias Jurídicas

Contenido

217 **Principio elemental de la prueba suficiente en el derecho pena.**

Elementary principle of sufficient proof in criminal law.
Princípio elementar da prova suficiente em direito Penal.
Everth Jesús Sánchez Díaz y William Eduar Sanchez Moreno

226 **Análisis del debido proceso frente a la oposición en el juicio de inventario de la extinta sociedad conyugal.**

Analysis of the due process against the opposition in the trial of inventory of the extinct conjugal society.
Análise do devido processo contra a oposição no julgamento de inventário da extinta sociedade conjugal.
Ivan Patricio Culcay Villavicencio; George Steven Chimbo Arevalo, y Paola Fernanda Pani Riera

240 **Currículo de autores**

244 **Políticas editoriales**

Volumen 5, No. 16, abril-junio 2022, ISSN: 2631-2735, https://revistalex.org

Presentación

https://doi.org/10.33996/revistalex.v6i16.114

MSc. Karen Abigail Sequeiros Olivares
Editora de la Revista Lex

La **Revista de Investigación en Ciencias Jurídicas Lex** Volumen 5 Número 16 nos presenta en esta periodicidad abril-junio, siete interesantes temáticas en el ámbito del hecho legal. Entre ellas podrán leer la realizada por los investigadores *Paola Priscila Vallejo Cárdenas; Maribel Belén Muñoz Conce, y Némesis Michaela Naranjo Roja* con un tema sobre las Condiciones socio-jurídicas de los migrantes retornados a territorio nacional desde un enfoque de género.

Además podrán examinar tres publicaciones de índole de violencia presentados por *Yoholvy Yulet Rodríguez Trujillo y Diana Elizabeth Castillo Silva* relacionado con los Criterios jurisdiccionales resarcitorios del daño moral en la reparación civil por violencia sexual a menores de edad, Lima-Perú; así como el ejecutado por los articulistas *Elizabeth del Carmen Cedillo Romero; Verónica Patricia Santos Yánez; Teresa Celeste Naranjo Pinela, y Olga Alicia Mayanza Paucar* con un estudio sobre Violencia de género contra las mujeres en la provincia del Guayas, Ecuador y por último con esta temática, la revisión de redacciones periodísticas de *Rodolfo Amado Arévalo Marcos Susan Haydee Gonzales Saldaña* abocado a la Discriminación y violencia a la comunidad LGTBI.

De igual forma, seguirán leyendo otros textos que hacen alusión a La justicia transicional frente a la desaparición forzada de los 43 estudiantes de Ayotzinapa, México de *Iván Calvario Ponce y José Antonio Soto Sotelo*. Una indagación de *José Santiago Sánchez Zambrano; Adrián Teodoro Arévalo Peralta, y Adrián Arturo Cabrera Bustamante* relacionada con la Vulneración del derecho a la educación por la falta de regulación en cuanto a las licencias para estudios en el código de trabajo. Posteriormente, encontrará el Análisis del debido proceso frente a la oposición en el juicio de inventario de la extinta sociedad conyugal desarrollado por *Iván Patricio Culcay Villavicencio, George Steven Chimbo Arévalo y Paola Fernanda Pani Riera.*

Presentación

MSc. Karen Abigail Sequeiros Olivares
Editora de la Revista Lex

Desde el equipo editorial expresamos nuestro agradecimiento a los autores que presentaron sus contribuciones y por la confianza depositada en la revista. Igualmente, invitamos a los lectores a que sigan en la producción de conocimiento y se animen a participar en la entrega de manuscritos para el próximo número de LEX.

Volumen 5, No. 16, abril-junio 2022
ISSN: 2631-2735
https://doi.org/10.33996/revistalex.v6i16.115
Páginas 138 - 152

CC BY NC SA

LEX Revista de Investigación en Ciencias Jurídicas
https://revistalex.org

Condiciones socio-jurídicas de los migrantes retornados a territorio nacional desde un enfoque de género

Socio-legal conditions of migrants returned to national territory from a gender perspective

Condições sócio-jurídicas dos migrantes retornados ao território nacional a partir de uma perspectiva de gênero

Paola Priscila Vallejo Cárdenas
pvallejoc@ucacue.edu.ec
https://orcid.org/0000-0001-9281-6979
Universidad Católica de Cuenca. Cuenca-Ecuador

Maribel Belen Muñoz Conce
mbmunozc73@est.ucacue.edu.ec
https://orcid.org/0000-0001-7881-9938
Universidad Católica de Cuenca. Cuenca-Ecuador

Némesis Michaela Naranjo Rojas
nmnaranjor43@est.ucacue.edu.ec
https://orcid.org/0000-0002-5437-7829
Universidad Católica de Cuenca. Cuenca-Ecuador

Artículo recibido el 1 de abril 2022 / Arbitrado el 27 de abril 2022 / Publicado el 2 de junio 2022

RESUMEN

La migración históricamente es un fenómeno que representa un riesgo que se ha naturalizado y aceptado en la sociedad, desde sus inicios hasta los presentes días, las personas se han desplazado en busca de mejores condiciones de vida. Como objetivo se analizó la participación activa de las mujeres en los procesos migratorios en Ecuador, los cuales han sido respuesta a la crisis política, económica, situaciones de violencia y demás causas, obligando a que las mujeres migren. El método usado fue el teórico a través de la revisión de veinte y tres documentos, evidenciando la ineficacia de las políticas frente al gran flujo migratorio las cuales deben de estar orientadas a su protección jurídica, sobre todo de la mujer, quien está en situación de doble vulnerabilidad. Concluyendo que esta problemática requiere la actuación constante y decidida del gobierno que debe elaborar mecanismos y herramientas que cubran las diversas etapas de la migración..

Palabras clave: Olas migratorias; Migración de retorno; Género; Políticas públicas; Igualdad

ABSTRACT

Migration historically is a phenomenon that represents a risk that has been naturalized and accepted in society, from its beginnings to the present day, people have moved in search of better living conditions. As an objective, the active participation of women in the migratory processes of Ecuador has been analyzed, which have been a response to the political and economic crisis, situations of violence and other causes, forcing women to migrate. The method used was theoretical through the review of twenty documents, evidencing the ineffectiveness of policies in the face of the great migratory flow, which must be oriented to their legal protection, especially of women who are in a situation of double vulnerability. Concluding that this problem requires the constant and determined action of the government that must develop mechanisms and tools that cover the various stages of migration.

Key words: Migratory waves; Return migration; Gender; Public politics; Equality

RESUMO

A migração historicamente é um fenômeno que representa um risco que vem sendo naturalizado e aceito na sociedade, desde seus primórdios até os dias atuais, as pessoas se deslocaram em busca de melhores condições de vida. Como objetivo, analisou-se a participação ativa das mulheres nos processos migratórios do Equador, que foram uma resposta à crise política e econômica, situações de violência e outras causas, forçando as mulheres a migrar. O método utilizado foi teórico por meio da revisão de vinte documentos, evidenciando a ineficácia das políticas diante do grande fluxo migratório, que deve ser orientado para sua proteção legal, principalmente das mulheres que se encontram em situação de dupla vulnerabilidade. Concluindo que este problema requer a ação constante e determinada do governo que deve desenvolver mecanismos e ferramentas que contemplem as diversas etapas da migração.

Palavras-chave: Ondas migratórias; Migração de retorno; Gênero sexual; Políticas públicas; Igualdade

INTRODUCCIÓN

La migración implica no solo una corresponsabilidad del Estado como ente rector sino también envuelve a la sociedad y la familia como actores fundamentales dentro de este ciclo, sin duda para garantizar el cumplimiento de los derechos y de las políticas migratorias en pro de los migrantes y en el caso de estudio, de la mujer tras su retorno, es necesario un estudio completo de las causas y consecuencias del fenómeno migratorio en todas sus etapas. La problemática radicó en la doble vulnerabilidad de la mujer, contextualizando que se analizó la migración de retorno desde una perspectiva de género, en la que se identificó la situación social, cultural, política y las distintas problemáticas a las que se enfrentan las mujeres, las cuales son producto de todo un proceso histórico.

Los objetivos de la presente investigación fueron las olas migratorias que se han desarrollado históricamente en Ecuador en las cuales han participado activamente las mujeres, debiéndose a las diferentes causas y consecuencias que conlleva el proceso migratorio, así como las políticas públicas emitidas por el gobierno en temas socioeconómicos y culturales relacionadas a la migración de retorno.

A través de la presente investigación estudió las diversas olas migratorias por las cuales ha tenido que atravesar el Ecuador, así como la participación de las mujeres en cada una de ellas, con el propósito de determinar la vulneración de derechos migratorios que debe ser resuelta por ser una necesidad social, ya que se debe entender a la movilidad humana como un derecho constitucional el cual debe ser respetado y ejercido de manera plena.

MÉTODO

La presente investigación se desarrolló mediante un enfoque cualitativo, a través de un método teórico puesto que, mediante la revisión bibliográfica de varios artículos científicos, así como del marco normativo nacional relacionado a la temática, se pudo precisar algunos conceptos clásicos y contemporáneos, que dotan de valor al desarrollo del presente trabajo investigativo, este método además permitió ser la base de realizar un estudio del acervo histórico de las olas migratorias y la participación de las mujeres en cada una de estas, así como la vulneración constante de sus derechos, su desarrollo y sus implicaciones actuales, desde criterios dogmáticos clásicos y contemporáneos que se han hecho desde lo jurídico y sociológico.

DESARROLLO Y DISCUSIÓN

La migración es considerada un subproducto de la globalización y de las problemáticas internas de los Estados, por ello es necesario reconocer y estudiar a la migración de retorno como una de las etapas de la migración que no es problemática nueva en Ecuador, pero si poco analizada por las diversas ramas de las ciencias. El fenómeno migratorio tiene una historia de al menos cinco décadas, sobre todo en la región del Austro ecuatoriano, para iniciar con el estudio, constituye un aspecto primordial definir ciertos conceptos, se inicia indicando que es el género. Reyes (2020) define al género como "Género no es equivalente a sexo. El género se refiere a una categoría social, se trata de una construcción mental y socio cultural elaborada históricamente, mientras que el sexo es una categoría biológica" (p. 41).

El género sería un constructo social que a lo largo de la historia ha plasmado desigualdad entre mujeres y hombres, aspecto que continua hasta los presentes días, señalando al género como un eje de desigualdad social en movilidad humana, por ende, al ser una construcción social, el género se evidencia cuando se asigna a las mujeres ciertas labores, derivándose desventajas en relación a los hombres (Reyes, 2020). Ahora bien, como señala el precitado autor, el ciclo migratorio se lo conceptualiza como al conjunto de pasos que engloba la movilidad humana, desde "la decisión migratoria, la salida del país, el tránsito migratorio, la inserción en el país de destino, la configuración de comunidades y familias transnacionales, el retorno al país de origen y la posible re-emigración" (p. 34).

Así también se puede entender a la migración como aquel hecho histórico que nace de la necesidad social y que repercute a factores socio-jurídicos, económicos, educativos, culturales y sociales en general (Reyes, 2020). Por ello, la CEPAL (2021) menciona que la migración es aquel cambio de residencia que implica el traspaso de un lugar a otro probablemente definitivo. Por otro lado, al hablar de migración de retorno, para algunos autores como Rivera (2019) es un fenómeno en el cual aquellas personas migrantes regresan a su lugar de origen, por lo que este fenómeno constituiría la última etapa del proceso migratorio. Como bien cita Albarracín (2014), el retorno no es el final del proceso migratorio, sino que constituye una etapa más de la movilidad en general, ya que se considera que el retorno en un cierto punto llega hacer una consecuencia de la migración, de manera que, para el caso del retorno de la mujer, su experiencia será completamente distinta a la del hombre, incluido sus motivos de retorno.

Ahora bien, al contextualizar la migración desde un enfoque de género, es necesario analizar de forma breve como históricamente en Ecuador se han desarrollado olas migratorias en las cuales han participado activamente las mujeres, es así que desde mil ochocientos sesenta, gracias a la exportación del cacao y a la producción de la caña de azúcar se generó el desplazamiento de hombres y mujeres a la región Costa, debido a la demanda laboral existente, hecho que generaría desplazamientos internos hasta mil novecientos treinta. Posteriormente en mil novecientos cuarenta, con el apogeo bananero, la migración femenina interna se desplazó nuevamente hacia la Costa ya que se requería su mano de obra para labores de lavado, empacado y comercialización de la fruta como materia prima; asimismo, este fenómeno se dinamizó hacia el exterior siendo el principal destino Estados Unidos (Camacho y Hernández, 2005, p. 20).

Ya en la década de los sesenta, como bien mencionan Jokisch (2007) y Camacho y Hernández (2005) con la denominada crisis de la paja toquilla, el país de destino para hombres y mujeres siguió siendo Estados Unidos, sumándose España y Venezuela, reportándose bajos índices o casi nulos de retorno; es necesario tener en cuenta que estas migrantes pertenecían a las provincias del Azuay y Cañar, las que en su mayoría se dedicaban a la agricultura o a la elaboración de sombreros de paja toquilla, que servía como producto de exportación hacia el exterior.

A mediados de los ochenta, con el llamado boom petrolero se da la caída del precio del petróleo, lo que conllevó a una crisis en la deuda externa provocando inflación, reducción considerable de salarios más la falta de políticas públicas, ocasionó que la gente busque otras formas de subsistencia, incluida la contratación de coyoteros quienes crearon redes y rutas clandestinas para llegar hacia el exterior (Jokisch, 2007). Asimismo, se puede indicar que existieron países de Europa que se convirtieron en destino para las migrantes ecuatorianas, las razones tanto económicas como sociales, son las que llevarían a las mujeres a elegir países receptores como España e Italia, considerando que uno de los factores para migrar fue el idioma lo cual permitió su adecuada integración, así como la demanda existente de mano de obra femenina para el cuidado y atención de personas de edad avanzada (Camacho y Hernández, 2005).

Sin embargo, esta llamada feminización de la migración, trajo consigo una constante vulneración de sus derechos, como estarán en líneas posteriores, ser mujer y tomar la decisión de migrar trae consigo una serie de riesgos, tanto en el proceso de tránsito hasta el país de origen, al momento de llegar al mismo y tratar de adaptarse un nuevo contexto social, así como al momento de regresar a su país de origen y reintegrarse a su grupo familiar y social (Vega y Martínez-Buján, 2016). Las autoras Camacho y Hernández (2005) señalan que en los años noventa se presentó la segunda ola migratoria como respuesta a la problemática social, económica y política

que atravesaba el país, pues el conflicto bélico con Perú en mil novecientos noventa y cinco, los desastres ocasionados por fenómenos naturales, la decadencia del petróleo y los malos gobiernos de turno, hicieron que sus ciudadanos, tanto mujeres como hombres, salgan de Ecuador en busca de una vida digna.

Por otro lado, ya a inicios del presente siglo XXI, serían otros los motivos de movilidad femenina internacional como la crisis financiera que se da con el gobierno del entonces presidente Sixto Durán Ballén y Alberto Dahik, instaurando la Ley de Instituciones Financieras causando un régimen financiero permisivo y una mala administración en Ecuador, perjudicaría económicamente (Sacoto, 2015). Este fenómeno migratorio continuaría con el siguiente gobierno de Jamil Mahuad cuando decretó el Feriado Bancario implicando que la moneda nacional perdiera más de dos tercios de su valor, ocasionando caos económico nacional, suscitando que salieran del país más de medio millón de ecuatorianos que en su gran parte fueron mujeres de todas las provincias (Mancheno, 2010).

Sin embargo, es necesario destacar que en el presente siglo Ecuador se convirtió en un lugar de constantes flujos migratorios regionales y extracontinentales, es decir que Ecuador no solo era emisor de migrantes sino también receptor de migrantes retornados y extranjeros, que buscaban nuevas oportunidades laborales debido a la dolarización. De esta manera, en los últimos años del siglo XX y los primeros del siglo XXI, la migración femenina no se derivó únicamente de factores relacionados a la economía, sino que fueron múltiples las causas que llevaron a las mujeres a migrar, como se indicó en up supra, la presencia de distintos eventos internos como externos tales como el auge bananero, la caída del petróleo o la dolarización. Ahora bien, este ítem se enfoca en los procesos migratorios de mujeres haciendo énfasis en las causas y consecuencias de este fenómeno.

Existen diversas causas migratorias como la reintegración familiar, no obstante, será la causa económica la de mayor trascendencia a consecuencia de las diferentes crisis antes mencionadas, por ello, las migrantes optaban por movilizarse a países norteamericanos y europeos para realizar trabajos considerados por estas sociedades como no deseados, acotando que las diferencias salariales entre los países de primer mundo permitan a las mujeres tener ahorro e inversión y puedan generar un patrimonio en sus países de origen (Egas, 2006). Ahora bien, si bien en los años de crisis nacional, se puede considerar al factor económico como el principal motivo de migración, es clave también mencionar que las ultimas olas migratorias en donde ha tenido mayor presencia el género femenino, será también por la búsqueda de la libertad, independencia y el querer experimentar residir en el extranjero (Camacho y Hernández, 2005).

Si bien la Constitución reconoce a la familia como núcleo fundamental de la sociedad en donde se tiene que garantizar de manera integral los derechos de sus integrantes, muchas de las veces, sucede lo contrario, pues el lugar que en teoría se considera el más seguro, presenta cuadros de maltrato y violencia en su interior, así, considerando que la migración femenina tiene una multiplicidad de causas, se menciona a la violencia intrafamiliar como una de ellas. El Código Orgánico Integral Penal (2014) en el Art. 155 define como violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar lo siguiente … a toda acción que consista en maltrato, físico, psicológico o sexual ejecutado por un miembro de la familia en contra de la mujer o demás integrantes del núcleo familiar.

Del igual forma la Ley Orgánica Integral para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres (2018) en su Art. 12 dispone que uno de los espacios en donde se desarrolla este tipo de violencia es el mismo seno familiar. Esta situación de violencia conllevó a que muchas mujeres decidan desplazarse para mantener distancia con su agresor, que principalmente era su pareja, permitiendo que lleguen a independizarse económica y sentimentalmente (Wagner, 2008).

Al inicio del presente análisis, se hizo mención que, a finales del siglo XX, la migración femenina tuvo mayor dimensión, por lo que al ser sujetos activos en este fenómeno social se considera oportuno mencionar las causas por las cuales las mujeres han decidido retornar al país. Para Resino, Jiménez, y Arranz (2018) han sido más hombres los retornados a Ecuador que mujeres y así lo argumenta en base a los datos del último Censo, a diferencia de que para Alarcón y Ordóñez (2015) es más el porcentaje de mujeres que hombres retornados al país que se dedican a emprender.

En el aspecto personal, como señalan Resino, Jiménez, y Arranz (op. cit) el retorno implica que la permanencia de la migrante haya sido temporal, siendo otra de las causas que la migrante no ha logrado establecerse y adaptarse en el país de destino ya sea por las condiciones laborales o la afinidad cultural del país receptor. En el aspecto familiar, las mujeres se ven obligadas a retornar debido al cuidado, bienestar y educación de sus hijos o cuando la salud de algún familiar se ha visto comprometida. En lo político, se puede mencionar que una de las causas de retorno es una de las consecuencias de la migración femenina, pues el hecho mismo de tener olas migratorias ha implicado que los gobiernos de destino implementen más políticas y leyes migratorias, que ha concepto y vista de las migrantes, constituyen una realidad compleja a la hora de establecerse en el país al no obtener la nacionalidad.

En el tema económico, si una mujer ha cumplido con una de sus aspiraciones u objetivos migratorios como es el tema de tener un suficiente ahorro, también es posible que retorne al país con el fin de invertir en negocios o en bienes nacionales. Así, en el caso de un retorno no productivo, se ve reflejado socialmente como un fracaso, al no haber cumplido sus expectativas, por lo que afecta directamente al tema emocional y económico de una migrante retornada. Para una migrante que pasó cierto tiempo de su vida en otro país, diferente al suyo en cuanto a sus hábitos, valores, religión, clima, comida, idioma, etnia y bajo cargas horarias exageradas, le resulta difícil volver a adaptarse culturalmente una vez que retorna, pero no solo ellas experimentan cambios, sino también su familia pese a que el retorno a su país haya sido de manera voluntaria, involuntaria, forzada o no forzada. A pesar de ello, el retorno ha permitido que la mujer dé a conocer las diferentes habilidades y conocimientos adquiridos en el país de destino, lo que trae consigo un gran aporte cultural (Rivera, 2019).

La autora antes mencionada manifiesta que gracias a esto se ha construido una cultura migratoria, pues con las habilidades y conocimientos adquiridos en el país de tránsito o destino, a su retorno llega a potenciar su lugar de origen y muchas de las veces a innovar el mercado laboral. Siendo de notoria relevancia los aspectos relacionados a los emprendimientos de cocina o vestuario, los que son inspirados en sociedades extranjeras, algo que para la sociedad resulta atractivo al momento de probar y apoyar estos negocios que han sido creados por migrantes ecuatorianas. Aunque el aspecto cultural no resulta ser tan complejo como el económico, si cumple un rol fundamental en la idea de acceder a los derechos sociales y políticos que son parte de la identidad cultural de Ecuador, pues lo mencionado anteriormente permite la reinserción femenina de manera más organizada, por lo que su adaptación se vuelve más fácil, logrando así que las mujeres puedan aprovechar todo lo que el contexto cultural ofrece para obtener beneficios y vínculos sociales más eficaces a la hora de su tan esperado regreso, no obstante, esto no ha sido suficiente para que el proceso de retorno sea pleno.

En torno a distintas problemáticas mencionadas de este proceso migratorio se han generado o desencadenado una serie de consecuencias, la primera es que muchas mujeres recurrieron al préstamo con usura para poder garantizar su viaje y en condiciones de necesidad o desesperación, aceptaban dichos préstamos con elevados intereses que terminaban por comprometer sus bienes o negocios. Si bien es una actividad financiera informal contraria y penalizada por la ley, aún hay personas dedicadas a esta actividad, que por medio de una necesidad emergente fomentan una crisis social que desemboca en más conflictos sociales de orden judicial (Ministerio de Gobierno, 2022).

Cabe mencionar, otra consecuencia que recae sobre mujeres migrantes y es que corren mayor peligro al exponerse en el cruce de fronteras pues la mayoría sufren de violencia física, psicológica y hasta sexual. La discriminación de género, así como su condición irregular, constituyen otra de las consecuencias que vulneran los derechos, situación que las conllevaba aceptar o quedarse en determinados entornos laborales, pues como señala Guerra (2015) el sistema económico globalizado, ubica a las migrantes en puestos vulnerables y mal remunerados. Otra consecuencia, pero de orden positivo, es el hecho de que las mujeres se volvieron más independientes lo cual repercutió en aspectos sociales y laborales, conllevando a la deconstrucción de roles instaurados en la sociedad, pues en las primeras olas migratorias, quien migraba era el hombre, siendo la mujer la que se "debía" quedar a cargo del cuidado de la familia. No obstante, con este suceso se fragmentó la ideología patriarcal, convirtiendo a la mujer en una persona capaz de desempeñar las mismas labores que los hombres, descomponiendo los constructos sociales a lo largo de estos procesos migratorios, aunque no a totalidad (Guerra, 2015).

Sin embargo, la desestructuración familiar como consecuencia de este fenómeno genera un impacto en los hijos e hijas, quienes tienen que crecer al cuidado y educación de sus parientes, quienes al no estar acostumbrados a desarrollar los roles que históricamente han sido encomendados a las mujeres, en ciertos casos llegan a tener repercusiones negativas como vicios o adicciones (Sánchez y Serra, 2013). Así también, dentro de las consecuencias de este proceso, se encuentra la falta de responsabilidad tanto económica como afectiva del padre como rol fundamental en la crianza y desarrollo de los hijos, perjudicando su vínculo que es determinante para el desarrollo del menor, teniendo no solo la ausencia de una madre sino de un padre (Suárez, Cuenca, y Hurtado, 2012).

En el caso de retorno de la mujer, su experiencia será completamente distinta a la del hombre, comenzando por los motivos que hacen que tomen la decisión de regresar a su país, así como el bagaje emocional que traen consigo por el proceso de migración y al mismo tiempo el hecho de tener que afrontar una nueva realidad en el país de origen. Esta situación refleja que, en esta nueva etapa, la mujer deberá iniciar el proceso de reinserción social ya que al momento de su regreso se deberá enfrentar no solo con el tema socioeconómico y cultural sino hasta psicológico y político.

La Constitución manda que una de las formas de garantizar derechos es mediante el desarrollo de políticas públicas, es así, que es necesario analizar las políticas que han incidido en las condiciones socio-jurídicas de las migrantes al momento de su retorno. Como señala Álvarez Velasco, y otros (2020), tras la emisión de la Constitución del 2008 la gestión del entonces mandatario Rafael Correa se encargó de emitir políticas públicas en donde se denotaba un

Volumen 5, No. 16, abril-junio 2022, ISSN: 2631-2735, https://revistalex.org

cambio en pro de los migrantes al hablar de la garantía de refugio, la ciudadanía universal y la creación de mecanismos para que los migrantes que decidan regresar a su país lo hagan de manera legal y segura, apoyando emprendimientos que les permitan subsistir y reintegrarse a su contexto social.

En relación al tema económico, respecto a la reinserción laboral el Plan Nacional de Movilidad Humana (2018) señala que dentro de las políticas de retorno que Ecuador ha implementado contempla el acceso a créditos para emprendimientos productivos a aquellos migrantes ecuatorianos que han retornado al país estando en el exterior por lo menos dos años. Así también dentro de este plan se señala el proporcionar mejores estrategias, más programas de emprendimiento para empresas pequeñas y medianas de migrantes retornados.

Es menester indicar la importancia del factor territorial, ya que la reinserción social y su dificultad para conseguir empleo, dependerá mucho del lugar al cual retorna la mujer, así para el caso de la Costa es una región que tiene mucha afluencia comercial, por lo que, a la hora de buscar trabajo, las posibilidades de obtenerlo serán más factibles por la gran demanda comercial existente en esta zona del país, a diferencia de la Sierra, en donde hay mayor competitividad en este sentido (Mena, 2019). Ahora bien, dependerá la vivencia de retorno, de la procedencia y de la condición de la mujer migrante, al decir que nunca será lo mismo una mujer con determinado nivel de educación, edad, situación familiar, capital humano, aspiraciones o con posibilidades de un retorno tranquilo y estable, que una mujer que tenga menos o nada, aspectos que para este proceso se vuelven primordiales a la hora de volver a ingresar en determinada sociedad.

Al hablar sobre las políticas de movilidad humana hay que tomar en cuenta muchas variantes como por ejemplo la definición de la política y su transversalización en los niveles de planificación, en el primero se refiere a una articulación de carácter general pues es más bien una cuestión estratégica; como punto de partida que se establece en el Plan Nacional de Desarrollo, un plan que cuenta con 81 políticas orientadas a garantizar los derechos de todas las personas ecuatorianas dentro y fuera del país, independientemente de su género, nacionalidad, edad o situación de movilidad. Este plan cuenta con un punto de vista enfocado más a la sociedad y a ser un mejor Estado, definiendo políticas públicas que se deben presentar y realizar de manera eficaz, con espacios que impulsen la participación ciudadana migrante, con el objetivo de mejorar el rol del Estado al identificar sus necesidades y construir soluciones colectivas. Mientras tanto, otro momento se refiere a la articulación de las políticas públicas de movilidad humana con otros instrumentos que forman parte del Sistema Nacional Descentralizado de Planificación Participativa (Plan Nacional de Movilidad Humana, 2018).

A pesar de que la Constitución en su Art. 11 numeral 2 establece la no discriminación por condición migratoria, muchas han sido las mujeres a las cuales no se les ha respetado este principio constitucional haciendo que sus derechos como mujeres retornadas no se cumplan, un claro ejemplo es la discriminación laboral a la que se enfrenta la mujer a su retorno. Por su parte, la Ley Orgánica de Movilidad Humana, 2017 es la principal norma que regula el retorno de personas en condición de movilidad hacia el territorio ecuatoriano, así, esta ley en su Art. 1 dispone el reconocimiento jurídico y político del ejercicio de la ciudadanía universal, esto implica que Ecuador como principal ente rector y quien debe garantizar el efectivo goce de derechos en su territorio, ampare la movilización de cualquier persona incluyendo a las mujeres, esto en concordancia con el Art. 40 de la Constitución que reconoce a las personas el derecho a migrar, siendo el Estado el principal encargado de desarrollar todas las acciones y políticas en pro de los derechos de las retornadas en especial atención para quienes tengan mayor vulnerabilidad.

Como bien menciona Rivera (2019) los derechos de los migrantes en cada etapa del proceso migratorio ya sea en el lugar de origen, tránsito, destino o retorno deben garantizarse desde una perspectiva de género, en donde el Estado es el responsable de ofrecer herramientas para poder proteger los derechos humanos de todas las personas, entendiendo que la migración es un fenómeno que implica una serie de riesgos para quienes deciden enfrentarse a ella, más aún cuando quien migra es mujer. La Ley Orgánica de Movilidad Humana en su Art. 4 establece las finalidades, una de ellas, está el normar el ingreso, tránsito, permanencia, salida y retorno de personas en movilidad humana desde o hacia el territorio ecuatoriano, así como también en el numeral 8 dispone establecer lineamientos sobre las políticas públicas que el Estado desarrollará para alcanzar el retorno planificado de las personas ecuatorianas desde el exterior; otro numeral a mencionar es el 9 ya que establece regular el ejercicio de los derechos y obligaciones de las personas ecuatorianas retornadas.

Así también, el Art. 24 ibidem establece las atribuciones especiales para la asistencia y protección en materia de movilidad humana, de las que considera importantes el numeral 8 y 12 ya que dispone se respete el derecho a la dignidad, integridad y el debido proceso de las personas ecuatorianas sometidas a procesos de deportación, expulsión u otras circunstancias de retorno forzado, reportar lo actuado a las autoridades competentes y gestionar que se brinde el acompañamiento adecuado a la persona a su llegada al país; a difundir iniciativas y programas para el retorno planificado al Ecuador, así como los programas y proyectos coordinados por la Función Ejecutiva y por los GADS. Cabe mencionar los tipos de retorno que señala el Art. 26

Volumen 5, No. 16, abril-junio 2022, ISSN: 2631-2735, https://revistalex.org

de la Ley Orgánica de Movilidad Humana (2017) siendo estos dos: el voluntario que se refiere a aquella persona que retorna al país de manera libre y voluntaria; y al forzado que se da cuando la persona debe retornar al Ecuador ya sea por orden de autoridad competente, por una situación de fuerza mayor, caso fortuito, situaciones de abandono o muerte de familiares.

Las políticas emitidas por Ecuador en torno a la realidad migratoria han tenido grandes avances normativos y políticos, los cuales han permitido ir mejorado las condiciones socio-jurídicas de los y las migrantes, estas políticas contemplan desde la creación del "Plan Nacional de Migrantes Ecuatorianos en el Exterior" y la Subsecretaría de Asuntos Consulares y Migratorios, así como el "Programa de Ayuda, Ahorro e Inversión", los cuales sin duda han sido planes concebidos con la finalidad de garantizar los derechos de quienes tuvieron que abandonar su país en busca de un mejor futuro y que actualmente buscan regresar al mismo para recuperar su vida y afectos (Vallejo, Bernal , Moreno, y Quezada, 2021).

Así también, dentro de las instituciones que se crearon para apoyar a los migrantes retornados podemos mencionar a la Secretaría Nacional del Migrante y posteriormente se tuvo cambios a nivel constitucional que incluyo programas para migrantes y sus familias como el programa "Bienvenidos a casa" y la creación del "Fondo El Cucayo" teniendo como finalidad promover y facilitar los proyectos productivos de aquellas personas que retornan y disponen, de una cierta cantidad de ahorros destinados para iniciar estos proyectos. Cortés y Ginieniewicz (2011) hacen referencia a que durante el gobierno del expresidente Rafael Correa se dio más relevancia al tema de los migrantes nacionales y extranjeros, sobre todo se trabajó en mecanismos para cimentar condiciones que hicieran posible un retorno voluntario que sea digno para los migrantes, proyecto que con el paso de los años fue continuado por el siguiente gobierno del entonces presidente Lenin Moreno con el plan "Toda una Vida".

Expone Rivera (2019) que Ecuador posee una mayor posibilidad de retorno no sólo por razones legales sino por temas políticos, indicando que los programas implementados han sido cuestionados por su falta de eficacia, sin embargo, no se puede desconocer que estos programas y planes de movilidad humana han sido útiles al momento de posicionarnos como uno de los países que se ha enfocado en la acogida del retorno de sus migrantes. Dentro del ordenamiento jurídico se ha integrado un nuevo reglamento a la Ley Orgánica de Movilidad Humana, 2017 decretado por el actual presidente Guillermo Lasso la cual fue publicada el 10 de marzo del presente año.

Este reglamento menciona beneficios, asesorías y derechos como la exención de tributos en la importación de menaje de casa, equipos de trabajo o vehículos, derecho al acceso a la vivienda y demás plasmados en la ley, sin embargo, para la obtención de estos beneficios se debe contar con un certificado de migrante retornado que declara que él o la ciudadana ecuatoriana residió en el extranjero, de manera regular o irregular y retornó de manera voluntaria o forzada, documento que se lo puede adquirir en el Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana (Decreto 354 Tercer Suplemento del Registro Oficial 18, 2022).

Ahora bien, en la discusión del presente estudio se ha analizado que si bien es cierto Ecuador se ha encargado de crear diversos cuerpos normativos relacionados a los procesos de migración, estos no han visto a la mujer como un ser individual con características diferentes al momento de iniciar un proceso migratorio. En pocas palabras, al hablar del enfoque de género en la migración y más aún en la migración de retorno, el Estado tiene una deuda pendiente, pues es necesario demandar políticas que atiendan la realidad socio jurídica de las mujeres con la finalidad de conseguir igualdad, pues si bien existen políticas estatales, resultan ineficaces, ya que son creadas con una visión androcéntrica por lo que no logran proteger plenamente los derechos de las mujeres ni se adaptan a sus necesidades quedando lejos la obligación estatal de respetar, proteger y cumplir los derechos de todas las personas sujetas a su jurisdicción, sin discriminación alguna, por ello, señala Benavides (2015) que se ha desarrollado debates feministas por la igualdad en los procesos migratorios.

El contexto histórico ha demostrado un gran cambio respecto a los derechos de las mujeres sin embargo, aún existen falencias en el sistema, es así que para solventar este problema social es conveniente que, dentro de las políticas públicas, haciendo referencia al tema educativo, se enfoque en la enseñanza de la movilidad humana a profundidad, ya que es fundamental que las mujeres tengan conocimiento no solo de lo que implica la movilidad sino que conozcan las políticas migratorias y los derechos que las amparan como personas así como los peligros que enfrentarían.

La Constitución Ecuatoriana del 2008 en el Art. 424 determina que los instrumentos internacionales de derechos humanos prevalecen sobre cualquier disposición o acto normativo, por lo que sus disposiciones deben tener eficacia jurídica y ser acatadas de manera directa, se propugna derechos migratorios y el respeto de estos instrumentos. Consecuentemente se debería aplicar los instrumentos internacionales de derechos humanos que sean necesarios para su protección como migrantes, promoviendo la igualdad de género y su empoderamiento ya que se busca respetar la dignidad de las mujeres desde la teoría de los derechos humanos, la

cual engloba una serie de principios que protegen la dignidad humana frente a abusos de poder o violaciones de derecho, permitiendo evidenciar desigualdades generadas en la experiencia migratoria de la mujer y, por lo tanto, con esta aplicación de derecho internacional pueda en Ecuador guiar su accionar en establecer regulaciones migratorias favorables para la mujer (Benavides, 2015).

Conjuntamente se propone que el gobierno genere productividad nacional enfocándose en las mujeres, con el fin de que emprendan y puedan generar ingresos sin necesidad de salir del país activando la economía y así evitar consecuencias negativas. Al mismo tiempo para solventar la mayor necesidad de la emigración que es la necesidad económica, el gobierno ecuatoriano controle los poderes del Estado, con el propósito de prevenir y contrarrestar los delitos contra la eficiencia de la administración pública que solo han generado crisis internas.

CONCLUSIÓN

Ecuador ha presentado varias olas migratorias en las últimas décadas debido a distintas causas como la crisis económica y laboral, la situación de violencia doméstica, la discriminación, la reintegración familiar, el deseo de superación personal y las diferentes políticas. Esto ha conllevado a que se tenga el concepto de que migrar resulta ser la mejor opción para lograr un futuro mejor, resolver problemas y cubrir necesidades, haciendo que se pase por alto los riesgos, dificultades y fracasos que puedan encontrar los migrantes y en el caso del presente estudio las mujeres en este proceso.

Sin duda el Ecuador ha sido reconocido históricamente como un país de emisión de migrantes, desde finales del siglo XX hasta inicios del siglo XXI, estas cifras se incrementaron debido a las diferentes crisis políticas y financiaras a las que ha tenido que hacer frente el Ecuador, lo cual ha conllevado a que se expida normativas para regular estos procesos migratorios.

Si bien es cierto el Estado ha creado normativa para dar respuesta a las olas migratorias, existe una etapa de este proceso que no ha sido estudiado de manera exhaustiva, esta es la parte del retorno del migrante, la cual se ha analizado conlleva una gran carga emocional y social, más aún para las mujeres, quienes en la mayoría de los casos han tenido que dejar a su familia con el fin de conseguir mejores ingresos que les permita vivir de manera digna.

En cuanto a las políticas en el tema de migración, en Ecuador ha implementado varios programas como el conocido plan Bienvenido a casa, el plan Toda una Vida, entre otros. Estos se han configurado como iniciativas, resultando muy útiles en temas de movilidad humana, no obstante, si bien han sido consideradas como asistencialistas estos no han sido eficaces debido a la falta de constancia y evaluación permanente de los resultados de las mismas, lo cual ha provocado que estos programas de asistencia de retorno tengan un bajo impacto, baja acogida o poco efecto sobre la reintegración socioeconómica para las migrantes.

Por último, al analizar desde distintas ópticas al retorno, como una parte del fenómeno migratorio, se debe tener claro que tanto el Estado, la sociedad y la familia son ejes fundamentales, para garantizar el cumplimiento de los derechos y las políticas migratorias en pro de la mujer migrante más aún a su retorno. Es por eso que el gobierno debe analizar la eficacia de las políticas migratorias, siendo estas las que deben ser concordantes con la realidad jurídica social del país, pues al final es el Estado el encargado de gestionar y apropiarse de la temática migratoria desde su ordenamiento interno, el cual debe armonizarse con la normativa externa, para que conjuntamente con los organismos internacionales puedan construir modelos de integración social desde una perspectiva de género y respeto a los derechos humanos que se encuentre acorde a las necesidades reales que presentan las migrantes retornadas.

REFERENCIAS

Alarcón, S., y Ordóñez, J. (2015). Ecuador: Retorno migratorio y emprendimiento en Loja. Obtenido de https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/39465/REV117_Alarcon-Ordonez.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Albarracín, J. (2014). Migración de retorno en El Cantón Cuenca, Periodo 2005-2013 . Cuenca, Ecuador. Obtenido de migración de retorno en El Cantón Cuenca, periodo 2005-2013 : http://dspace.ucuenca.edu.ec/bitstream/123456789/5068/1/Tesis.pdf

Álvarez Velasco, S., Pérez Martínez, L., García, M., Baroja, C., Tapia, J., y Bayón Jiménez, M. (2020). (Sobre)viviendo entre crisis: la diáspora ecuatoriana al presente. Quito: FES-ILDIS y Colectivo de Geografía Crítica de Ecuador. Obtenido de https://library.fes.de/pdf-files/bueros/quito/17257.pdf

Benavides, G. (2015). Mujeres inmigrantes en Ecuador. (C. E. Nacional, Ed.) Obtenido de https://n9.cl/no5kw

Camacho, G., y Hernández, K. (2005). CAMBIO MI VIDA: Migración femenina, percepciones e impactos. Quito, Ecuador: RISPERGRAF C. A.

CEPAL. (2021). Naciones Unidas. Obtenido de https://www.cepal.org/es/temas/migracion

Código Orgánico Integral Penal. (10 de 02 de 2014). Registro Oficial S. 180. Obtenido de https://www-fielweb-com.vpn.ucacue.edu.ec/Index.aspx?87&nid=1070225#norma/1070225

Constitución de la República del Ecuador. (20 de 10 de 2008). Registro Oficial 449. Obtenido de https://www-fielweb-com.vpn.ucacue.edu.ec/Index.aspx?18&nid=1#norma/1

Cortés, A., y Ginieniewicz, J. (2011). La migración latinoamericana a España: una mirada desde el modelo de acumulación de activos. Quito, Ecuador : FLASCO.

Decreto 354 Tercer Suplemento del Registro Oficial 18, 1.-I.-2. (2022). Reglamento a la Ley Orgánica de Movilidad Humana. (E. L. S.A, Ed.)

Egas, J. M. (15 de octubre de 2006). Dialnet. Obtenido de file:///C:/Users/PC/Downloads/Dialnet-FeminizacionDelFenomenoMigratorioEcuatoriano-2479534.pdf

Guerra, K. (16 de 10 de 2015). Feminización de la migración ecuatoriana. Obtenido de https://revistas.usfq.edu.ec/index.php/eloutsider/article/view/213/214

Jokisch, B. (29 de Marzo de 2007). Migration Policy Institute. Obtenido de https://www.migrationpolicy.org/article/ecuador-diversidad-en-migraci%C3%B3n

Ley Orgánica de Movilidad Humana. (06 de 02 de 2017). (E. L. S.A., Ed.) Obtenido de https://www-fielweb-com.vpn.ucacue.edu.ec/Index.aspx?94&nid=1093417#norma/1093417

Ley Orgánica Integral para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres. (03 de 10 de 2018). (E. L. S.A., Ed.) Obtenido de https://www-fielweb-com.vpn.ucacue.edu.ec/Index.aspx?94&nid=1124390#norma/1124390

Mancheno, M. (15 de junio de 2010). Ecuador: Efectos de la emigración en los resultados educativos. Obtenido de Dialnet-Ecuador : file:///C:/Users/PC/Downloads/Dialnet-EcuadorEfectosDeLaEmigracionEnLosResultadosEducati-3671287.pdf

Mena, L. (2019). La reinserción laboral de migrantes retornados/as: experiencias y estrategias en un contexto urbano de Ecuador. Revista Latinoamericana de Antropología de Trabajo Nro 6 agosto-diciembre. Obtenido de http://www.ceil-conicet.gov.ar/ojs/index.php/lat/article/view/517/496

Ministerio de Gobierno. (2022). La usura, un delito que genera crisis social. Recuperado el 2022, de https://www.ministeriodegobierno.gob.ec/la-usura-un-delito-que-genera-crisis-social/

Plan Nacional de Movilidad Humana (Mayo de 2018). Obtenido de https://www.cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2018/06/plan_nacional_de_movilidad_humana.pdf

Resino, R., Jiménez, B., y Arranz, M. (2018). Retorno migratorio desde España: un flujo variable y complejo. doi:https://doi.org/10.14422/mig.i44.y2018.004

Reyes, M. (2020). "RETORNO MIGRATORIO Y GÉNERO". Obtenido de Trabajo de Titulación: http://repositorio.uta.edu.ec/bitstream/123456789/31206/1/BJCS-TS-319.pdf

Rivera, L. (2019). ¿Volver a casa?: Migrantes de retorno en América Latina. Debates, tendencias y experiencias divergentes. México: El Colegio de México, A. C. Obtenido de https://n9.cl/xzthq

Sacoto, R. (31 de 08 de 2015). Análisis de la crisis financiera en el Ecuador del año 1999, con enfoque en el riesgo moral. Obtenido de Universidad de Guayaquil Facultad de Ciencias Económicas: http://repositorio.ug.edu.ec/handle/redug/8999

Sánchez, M., y Serra, I. (2013). Ellas se van Mujeres Migrantes en Estados Unidos y España. Obtenido de Repositorio Universitario Digital: http://ru.iis.sociales.unam.mx/jspui/handle/IIS/4422

Suárez, F., Cuenca, R., y Hurtado, D. (2012). Incidencia de las Emigración familiar en el ámbito escolar y emocional en los niños/as de las provincias de Imbabura y Carchi-ECuador. Obtenido de Revista Iberoamericana sobre Calidad, Eficacia y Cambio en Educación: https://revistas.uam.es/reice/article/view/3045

Vallejo, P., Bernal , V., Moreno, E., y Quezada. (2021). Análisis de las políticas públicas emitidas desde la constitución del Ecuador del 2008, en relación al fenómeno de la movilidad humana con énfasis en la migración de retorno. doi:http://dx.doi.org/10.23857/dc.v7i4.2174

Vega, C., y Martínez-Buján, R. (2016). Las migraciones de retorno de la población ecuatoriana y boliviana: motivaciones, estrategias y discursos. Obtenido de https://www.flacsoandes.edu.ec/agora/62827-las-migraciones-de-retorno-de-la-poblacion-ecuatoriana-y-boliviana-motivaciones

Wagner, H. (2008). América Latina migrante: Estado, familias, identidades. Obtenido de Maternidad transnacional: discursos, estereotipos, prácticas: https://www.flacsoandes.edu.ec/web/imagesFTP/1217279407.Maternidad_transnacional_por_Heike_Wagner.pdf

Conflicto de Intereses. Los autores declaran que no existe conflicto de intereses para la publicación del presente artículo científico.

Volumen 5, No. 16, abril-junio 2022
ISSN: 2631-2735
https://doi.org/10.33996/revistalex.v6i16.116
Páginas 153 - 162

CC BY NC SA

LEX
Revista de Investigación en Ciencias Jurídicas
https://revistalex.org

Criterios jurisdiccionales resarcitorios del daño moral en la reparación civil por violencia sexual a menores de edad, Lima-Perú

Compensatory jurisdictional criteria for moral damage in civil compensation for sexual violence against minors, Lima-Peru

Critérios jurisdicionais compensatórios para danos morais na indenização civil por violência sexual contra menores, Lima-Peru

Yoholvy Yulet Rodríguez Trujillo
yrodriguez140684@gmail.com
https://orcid.org/0000-0002-7010-2980
Universidad César Vallejo. Lima-Perú

Diana Elizabeth Castillo Silva
dcastillo@ucv.edu.pe
https://orcid.org/0000-0002-2086-1049
Universidad César Vallejo. Lima-Perú

Artículo recibido el 2 de febrero 2022 / Arbitrado el 31 de marzo 2022 / Publicado el 2 de junio 2022

RESUMEN

En la actualidad en Perú, el Poder Judicial aún no tiene estandarizado el discernimiento respecto a los criterios resarcitorios del daño moral en la reparación civil por violencia sexual a menores de edad. Razón por la cual, la investigación tuvo como objetivo describir los criterios jurisdiccionales resarcitorios del daño moral en la reparación civil como protección a las víctimas menores de edad del delito contra la Libertad Sexual, en el modo de violencia sexual, en el distrito judicial de Lima Este- Perú. Se trabajó con el paradigma sociocrítico, aplicando la técnica de entrevista en profundidad a 8 informantes claves expertos en criterios jurisdiccionales. Además, se evaluaron carpetas fiscales. Se observó que no existe criterios claros ni estandarizados respecto al resarcimiento del daño moral, tampoco hay homogeneidad ni propuestas contundentes de homologación, ausencia de consensos entre penalistas y civilistas por deslindar esta problemática. Se concluye que no existe una adecuada protección a las víctimas menores de edad generándole graves perjuicios.

Palabras clave: Víctima; Violación sexual; Reparación civil; Criterios jurisdiccionales, Resarcitorios

ABSTRACT

At present in Peru, the judiciary has not yet standardised the criteria for compensation for moral damages in civil reparation for sexual violence against minors. For this reason, the aim of the research was to describe the jurisdictional criteria for compensation for moral damages in civil reparation as protection for underage victims of the crime against sexual freedom, in the form of sexual violence, in the judicial district of East Lima, Peru. We worked with the socio-critical paradigm, applying the in-depth interview technique to 8 key informants who are experts in jurisdictional criteria. In addition, the study included an evaluation of prosecutor's files. It was observed that there are no clear or standardised criteria regarding compensation for non-pecuniary damage, nor is there homogeneity or strong proposals for standardisation, nor is there consensus between criminal and civil lawyers to define this problem. It is concluded that there is inadequate protection for minor victims, causing them serious harm.

Key words: Victim; Sexual violation; Civil reparation; Compensatory jurisdictional; Homologation

RESUMO

Actualmente, no Peru, o poder judicial ainda não uniformizou os critérios de indemnização por danos morais na reparação civil por violência sexual contra menores. Por esta razão, o objectivo da investigação era descrever os critérios jurisdicionais para a indemnização por danos morais na reparação civil como protecção para as vítimas menores de idade do crime contra a liberdade sexual, sob a forma de violência sexual, no distrito judicial de Lima Oriental, no Peru. Trabalhámos com o paradigma sócio-crítico, aplicando a técnica da entrevista aprofundada a 8 informadores-chave que são peritos em critérios jurisdicionais. Além disso, o estudo incluiu uma avaliação dos processos do procurador. Foi observado que não existem critérios claros ou normalizados relativamente à indemnização por danos não pecuniários, nem homogeneidade ou fortes propostas de normalização, nem consenso entre advogados criminais e civis para definir este problema. Conclui-se que existe uma protecção inadequada para as vítimas menores, causando-lhes danos graves.

Palavras-chave: Vítima; Violação sexual; Reparação civil; Critérios jurisdicionais, Compensatórios

INTRODUCCIÓN

El Poder judicial no cuenta con un estandar en cuanto a determinar un discernimiento adecuado respecto de los criterios resarcitorios del daño moral en la reparación civil por violencia sexual en agravio de menores de edad, cada quien (magistrados) adopta posturas según el criterio de conciencia, la sana crítica y las máximas de experiencia que cuenten. En consecuencia, existen fallos disímiles y hasta se podría decir contradictorios, en razón de que los señores magistrados, de manera indistinta adoptan diversas decisiones jurisdiccionales, lo cual lastima a la víctima justiciable que en este caso resultan ser las adolescentes víctimas de la agresión y del ilícito de violencia sexual (Minozzi, 2019).

En tal sentido, priorizando como población de estudio el distrito judicial de Lima Este-Perú, desde un análisis de resoluciones y jurisprudencias como fuentes documentales de aproximación inductiva, confirman la diversidad de criterios en las decisiones jurisdiccionales a partir del análisis social y teórico del corpus del análisis de campo (Ramos, 2017). Sin embargo, por el grado de relación frente a las lesiones, especialmente psíquicas, que pueden permanecer en el tiempo como consecuencia de las violaciones sexuales a menores, se presentan graves daños en un inmediato y largo plazo, en razón que, el abuso generado origina depresión, miedo, inclusive un comportamiento sexual impropio, falta de autoestima y adicción a sustancias estupefacientes (Reyna, 2015).

Resulta importante lo manifestado por Wonderlich (2017) quien consideró que los magistrados debieran ordenar un tratamiento psicológico en aquellos niños(as) quienes presenten situaciones difíciles post trauma como la angustia emocional, producto de la situación trágica frente al delito acaecido, la cual inclusive le es difícil superarlo. En estos casos, quienes sufrieron estas consecuencias funestas presentan trastornos, pesadillas quedando en situación de intenso estrés postraumático.

Al respecto, Bremner y Narayan (2018), refieren que se presentaron múltiples casos donde la violencia sexual en menores de edad tiene como consecuencia desórdenes psiquiátricos posteriores, ello implica una clara identificación con el daño moral a partir del dolor que experimenta la víctima donde el valor representativo de resarcimiento guarda correspondencia a criterios discrecionales de labor exclusiva jurisdiccional de los magistrados. Por tanto, la incidencia de la prueba judicial como criterio jurisdiccional resarcitorio desde la prueba valorada, desde la postura de la presunción judicial in res ipsa como probanza de hecho, la determinación de una teoría de la prueba del daño moral, constituyen la problemática tanto sustantiva como procesal penal (Naveira, 2014).

En esta perspectiva, León (2016) estableció que los estudios relacionados a los criterios jurisdiccionales resarcitorios del daño moral deben de servir de motivación para estandarizar posturas de tal manera que se tome en cuenta los aportes académicos. Así mismo, López (2018) precisó que resulta importante tratar la problemática como un asunto y problema humano tal como lo advierte el código del niño y del adolescente de Perú del año 2000, en su título preliminar en su articulo VIII y IX, ello contribuirá a definir paradigmas, en especial el de la protección integral a diferencia de la situación irregular. Como tal, desde una visión victimológica, el programa de asistencia a víctimas y testigos resulta trascendente como labor complementaria del Fiscal, derivarse al personal especializado la evaluación de riesgo existente, en razón que la mayoría de carpetas asistenciales en las unidades de víctimas y testigos, están relacionadas a investigaciones respecto al delito contra la Libertad Sexual, en la modalidad violación sexual a menores de edad (Gálvez, 2016).

En todo caso, el tratamiento probatorio frente al daño moral generado a un menor de edad víctima del delito de violencia sexual está centrado en la teoría de la tutela del derecho reparatorio, así como en la teoría funcionalista aflictivo consolatoria (Brebbia, 2018), sin embargo resulta ser un problema alarmante y de latente preocupación en cuanto al delito contra la Libertad Sexual en agravio de menores de edad conformado por niños, niñas y adolescentes, dado que genera una evidente y profunda afectación a su integridad frente a su situación de vulnerabilidad e inmadurez, estando incurso inclusive la revictimización al momento de la evaluación probatoria (Lovatón, 2018).

En consecuencia, hay consenso que el daño moral es cuantificable, desde su característica esencial, es decir de la faz interna de la víctima menor de edad siendo de naturaleza temporal pues, el daño moral es exigible repararlo ya que implica un daño no patrimonial que afecta la integridad de la víctima, que lesiona valores y derechos fundamentales inherentes, los cuales desde la teoría de la tutela resarcitoria todo magistrado penal debe tenerlo presente (Mantilla, 2015)

Es así que, dentro de los criterios consensuados por parte de los magistrados se advierte la funcionalidad de la teoría omnicomprensiva por el que debe establecerse parámetros de medición de daño a la persona exigible desde la estimación de la magnitud del daño generado así mismo desde la teoría aflictivo consolatoria debe buscarse el resarcimiento justo y eficiente en la reparación civil (Denzin, 2017). Es por ello que, un criterio común jurisdiccional es el de restituir el bien afectado, intentando cubrir parte de los gastos del tratamiento de recuperación psicológica de las víctimas, quienes, al ser menores de edad, tienen una personalidad en

formación que ve se alterada cuando son agredidas en su integridad sexual, sin embargo, la evaluación de las condiciones del imputado, merma esta perspectiva y distorsiona el fin de la teoría funcionalista (Zabaleta, 2017).

Citando el paradigma italiano de la dimensión omnicomprensiva del daño moral, ésta implica un criterio amplio respecto a la evaluación de la magnitud del daño moral que inclusive va de la mano de la teoría de la res ipsa que significa que no es requerible mayor probanza respecto a definir la valuación económica de resarcimiento frente al daño moral. En tal sentido, lo señalado por Fernández Cruz (2014) desde la extracontractualidad, implica criterios suigéneris respecto a la magnitud a diferencia de lo previsto por la contractualidad la misma que puede o no considerarse los agravios. A propósito de ello en el derecho comparado no existe esa liberalidad en cuanto a la determinación de la magnitud de manera amplia, todo lo contrario, en la legislación alemana existe predeterminación expresa respecto a que casos son pasibles de daño moral al igual que en Francia, como tal, resulta interesante el aporte peruano hasta el momento (San Martín, 2019).

La incidencia de la prueba judicial amerita evaluar extensivamente el artículo 1332 del código civil peruano de 1984, además de las actividades probatorias penales como criterio prudencial y equitativo y de garantía frente a la incertidumbre del quantum indemnizatorio del daño moral, no obstante, la dificultad que exista para determinar con precisión el monto indemnizatorio por la forma y circunstancias de los hechos y la conducta procesal. Sin embargo, se da criterios abstrusos respecto a la existencia de una teoría de la prueba del daño moral en nuestro ordenamiento jurídico aplicado al sistema de justicia nacional y preferentemente al de justicia penal más aun referido a delitos de violencia sexual a menores de edad (De Ángel, 2015).

Como tal, resulta preponderante estimar una teoría de carga probatoria para el daño moral, por la connotación y gravedad además por la fenomenología actual de alta incidencia existente donde criterios disímiles no hace más que ahondar la problemática. Al respecto, algunos de los entrevistados opinaron que la prueba indiciaria y la presunción judicial resultan ser figuras jurídicas iguales, ya que a la presunción judicial no se le ha otorgado la regla de inversión de la carga de la prueba, lo cual genera aún más la falta de unidad para la dación de una teoría de la prueba (Taboada, 2013).

Bajo esta perspectiva, los instrumentos internacionales de protección de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, deben estar enmarcadas en evitar el abuso de su indemnidad sexual conforme lo reafirma el artículo 39° de la convención de los Derechos del Niño (Villavicencio, 2019). Es así que, de acuerdo al proceso de elaboración y construcción

del trabajo de campo cuando se trata de niñas, niños o adolescentes víctimas de violencia sexual, el daño moral ocasionado conlleva además a un sufrimiento psicológico agudo que puede llegar a perdurar toda su vida, más aún si se tienen en cuenta las escasas o deficientes políticas públicas existentes en latinoamerica, destinadas a su rehabilitación (Barrenechea, 2019).

Es por ello que, la dimensión omnicomprensiva acogió el criterio amplio respecto a la evaluación de la magnitud del daño moral que inclusive, cmo se reitera, va de la mano de la teoría de la res ipsa que significa que no es requerible mayor probanza respecto a definir la valuación económica de resarcimiento por la dificultad de entender desde el resarcimiento al daño moral, sin embargo, es pasible de reparación civil en razón al perjuicio sufrido evidenciado (Castillo y Gippini 2017).

Existen diversas posturas, sin observar parámetros comunes, con el añadido que la victimología implica una sistemática consensuada concordante con el artículo 38° del Código de los Niños y Adolescentes de Perú y la Constitución Peruana en cuanto a la no discriminación, así como al principio supranacional del interés superior del niño a ser tenido en cuenta como consideraciones primordiales jurisdiccionales, tal como reafirma la declaración universal de los derecho del niño, el pacto de Beijing entre otros (García y Echevarría, 2021).

De ahí que, esultó preponderante estimar una teoría de carga probatoria para el daño moral, por la connotación y gravedad además por la fenomenología actual de alta incidencia existente donde criterios disímiles no hace más que ahondar la problemática. Algunos de los entrevistados opinan que la prueba indiciaria y la presunción judicial resultan ser figuras jurídicas iguales, ya que a la presunción judicial no se le ha otorgado la regla de inversión de la carga de la prueba, lo cual genera aún más la falta de unidad para la dación de una teoría de la prueba (European group on tort law, 2015).

MÉTODO

El presente artículo se desarrolló bajo el paradigma sociocrítico, considerando como debate, la protección a las víctimas menores de edad del delito contra la libertad sexual, en el distrito judicial de Lima Este- Lima, Perú tomando parámetros estadísticos (Instituto Nacional de Estadística e Informática, INEI, 2019), de incidencia de violencia sexual a menores de edad que conllevaron al daño moral inconmensurable de la víctima (Díaz-Bravo et al, 2018), contrastada

Volumen 5, No. 16, abril-junio 2022, ISSN: 2631-2735, https://revistalex.org

desde la triangulación múltiple con entrevistas y sistemática normativa y comparada, desde una descripción e interpretación comprensible frente a la situación caótica que advierte la realidad actual en Perú y en varios países de latinoamérica. (Idrogo, 2018). Este instrumento fue aplicado a 8 informantes claves expertos en criterios jurisdiccionales.

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

A partir de la guía de entrevistas se homologó criterios mínimos y disímiles de regulación integral respecto a la reparación civil por violencia sexual a menores de edad, es más se evidenció de las carpetas fiscales revisadas que, no existió suficiente afinidad de criterios por especialización penal y civil, lo cual trastoca la determinación del quantum dinerario para el resarcimiento de la víctima, generándose un costo adicional de procesos jurisdiccionales innecesarios (Guillermo, 2019).

A partir de ello, un criterio común jurisdiccional es el de restituir el bien afectado, intentando cubrir parte de los gastos del tratamiento de recuperación psicológica de las víctimas, quienes, al ser menores de edad, tienen una personalidad en formación que ve se alterada cuando son agredidas en su integridad sexual, sin embargo, la evaluación de las condiciones del imputado, merma esta perspectiva y distorsiona el fin de la teoría funcionalista (Castillo, 2018). Por tanto, la incidencia de la prueba judicial ameritaría evaluar extensivamente el artículo 1332 del código civil peruano de 1984, además de las actividades probatorias penales como criterio prudencial y equitativo y de garantía frente a la incertidumbre del quantum indemnizatorio del daño moral, no obstante, a la dificultad que existe para determinar con precisión el monto indemnizatorio por la forma y circunstancias de los hechos y la conducta procesal (Ferrer, 2017).

Es así que, desde los diversos criterios jurisdiccionales, haciendo alusión a lo manifestado por Minozzi (2019) citando a Francois Geny, quien mencionó que, en el derecho no hay verdades absolutas, se habló que en el derecho jurisdiccional comparado existen valuaciones a través de baremos los cuales resultaría interesante aplicarlos en exclusivo en lo que respecta al daño moral al momento de cuantificar la reparación civil en especial como protección de las víctimas de violación sexual, desde la postura de cuantificación equitativa objetiva, aunque para ello habría que estandarizar criterios que conforme se percibe resultaría más que complicado.

Por otro lado, desde el enfoque a las víctimas menores de edad del delito contra la Libertad Sexual, los criterios jurisdiccionales resarcitorios por parte de los magistrados exige una pronta reglamentación desde el ámbito penal como civil, es más, procurando la unificación de criterios,

en pro de la víctima justiciable, máxime cuando, la investigación del delito sub limine resulta tedioso y complicado desde la postura del Ministerio Público y la intervención policial, pues, el acopio de información y la recaudación de las evidencias debe observar cuidado para evitar la revictimización (García, 2018).

Como tal, la dimensión omnicomprensiva del daño moral en la reparación civil en definitiva resultó ser poco conocido por los magistrados por ende sin criterios jurisdiccionales definidos, lo que por ende afectó en la determinación del resarcimiento por daño extrapatrimonial latente que no puede quedar al margen de la decisión discrecional (Defensoría del Pueblo, 2018). Es por ello que, conviene unificar criterios resarcitorios en el contexto normativo latinoamericano pues, el derecho imprime regulación frente a situaciones abstrusas percibidas, en la búsqueda de garantizar una mejor y eficiente indemnización como resarcimiento en favor de la víctima, sin requerir obligarle a asistir a un nuevo proceso civil en busca de mejorar lo que consideró injusto respecto al quantum asignado (Chingay, 2019). De ahí que, lo novedoso fue la variedad de criterios de interpretación de los magistrados frente a una problemática latente y de actualidad como es la vulneración a la libertad sexual contribuyendo a enriquecer la doctrina penal.

La categoría emergente de la investigación resulta ser impartir reglas o baremos de delimitación del resarmiento por indemnización de daño moral, conforme al principio que favorezca a la víctima (favor victimae), frente a la gravedad del delito contra la libertad sexual en agravio de niños, niñas y adolescentes, lo cual evidencia como consecuencia una profunda afectación en su integridad tanto física como psíquica y fisiológica a raíz de los sucesos traumáticos vividos, que influirán definitivamente en su personalidad.

Conviene en todo caso el abordaje de la prueba a partir de la carga probatoria dinámica en el derecho de Daños, desde la causalidad definida por el hecho ilícito generado por el imputado, así como desde el derecho de daños en lo que corresponde a la reversión de la carga probatoria ex ante, establecida en el artículo 1969 in fine del ordenamiento civil peruano, por lo cual resulta contundente los criterios jurisdiccionales a adoptarse desde la causalidad adecuada como factor de atribución en favor de la víctima (Busto, 2018).

CONCLUSIONES

Atendiendo al objetivo general que fue describir los criterios jurisdiccionales resarcitorios del daño moral en la reparación civil como protección a las víctimas menores de edad del delito contra la Libertad Sexual, en el modo de violencia sexual, en el distrito judicial de Lima Este-

Volumen 5, No. 16, abril-junio 2022, ISSN: 2631-2735, https://revistalex.org

Perú, se precisa que Los criterios jurisdiccionales resarcitorios del daño moral son disímiles, al no existir homogeneidad ni propuestas contundentes de homologación ni consensos entre penalistas y civilistas por deslindar esta problemática que advierte mayor connotación y perjuicios a la víctima. En ese orden de ideas se concluye que, la mayoría de los magistrados desconoce la dimensión omnicomprensiva del daño moral en la reparación civil lo que afecta en la determinación del resarcimiento por un daño extrapatrimonial latente que no puede quedar al margen de la decisión discrecional.

Se advierte como categoría emergente que, sólo si se unifican criterios resarcitorios, se garantizará una mejor probabilidad de una justa y eficiente indemnización sin necesidad de obligar a la víctima a asistir a un nuevo proceso civil en busca de mejorar lo que considera una injusticia respecto al quantum asignado; y por otro lado, existe ausencia de criterios que permitan determinar la reparación civil por daño moral, no siendo clara la idea de unificar criterios doctrinarios civilistas y penalistas, siendo necesario insertar extensivamente el artículo 1332 del código civil peruano respecto a la valoración equitativa, dentro de la valuación de las actividades probatorias penales.

RECOMENDACIONES

La unificación de criterios jurisdiccionales de los jueces penales y civiles concordantes al resarcimiento del daño moral en la vía del proceso penal en Perú y latinoamérica, resulta inminente, para garantizar un adecuado resarcimiento en la reparación civil por violencia sexual a menores de edad, capacitando a los operadores jurídicos tanto jurisdiccionales como administrativos afines a las unidades de víctimas y testigos en cuanto a la prueba judicial, procurando la no revictimización en fiel respeto a la integridad sexual.

Se recomienda la homologación de criterios de la carga probatoria dinámica, resultando imprescindible la implementación de una teoría de la prueba del daño moral en Perú afín a lo que sea requerible en la legislación latinoamericana, aplicable como criterio jurisdiccional resarcitorio del daño moral en la reparación civil por violencia sexual a menores de edad.

REFERENCIAS

Barrenechea, S. (2019). ¿Qué es la Cámara Gesell y por qué es clave ante casos de abusos contra niños y adolescentes? Rpp Noticias. https://n9.cl/2kj1b

Brebbia, R. (2018). El daño moral, Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires

Bremner J. y Narayan, A. (2018). Denuncias de delitos sexuales. https://ladiaria.com.uy/feminismos/articulo/2020/4/en-2019-hubo-3047-denuncias-de-delitos-sexuales/

Busto, J. (2018). La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual, Tecnos, Madrid

Castillo, J. (2018). Jurisprudencia Penal. Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la República. Grijley

Castillo, F. y Gippini, E. (2017). Evidence, Proof and Judicial Review in EU Competition Law. Editorial Edward Elgar Publishing

Código Civil Peruano (1984) Gaceta Jurídica. Edición comentada

Chingay, L. (2019). Fundamentos para atribuir responsabilidad penal que permita la ejecución de la violación sexual de un menor de edad. Universidad Santo Toribio Mogrovejo. https://tesis.usat.edu.pe/bitstream/20.500.12423/2145/1/TL_ChinchayAbadLaura.pdf

Defensoría del Pueblo (2018). El Estado frente a las víctimas de la violencia ¿Hacia dónde vamos en políticas de reparación y justicia? https://lib.ohchr.org/HRBodies/UPR/Documents/Session2/PE/DP_PER_URP_S2_2 008anx_anexo3informe128.pdf

Defensoría del Pueblo (2018). Los Derechos de las víctimas en el Código Procesal Penal.http://www.incipp.org.pe/archivos/publicaciones/cartilla_el_derecho_de_la_victi mas.pdf

De Ángel, R. (2015). Tratado de Responsabilidad Civil, Cívitas, Madrid

Denzin, N. (2017). Sociological Methods a Source Book. Aldine Publishing Company. Chicago. Triangulación de datos en la investigación cualitativa https://www.redalyc.org/pdf/368/36841180005.pdf

Díaz-Bravo, L., Torruco-García, U., Martínez-Hernández, M., y Varela-Ruiz, M. (2018). La entrevista, recurso flexible y dinámico. UNAM

European group on tort law (2015). Principios del derecho europeo de la responsabilidad civil, Viena, www.egtl.org

Ferrer, J. (2017). La cuestión de los daños morales, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad (cuadernos prácticos), Madrid

Fernández Cruz, G. (2014). La Dimensión omnicomprensiva del daño no patrimonial. Lima: Ius Et Veritas

García, S. (2018). Las reparaciones en el Sistema Interamericano. Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos

García, L. y Echevarría, T. (2021). ¿Qué tipos de violencia sexual hay? https://www.clinicbarcelona.org/asistencia/enfermedades/violencia-sexual/que-tipos-de-violencia-sexual-hay

Gálvez, T. (2016). La reparación civil en el proceso penal. Instituto Pacifico. ISBN: 978-612-4265-98-3

Guillermo, L. (2019). Aspectos Fundamentales del resarcimiento económico del daño causado por el Delito. Lima, Perú: Ilecip, 1

Instituto Nacional de Estadística e Informática-INEI-(2019). Boletín Estadístico N° 04. Setiembre. https://elpais.com/internacional/2020-08-20/el-caso-que-llevo-a-peru-a-la-cidh-por-no-atender-a-una-victima-de-violencia-sexual.html

Idrogo, J. (2018). La observación en la investigación cualitativa. ELSEVIER. https://www.elsevier.es/es-revista-atencion-primaria-27-articulo-la-observacion-investigacion-cualitativa-una-13384

León, L. (2016). Responsabilidad civil contractual y extracontractual. Material auto instructivo. Academia de la Magistratura

López, J. (2018). Cuantificación del daño extra patrimonial y justicia distributiva. Derecho. https://n9.cl/dh5ls

Lovatón, D. (2018). Sistema de justicia en el Perú. Fondo Editorial de la PUCP

Mantilla, F. (2015). Interpretation: Applying or Creating Law? Analysis From the Perspective of Private Law Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso n.33 http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512009000200015 estudios - teoría del derecho, pp. 537 - 597

Minozzi, A. (2019). Studio sul danno non patrimoniale (danno morale), 2.ª edic., Societá Edetrice Libraira, Milano

Naveira, M. (2014). El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual. Universidades Da Coruña

Ramos, C. (2017). Cómo hacer una tesis y no envejecer en el intento. Editorial PUCP

Reyna, L. (2015). Manual de Derecho Procesal Penal. Instituto Pacifico. ISBN: 978612-4265-06-8

San Martín, C. (2019). Conociendo el Derecho Penal. ¿En qué consiste la reparación civil en el proceso penal? https://www.youtube.com/watch?v=S-ca1NGiflY

Taboada, L. (2013). Elementos de la Responsabilidad Civil, Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual. Lima: Grijley

Villavicencio, F. (2019). Código del niño y del adolescente comentado. Gaceta Jurídica

Wonderlich, J. (2017). The liability of the State in Argentina and the scope of reparation for its lawful activity, Proquest.Rev. Derecho Estado. ISSN 0122-9893. http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S012298932016000100011

Zabaleta, Y. (2017). La contradicción en materia probatoria, en el marco del proceso penal colombiano. Derecho. https://n9.cl/6aryc

Conflicto de Intereses. Los autores declaran que no existe conflicto de intereses para la publicación del presente artículo científico.

Volumen 5, No. 16, abril-junio 2022
ISSN: 2631-2735
https://doi.org/10.33996/revistalex.v6i16.117
Páginas 163 - 175

CC BY NC SA

LEX
Revista de Investigación en Ciencias Jurídicas
https://revistalex.org

Violencia de género contra las mujeres en la provincia del Guayas, Ecuador

Gender violence against womenin the province of Guayas, Ecuador

Violência de gênero contra mulheres na província de Guayas, Ecuador

Elizabeth del Carmen Cedillo Romero
ecedillor@unemi.edu.ec
https://orcid.org/0000-0002-2145-3979
Universidad Estatal de Milagro. Milagro, Ecuador

Veronica Patricia Santos Yanez
vsantosy@unemi.edu.ec
https://orcid.org/0000-0002-6788-8150
Universidad Estatal de Milagro. Milagro, Ecuador

Teresa Celeste Naranjo Pinela
tnaranjop@unemi.edu.ec
https://orcid.org/0000-0002-3938-238X
Universidad Estatal de Milagro. Milagro, Ecuador

Olga Alicia Mayanza Paucar
omayanzap @unemi.edu.ec
https://orcid.org/0000-0001-6998-6603
Universidad Estatal de Milagro. Milagro, Ecuador

Artículo recibido el 3 de mayo 2022 / Arbitrado el 11 de mayo 2022 / Publicado el 2 de junio 2022

RESUMEN

La violencia de género contra la mujer representa la violación de los Derechos Humanos y está convirtiéndose en un problema de salud pública. Este artículo tuvo como objetivo determinar las causas y consecuencias de la violencia de género contra las mujeres en la provincia del Guayas, Ecuador, durante el año 2020. La investigación utilizó un diseño de campo, la población estuvo constituida por 19.256 mujeres víctimas de violencia de género, en la provincia del Guayas durante el año 2020, se obtuvo una muestra estratificada de 377 mujeres. La técnica para la recolección de los datos fue la encuesta y el instrumento un cuestionario, de 11 ítems. Como resultado se encontró que el 60% de las mujeres sufrían algún tipo de agresión todos los días, de las cuales el 52% han sufrido de violencia psicológica. Se concluye que la violencia de género contra la mujer aumentó en la provincia del Guayas en el año 2020.

Palabras clave: Violencia de género; Agresor; Derechos Humanos; Provincia del Guayas

ABSTRACT

Gender violence against women represents a violation of Human Rights and is becoming a public health problem. This article aimed to determine the causes and consequences of gender violence against women in the province of Guayas, Ecuador, during the year 2020. The research used a field design, the population consisted of 19,256 women victims of domestic violence gender, in the province of Guayas during the year 2020, a stratified sample of 377 women was obtained. The technique for data collection was the survey and the instrument was an 11-item questionnaire. As a result, it was found that 60% of women suffered some type of aggression every day, of which 52% have suffered psychological violence. It is concluded that gender violence against women increased in the province of Guayas in 2020.

Key words: Gender violence; Aggressor; Human rights; Guayas Province

RESUMO

A violência de gênero contra a mulher representa uma violação dos Direitos Humanos e está se tornando um problema de saúde pública. Este artigo teve como objetivo determinar as causas e consequências da violência de gênero contra as mulheres na província de Guayas, Equador, durante o ano de 2020. A pesquisa utilizou um desenho de campo, a população foi composta por 19.256 mulheres vítimas de violência doméstica gênero, na província de Guayas durante o ano de 2020, obteve-se uma amostra estratificada de 377 mulheres. A técnica de coleta de dados foi a survey e o instrumento foi um questionário de 11 itens. Como resultado, verificou-se que 60% das mulheres sofreram algum tipo de agressão todos os dias, das quais 52% sofreram violência psicológica. Conclui-se que a violência de gênero contra as mulheres aumentou na província de Guayas em 2020.

Palavras-chave: Violência de gênero; Agressor; Direitos humanos; Província de Guayas

INTRODUCCIÓN

La eliminación de la violencia de género es una prioridad del Estado ecuatoriano desde el año 2007, para lo cual se creó el Plan de abordaje integral para la erradicación de la violencia contra la niñez, adolescencia y mujeres, permitiendo generar programas y políticas en la protección, prevención y restitución de los derechos de víctimas de cualquier tipo de violencia. En conformidad con lo establecido en el Art. 66 en la Constitución de la República, sobre los Derechos de Libertad, obligando la adopción de medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar toda forma de violencia y establecer el derecho a la integridad personal que incluye una vida libre de violencia en el ámbito privado y público (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Con el fin de contextualizar la violencia de género durante la pandemia por el COVID-19 en Ecuador, se debe destacar que el Ministerio de Salud Pública (MSP) declaró el estado de emergencia sanitaria el 11 de marzo de 2020, con el fin de contener el contagio de la población por este virus (MSP, 2020). Asimismo, cinco días después se declaró el estado de excepción por calamidad pública, que se extendió hasta el mes de septiembre de ese año (Presidencia de la República del Ecuador, 2020). Esta situación trajo como consecuencia el confinamiento en los hogares, el teletrabajo y la educación por medios virtuales.

El Consejo Nacional para la Igualdad de Género (2020) del Ecuador, señaló que las restricciones de movilidad que demandó el aislamiento social generaron tensiones y conflictos ocasionando mayores conductas violentas contra la mujer y otros miembros de la familia. La Fiscalía General de Ecuador (2020) reportó un incremento en los diversos tipos de violencia ocurridos durante el 2019 y el 2020 que refieren como el confinamiento incidió en mantener altas cifras de violencia intrafamiliar durante la pandemia.

Definir la violencia de género permite su visualización e identificación; al respecto cabe citar la declaración final del II Congreso Mundial por los Derechos Humanos de 1993, en Viena, en la cual la violencia contra las mujeres se reconoció como una violación de los derechos humanos en la esfera privada y como parte inseparable, inalienable e integral de los derechos humanos universales se declararon los derechos de las mujeres (Bosch Fiol y Ferrer Pérez, 2000). Asimismo, la Asamblea General de las Naciones Unidas, reconoce la necesidad de extender a las mujeres los principios y derechos referentes a la dignidad, integridad, libertad, seguridad e igualdad de todos los seres humanos (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1994).

Con este propósito, mediante la Declaración 48/104, define a la violencia contra la mujer, en sus artículos 1 y 2: Artículo 1: como todo acto de violencia basado en la diferencia de género que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, inclusive las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se produce en la vida pública como privada (p. 2). Y en Artículo 2: abarca los siguientes actos, aunque sin limitarse a ellos: a) la violencia física, sexual y psicológica que se produzca en la familia, incluidos los malos tratos, el abuso sexual de las niñas en el hogar, la violación por el marido, los actos de violencia perpetrados por otros miembros de la familia y la violencia relacionada con la explotación; b) la violencia física, sexual, psicológica perpetrada dentro de la comunidad en general, inclusive la violación, el abuso sexual, el acoso y las intimidaciones en el trabajo, en instituciones educacionales y en otros lugares, la trata de mujeres y la prostitución forzada; c) la violencia física, sexual y psicológica perpetrada o tolerada por el Estado, donde quiera que ocurra (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1994, p.2).

La Asamblea General de las Naciones Unidas y la Organización Mundial de la salud coinciden en señalar la necesidad de definir y erradicar la violencia contra la mujer para ello realizan actividades y publican resoluciones como la 49.25 de la WHA (OMS, 1996). También por la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL, 2007) establece una resolución, en la que se hace referencia que la cultura de la desigualdad ampara la violencia y se evidencia por la desigualdad de oportunidades, la discriminación laboral y salarial, el desigual acceso a los recursos y servicios de la justicia, así como la desigual distribución del tiempo y poder entre hombres y mujeres.

En este mismo orden de ideas Patricia Berni (2018) agrega que todo acto sexista que tenga como consecuencia real o posible un daño sexual, físico y/o psicológico, es violencia de género. Y entre las condiciones que contribuyen a la violencia están: el aprendizaje de los atributos psíquicos y roles estereotipados otorgados en sus identidades a mujeres y hombres, así como la generada por las realidades socioculturales, basados en la adquisición en el proceso de socialización de aspectos culturales ideológicos. Distintas investigaciones históricas, realizadas en Ecuador, concluyen que la violencia ejercida por el hombre hacia la mujer, en particular por la pareja, respondía a las concepciones dominantes en las sociedades patriarcales referentes al género, es decir, desde sus diferencias biológicas, atributos y roles que cada momento histórico y cultura ha asignado tanto para las mujeres como para los hombres.

De esta forma los términos violencia machista, violencia doméstica/familiar, violencia de género, son sinónimos utilizados con frecuencia para referirse a la violencia de pareja. La violencia machista o violencia de género es aquella que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión; se trata de la manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, que se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aún sin convivencia (Fernández et al., 2019).

Los tipos de violencia se tipifican en el Art. 10 de la Ley Orgánica Integral para prevenir y erradicar la violencia contra las mujeres en Ecuador como: sexual, física, psicológica, gineco- obstétrica, patrimonial; que pueden desarrollarse según en un contexto familiar o doméstico, educativo, laboral, deportivo, estatal e institucional, centros de privación de libertad, en espacio público o comunitario, centros e instituciones de salud y en emergencias y situaciones humanitarias (Secretaría de Derechos Humanos, 2018).

Para comprender los tipos de agresión se utilizarán las definiciones de Bogantes Rojas (2008), la violencia sexual es la acción que obliga a una persona a participar o mantener interacciones sexuales mediante el uso de la coerción, intimidación, fuerza o cualquier otro mecanismo que anule la voluntad personal. La violencia física es el uso de la fuerza que daña o arriesga la integridad corporal de una persona. La violencia patrimonial es cuando por omisión o acción se causa pérdida, destrucción, daño o retención de documentos personales, bienes, objetos, valores o recursos económicos de las personas.

Así como, la violencia psicológica que es el acto por misión o acción destinado a degradar o controlar las creencias, acciones, decisiones y comportamientos de otras personas, por medio de la manipulación, intimidación, amenaza o cualquier otra conducta que implique un perjuicio en la salud psicológica. Y por último la agresión gineco-obstetra según la Secretaría de los Derechos Humanos (2018), consiste en la negación de apoyo médico durante el periodo de gestación y parto. Se expresa mediante el maltrato, la "imposición de prácticas culturales y científicas no consentidas o la violación del secreto profesional, el abuso de medicalización, y la no establecida en protocolos, guías o normas" (p.13); además de "las acciones que consideren los procesos naturales de embarazo, parto y posparto como patologías, la esterilización forzada, la pérdida de autonomía y capacidad para decidir libremente sobre sus cuerpos y su sexualidad" (p.13), impactando negativamente en "la calidad de vida y salud sexual y reproductiva de mujeres en toda su diversidad y a lo largo de su vida, cuando ésta se realiza con prácticas invasivas o maltrato físico o psicológico.

No obstante, a todo el esfuerzo realizado, por el Estado ecuatoriano a través de los cuerpos normativos nacionales, los tratados internacionales ratificados acerca de los derechos humanos fundamentales, con el fin de prevenir y erradicar cualquier forma de violencia a la mujer y miembros del núcleo familiar; aún existe un alto índice de violencia de género contra la mujer. Una de las provincias más afectada, en Ecuador, es la de Guayas, ya que en el año 2020 se registraron un total de 19.256 mujeres víctimas de violencia de género en esta provincia, lo que implica que es una de las de mayor riesgo, y, por lo tanto, se requiere profundizar en los programas y planes de erradicación de la violencia.

El objetivo de esta investigación fue determinar las causas y consecuencias de la Violencia de género contra las Mujeres en la provincia del Guayas, Ecuador, durante el año 2020. Se considera este período de tiempo en el cual las mujeres han tenido que convivir en el mismo lugar que sus agresores, en confinamiento o cuarentena, debido a la pandemia del COVID-19. El estudio se centra en cuantificar los diferentes tipos de violencia como psicológica, física, patrimonial y sexual; la tipificación del agresor y las características de la mujer víctima de la violencia de género. Con el fin de medir la magnitud del problema e identificar algunas de las características, que amplíe el conocimiento y sirva de sustento en el abordaje integral de la problemática en la provincia del Guayas, se realizó un diagnóstico de la violencia de género recabando información tanto de las agresiones sufridas por las mujeres como de los distintos perpetradores a lo largo del año 2020.

MÉTODO

De acuerdo al objetivo fue una investigación descriptiva-explicativa, se recolectaron los datos con un diseño de campo, transeccional, contemporáneo. El contexto fue la provincia del Guayas, en Ecuador, la cual está integrada por 25 cantones. Los cantones de Milagro y Guayaquil son los que tienen mayor densidad poblacional. La población estuvo constituida por 19.256 mujeres víctimas de violencia de género, según el registro de la Secretaría de los Derechos Humanos (SDDHH), en la provincia del Guayas durante el año 2020, se obtuvo una muestra de 377 mujeres con un nivel de confianza del 95% y un margen de error +-5%.

Con base en los datos suministrados por la SDDHH de las mujeres víctimas de violencia de género por cada cantón, se calculó el 50% de registros en cada uno de ellos, a excepción de Milagro y Guayaquil, que se obtuvo el 51% por ser los cantones con mayor número de registros, de esta manera se obtuvo una muestra de 377 mujeres.

Volumen 5, No. 16, abril-junio 2022, ISSN: 2631-2735, https://revistalex.org

Para la recolección de los datos se utilizó la técnica de la encuesta y el instrumento fue un cuestionario que se elaboró con la herramienta de Google form. El cuestionario quedó constituido por 11 ítems, fue respondido en línea por cada una de las mujeres de la muestra. El instrumento permitió caracterizar la variable agresión y consta de las siguientes dimensiones: Frecuencia de hechos violentos contra la mujer en cada uno de los cantones de la provincia de Guayas, tipo de violencia, edad de la mujer, estado civil, características del agresor, frecuencia de la agresión, consecuencias de la agresión. Los resultados se procesaron en Excel y se les analizó con estadística descriptiva, determinando frecuencias, porcentajes y Chi cuadrado.

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

Se presentan los resultados que permitieron caracterizar y explicar las causas y consecuencias de la violencia de género contra las mujeres en la provincia de Guayas durante el año 2020. Se consideró la frecuencia con la cual ocurren los eventos de violencia el 65% de los casos de violencia de género contra la mujer se suscitan en los cantones de Guayaquil y Milagro, el porcentaje restante se reparte en los otros 23 cantones de la provincia de Guayas. Al registrar los casos de violencia y el estado civil de la mujer, cabe destacar que las casadas representan un 19%, las solteras 10%, divorciadas el 6% y un 65% en concubinato (Ver Gráfico 1).

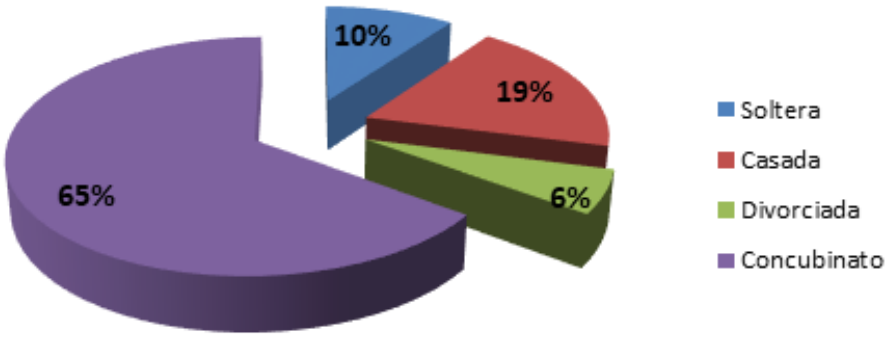

***Gráfico* 1.** Violencia de acuerdo al estado civil de la mujer.

Con respecto a la frecuencia con la cual ocurre la violencia contra la mujer el 60% declara que es diaria y el 34% varias veces a la semana, el 6% una vez a la semana (Ver Gráfico 2).

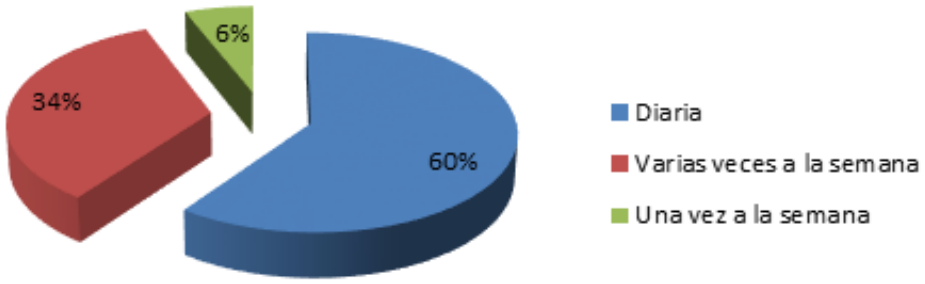

Gráfico 2. Frecuencia de la violencia contra la mujer.

Al revisar los efectos que genera la violencia en las mujeres el 56% de ellas declaran sentir miedo o angustia, 23% refieren problemas nerviosos de forma general y el 21% tiene sentimientos de tristeza (ver Gráfico 3).

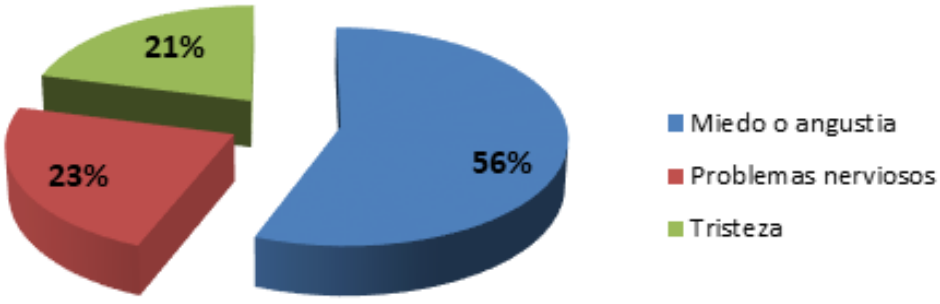

Gráfico 3. Efectos de la violencia en las mujeres.

El tipo de violencia se muestra en el Gráfico 4, la violencia psicológica es la más frecuente con un 52%, seguida de la física con un 33%, la sexual 12%, la violencia patrimonial y la gineco-obstétrica casi inexistente con 2% y 1% respectivamente.

Volumen 5, No. 16, abril-junio 2022, ISSN: 2631-2735, https://revistalex.org

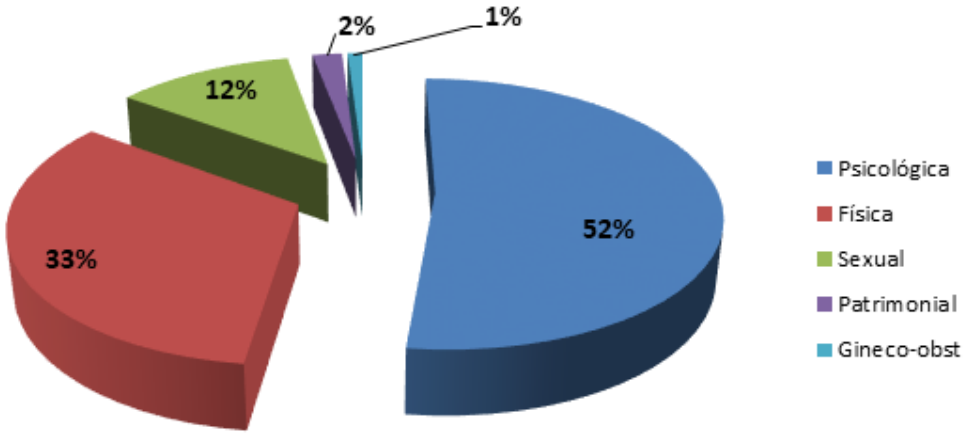

Gráfico 4. Tipos de violencia contra la mujer.

Otra característica relevante a destacar es el tipo de agresor de acuerdo a la cercanía con la víctima, en el Gráfico 5 se resumen los resultados. El tipo de agresor más frecuente es la pareja con un 51%, seguido de alguna persona del entorno familiar con un 22%, e incluso las exparejas tienen un porcentaje representativo con un 15% en la violencia de género.

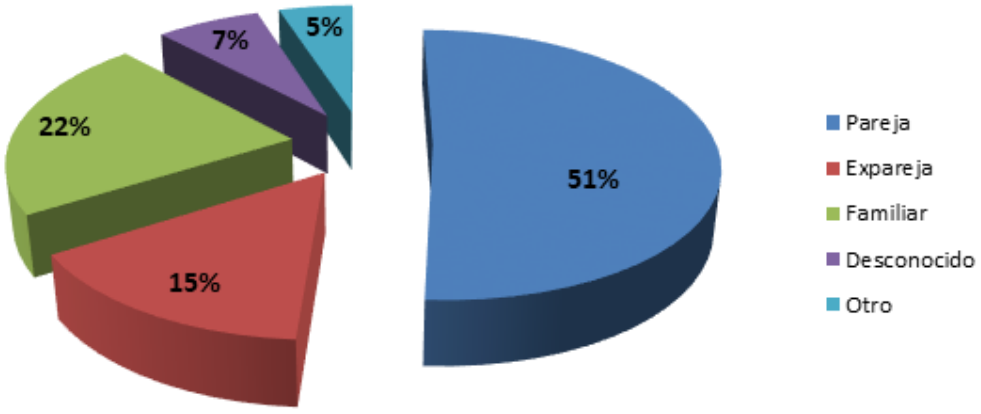

Gráfico 5. Tipo de agresor.

Al considerar la edad de la mujer víctima de la violencia, el 67% de las mujeres que han sufrido de agresión son mayores a 29 años, aunque ocurre en menor medida 3% en mujeres entre los 12 a 17 años (Ver Gráfico 6).

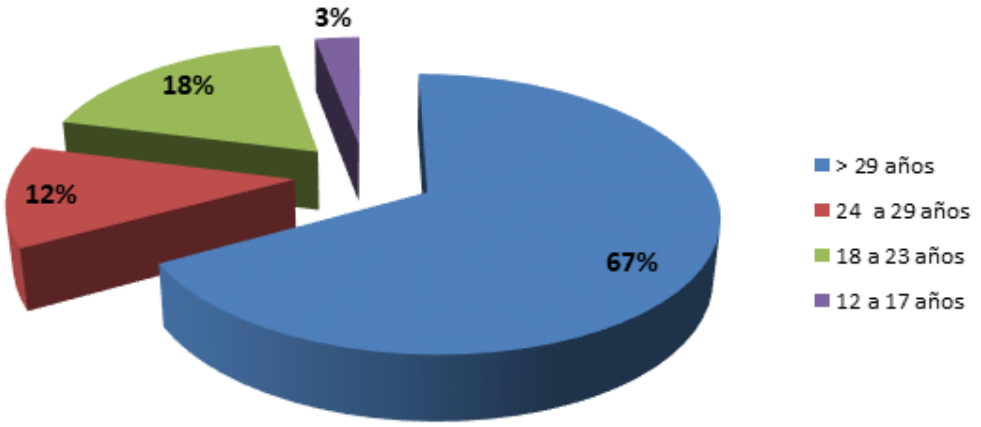

Gráfico 6. Edad de la mujer.

La causa de la agresión a la mujer más frecuente son los celos con un 55%, 16% problemas económicos, 7% por consumo de alcohol o droga por parte del agresor (Ver Gráfico 7).

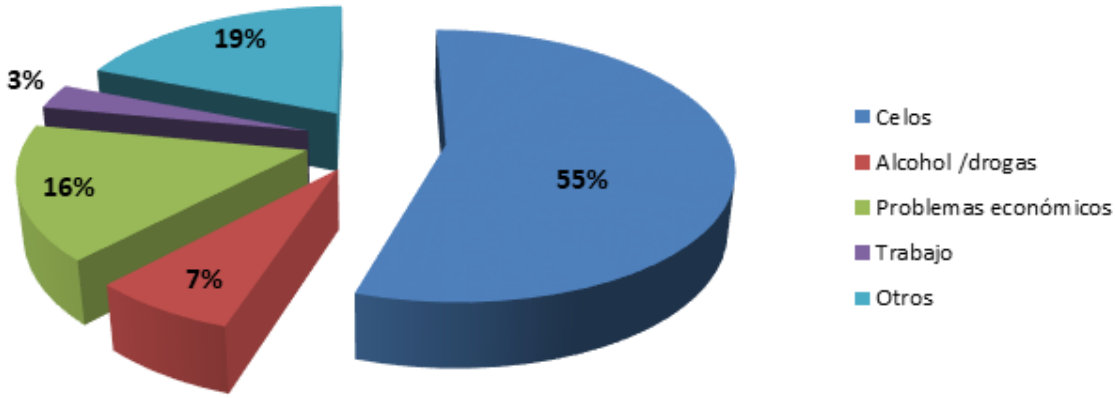

Gráfico 7. Causas de la agresión.

Prueba de hipótesis

A continuación, se presentan las hipótesis que permiten establecer la relación entre las causas encontradas. En primer lugar, se redactan las hipótesis y luego se aplica la prueba de Chi cuadrado, de acuerdo a los resultados de este estadístico se establece o no la relación.

Volumen 5, No. 16, abril-junio 2022, ISSN: 2631-2735, https://revistalex.org

H_0: La edad de la mujer no está relacionada con el tipo de agresión de la cual es víctima.

H_i: La edad de la mujer está relacionada con el tipo de agresión de la cual es víctima

Los resultados del Chi cuadrado establecen que existe relación entre la edad de la mujer y el tipo de agresión que reciben; del 67% de mujeres mayores de 29 años que han sido víctimas de violencia de género en la provincia del Guayas en el 2020, el 36% ha sufrido de violencia psicológica, 22% violencia física, 7% violencia sexual y 2% violencia patrimonial.

H_0: El tipo de agresión no está relacionada con el tipo de agresor

H_i: El tipo de agresión se relaciona con el tipo de agresor

El valor del Chi cuadrado obtenido permite aceptar la hipótesis de investigación, existe relación entre la agresión y la tipología del agresor que la comete. El 52% de violencia psicológica, tipo de violencia con mayor porcentaje, el 27% es por parte de la pareja, 6% por su expareja, 12% por algún familiar, 4% por una persona desconocida y 3% por otros.

Discusión

Los resultados de la investigación concuerdan con los reportados por Quintana-Zurita et al (2014) en la Encuesta Nacional sobre Relaciones Familiares y Violencia de Género contra la Mujer realizada en el año 2011 en Ecuador, el tipo de violencia más frecuente con un 39,5% es la psicológica, seguida por la violencia física con 31,4%; en tercer lugar, está la violencia sexual con un 15,6 % y, por último, la patrimonial o económica con el 11,5% de mujeres que reportan haber sufrido este tipo de violencia por sus parejas o ex parejas. Esta misma encuesta, en el año 2019, en Ecuador sobre Relaciones Familiares y Violencia de Género contra las Mujeres por (Instituto Nacional de Estadísticas Censos, INEC, 2019), en Guayas el 32,9% de mujeres han sido víctimas de violencia de género. Los resultados de la presente investigación encontraron un aumento para el año 2020, se obtuvo que el 52% de las mujeres fueron víctimas de la violencia psicológica, seguido de la violencia física con 33%, posteriormente la violencia sexual con 12%, la violencia patrimonial con 2% y finalmente la violencia gineco–obstétrica con 1%.

Los resultados del tipo de violencia de acuerdo a la edad de la mujer agredida concuerdan con los de Maqueda Abreu (2006) y Jiménez (2011) las mujeres mayores de 29 años presentan el mayor índice de violencia y el tipo de violencia más frecuente es la psicológica, seguida por la física y después la violencia sexual. La causa de la agresión a la mujer más frecuente son los celos con un 55%, 16% problemas económicos, 7% por consumo de alcohol o droga por parte

del agresor, estos resultados coinciden con los reportados en las investigaciones realizadas en España por Yugueros García (2014) y los de Boira y Jimeno (2011). En los hombres, los celos representan el 50% de las causas para la agresión a la mujer. Estos autores indican que los celos no sólo pueden referirse al temor por la infidelidad sino también sentir celos por la atención que la mujer presta a otros miembros de la familia como los hijos u otras personas significativas para ella, que el maltratador pueda percibir como una amenaza.

Los resultados acerca del tipo de agresor revelan que en mayor proporción la agresión proviene de la pareja actual y en segundo lugar por la expareja; estos resultados concuerdan a los encontrados por Acebo et al. (2018) en su estudio de violencia intrafamiliar realizado en la provincia de Bolívar en Ecuador. De la misma manera (López García, 2009) menciona que no es exclusivo el hombre violento de una clase social determinada, puede existir en cualquier lugar y ciudad. Y que, los agresores consideran como una posesión a su pareja, teniendo derecho a controlar todos los aspectos de su vida; aspiran ejercer control y poder absoluto en las acciones de la mujer, en sus sentimientos y pensamientos más íntimos.

En este mismo orden de ideas Patricia Berni (2018), concluye de su investigación contextualizada en Ecuador que la violencia ejercida por el hombre hacia la mujer, en particular por la pareja, respondía a las concepciones dominantes en las sociedades patriarcales referentes al género. Esta autora señala que el comportamiento violento se fundamenta las diferencias biológicas, atributos y roles que cada momento histórico y cultura ha asignado tanto para las mujeres como para los hombres.

La violencia de género, tanto en el ámbito público como la ejercida en el entorno familiar o de pareja, afectan a mujeres de todas las edades, estratos socioeconómicos, de grupos diversos étnico-culturales, del área rural o urbana y de las distintas regiones del país, confirmando que el riesgo principal es ser mujer (Quintana- Zurita et al., 2014).

CONCLUSIONES

La incidencia de la violencia contra la mujer aumentó durante el período de confinamiento por la pandemia de COVID-19. En la provincia del Guayas, en el año 2020, los cantones que reportan mayor frecuencia de agresiones contra la mujer son los cantones de Guayaquil y El Milagro. La caracterización de las causas de la violencia contra la mujer permite mejorar la comprensión de este fenómeno y de los elementos que lo constituyen; este conocimiento es la base para la toma de decisiones y la elaboración de planes para la erradicación de la violencia contra la mujer.

La comprensión de la violencia debe hacerse de forma integral y dinámica ya que en la violencia familiar y específicamente contra la mujer se manifiestan diferentes factores. Es necesario también, profundizar en la realidad del maltratador o agresor, sobre quien también inciden numerosas variables que impulsan sus conductas. Los elementos que presentan relación son: la edad de la mujer con el tipo de agresión, el tipo de agresión con las características del agresor; las mujeres mayores de 29 años sufren de violencia psicológica con mayor frecuencia; la pareja o la expareja es el agresor más frecuente y las causas son los celos.

REFERENCIAS

Acebo Del Valle, G., González Nájera, L., Núñez Aguiar, F., y Chávez Chacán P. (2018). Violencia intrafamiliar en la Provincia Bolívar, Ecuador; causas que la motivan. 6, Edición Especial Julio 2018. https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3670920

Asamblea General de las Naciones Unidas (1994) Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer. Resolución de la Asamblea General 48/104 del 20 de diciembre de 1993. A/RES/48/104, 1994. https://acortar.link/pZ2jSe

Bogantes Rojas, J. (2008). Violencia doméstica. *Medicina Legal de Costa Rica*, 25(2), 55-60., https://acortar.link/1su1OD

Boira, S. y Jimeno, A. (2011). Víctimas y agresores un análisis comparado. *Aequalitas*: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, (28), pp. 52-59

Bosch Fiol, E., y Ferrer Pérez, V. (2000). La violencia de género: de cuestión privada a problema social. *Psychosocial Intervention*, 9(1), 7–20.

CEPAL (2007) ¡Ni una más! El derecho a vivir una vida libre de violencia en América Latina y el Caribe. Serie *Estudios Estadísticos y Prospectivos*; 1, 1–138.

Consejo Nacional para la Igualdad de Género (CNIG). (2020). Igualdad de Género. https://www.igualdadgenero.gob.ec/los-riesgos-a-los-que-se-enfrentan-las-mujeres-durante-la-emergencia-sanitaria-por-el-covid-19-en-ecuador/

Constitución de la República del Ecuador (2008). Decreto Legislativo 0. Registro Oficial 449 de 20-oct.-2008. Última modificación: 01-ago.-2018.

Fernández, M., Guerra, P., Concha, V., Neir, M., y Martínez, N. (2019) Violencia de pareja en personas con disforia de género. Ciencias Psicológicas, 13(2), 185–196. https://doi.org/10.22235/cp.v13i2.1871

Fiscalía General de Ecuador (2020). Análisis de la Violencia de género en Ecuador. 2020 https://www.epn.edu.ec/wp-content/uploads/2020/11/ana%CC%81lisis-de-la-violencia-de-genero-en-ecuador-2020.-20-11-2020ai.pdf

Instituto Nacional de Estadísticas Censos (INEC) (2019). Familiares Y Género Contra Las Mujeres (Envigmu). 1–92. Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, (INEC). Encuesta nacional de relaciones familiares y violencia de genero contra las mujeres - EMVIGMU. Inec, 2–77. https://acortar.link/HNy51S

Jiménez, M. (2011) Violencia de género. Mitos y realidades de la violencia Naturalizada. Escucha, validación y recuperación. Revista Electrónica de Psicoterapia, 5(1), 157–176. https://acortar.link/vBT4YH

López García, E. (2009). La figura del agresor en la violencia de género: características personales e intervención. 29th ISES

Biennial Solar World Congress 2009, ISES, 25(88), 31–38.

Maqueda Abreu, M. (2006). La violencia de género: Entre el concepto jurídico y la realidad social. Artículo 14, Una Perspectiva de Género: Boletín de Información y Análisis Jurídico, 02(21), 4–11.

Ministerio de Salud Pública del Ecuador. (2020) Acuerdo Ministerial No. 126-2020. Quito: Suplemento del Registro Oficial N° 160

Organización Mundial de la Salud (OMS). (1996) Asamblea Mundial de la Salud, 49ª Resolución WHA 49.25.

Patricia Berni, M. M. (2018). Estrativismo social machista en Ecuador. Violencia de género, femicidio. Revista Conrado, 14(61), 111-115. https://conrado.ucf.edu.cu/index.php/conrado/article/view/619

Presidencia de la República del Ecuador. (2020, 16 de marzo). Decreto Ejecutivo No. 1017.Quito: Palacio Nacional.

Quintana-Zurita, Y., Rosero-Moncayo, J., Serrano-Salgado, J., y Pimentel-Bolaños, J. L. (2014). La violencia de género contra las mujeres en el Ecuador... https://www.unicef.org/ecuador/Violencia_de_Gnero.pdf

Secretaría de Derechos Humanos (2018). Ley Orgánica Integral para Prevenir y Erradicar la Violencia Contra las Mujeres y su Reglamento. 2018; 1–138.

Yugueros García, A. (2014). La violencia contra las mujeres: conceptos y causas. Barataria. Revista Castellano-Manchega de Ciencias sociales, (18), enero-diciembre, 2014, pp. 147-159. Asociación Castellano Manchega de Sociología, Toledo, España.

Conflicto de Intereses. Los autores declaran que no existe conflicto de intereses para la publicación del presente artículo científico.

Volumen 5, No. 16, abril-junio 2022
ISSN: 2631-2735
https://doi.org/10.33996/revistalex.v6i16.118
Páginas 176 - 187

CC BY NC SA

LEX Revista de Investigación en Ciencias Jurídicas
https://revistalex.org

Vulneración del derecho a la educación por la falta de regulación en cuanto a las licencias para estudios en el código de trabajo

Violation of the right to education due to the lack of regulation regarding study licenses in the labor code

Violação do direito à educação por falta de regulamentação sobre licenças de estudo no código do trabalho

José Santiago Sánchez Zambrano
jsanchezz@ucacue.edu.ec
https://orcid.org/0000-0002-3336-0147
Universidad Católica de Cuenca. Cuenca, Ecuador

Adrián Teodoro Arévalo Peralta
teoarevalo50@gmail.com
https://orcid.org/0000-0002-6789-7014
Universidad Católica de Cuenca. Cuenca, Ecuador

Adrián Arturo Cabrera Bustamante
addy.art553@gmail.com
https://orcid.org/0000-0003-2939-7366
Universidad Católica de Cuenca. Cuenca, Ecuador

Artículo recibido el 13 de abril 2022 / Arbitrado el 27 de mayo 2022 / Publicado el 2 de junio 2022

RESUMEN

El ordenamiento Jurídico ecuatoriano en materia de permiso para estudio tiene por propósito el desarrollo de un sistema que permita crear condiciones de igualdad de derechos para los trabajadores, por lo que resulta importante abordar como consagra el Estado este tipo de licencias. Por ello, el presente estudio tuvo como objetivo realizar un análisis jurídico sobre las licencias de estudios en Ecuador considerando el derecho a la educación e igualdad. Esta investigación fue de tipo documental, se desarrolló en las fases propuesta por Kitchenham para revisiones sistemáticas, se seleccionaron ocho documentos jurídicos: cinco internacionales y tres nacionales. El análisis de la información seleccionada permitió concluir que a los trabajadores del sector privado se le vulnera el derecho a la educación ya que no está tipificado en la ley la licencia para estudios, hecho discriminatorio frente a lo trabajadores del sector público que sí tiene establecidas estas licencias.

Palabras clave: Derecho a la Educación; Discriminación; Igualdad, Licencia; Trabajador

ABSTRACT

The purpose of the Ecuadorian legal system regarding study permits is the development of a system that allows the creation of conditions of equal rights for workers, so it is important to address how the State establishes this type of licenses. Therefore, the present study aimed to carry out a legal analysis of study licenses in Ecuador considering the right to education and equality. This research is of a documentary type, it was developed in the phases proposed by Kitchenham for systematic reviews, eight legal documents were selected: five international and three nationals. The analysis of the selected information allowed us to conclude that private sector workers have their right to education violated since study leave is not defined in the law, which is discriminatory against public sector workers who do have these established. licenses.

Key words: Right to Education; Discrimination; Equality, License; Employee

RESUMO

O objetivo do ordenamento jurídico equatoriano em relação às autorizações de estudo é o desenvolvimento de um sistema que permita a criação de condições de igualdade de direitos para os trabalhadores, por isso é importante abordar como o Estado estabelece esse tipo de licença. Portanto, o presente estudo teve como objetivo realizar uma análise jurídica das licenças de estudo no Equador considerando o direito à educação e à igualdade. Esta pesquisa é do tipo documental, foi desenvolvida nas fases propostas por Kitchenham para revisões sistemáticas, foram selecionados oito documentos jurídicos: cinco internacionais e três nacionais. A análise das informações selecionadas permitiu concluir que os trabalhadores do setor privado têm seu direito à educação violado, uma vez que a licença de estudo não está definida na lei, o que é discriminatório para os trabalhadores do setor público que possuem essas licenças estabelecidas.

Palavras-chave: Direito à Educação; Discriminação; Igualdade, Licença; Empregado

INTRODUCCIÓN

La Constitución de la República del Ecuador (CRE, 2008) reconoce el derecho al trabajo como un derecho y un deber social, además establece que es una fuente de realización personal y base de la economía y que el Estado es el llamado a garantizar el cumplimiento efectivo de los derechos de las personas trabajadoras sin distinción en el ámbito del desarrollo de su actividad laboral, ya sea público o privado, con el pleno respeto a su dignidad. El ordenamiento Jurídico Ecuatoriano establece que existen dos instrumentos que regulan el ámbito laboral en el país, estas son: La Ley Orgánica de Servicio Público (LOSEP, 2010) y el Código del Trabajo (2005), que tienen como objetivo compartido propender al desarrollo de un sistema que permita crear condiciones de igualdad de derechos y oportunidades a todos los trabajadores del país.

Este objetivo va ligado al mandato de la CRE (2008) que instaura que todas las personas son iguales ante la ley, con los mismos deberes, derechos y gozarán de las mismas oportunidades, concibiendo de esta manera que el Ecuador es un Estado Constitucional de Derechos y Justicia Social, que consagra a la igualdad como un derecho primordial e intrínseco, que debe ser acatado por sus ciudadanos sin distinción alguna. Sin embargo, se observó que este derecho a la igualdad no está siendo cumplido a cabalidad. Ya que existen diferencias marcadas en relación a los derechos de los trabajadores, en cuanto al ámbito del desarrollo de su actividad académica en el sector público y privado. El primero se rige por LOSEP (2010) y el segundo por el Código del Trabajo (2005). Estos instrumentos no tienen las mismas condiciones en cuanto a las licencias por estudio de los trabajadores lo que evidencia desigualdad entre los trabajadores del sector privado y público.

Por ello, esta investigación tiene como objetivo realizar un análisis jurídico sobre las licencias de estudios en Ecuador considerando el derecho a la educación e igualdad a partir de los documentos internacionales y nacionales vinculantes. El cumplimiento de este objetivo se llevó a cabo en base al análisis del derecho de igualdad, a la no discriminación y el derecho a la educación en la normativa jurídica pertinente para esta investigación, el desarrollo de este análisis es importante en el ámbito jurídico ya que permite evidenciar la desigualdad de condiciones entre los trabajadores del sector público y privado en Ecuador en torno a las licencias por estudio de sus trabajadores.

MÉTODO

Esta investigación fue de tipo y diseño documental con nivel explicativo, para la interpretación del fenómeno de estudio tomando en cuenta sus características, circunstancias y condición. La investigación se desarrolló en las fases propuesta por Kitchenham (2004): planificación,

desarrollo y reporte de la revisión sistemática. En la fase de planificación se estableció la pregunta de investigación ¿Cuál es el marco jurídico sobre las licencias de estudios en Ecuador? lo que permitió desarrollar el objetivo de investigación el cual estuvo orientado realizar un análisis jurídico sobre las licencias de estudios en Ecuador considerando el derecho a la educación e igualdad.

En la fase de desarrollo se establecieron los descriptores: derecho, igualdad, educación y licencias, lo que permitió excluir aquellos documentos que no tenían relación con el objeto de estudio. Para optimizar la búsqueda se combinaron estos descriptores y se consideraron los documentos legales que tuvieran disponibilidad de texto completo en la web con relación directa con el objetivo de estudio. Estos criterios permitieron la elección de los instrumentos seleccionados y descarta aquellos que no eran pertinentes. Se consideraron 8 documentos: 5 internacionales que plantearon el derecho a la igualdad y derecho a la educación y 3 documentos jurídicos nacionales: la CRE (2008) que garantiza el derecho a la educación y a la no discriminación, el código del trabajo (2005) y LOSEP (2010) que regula los empleados del sector privado y público respectivamente.

Para este estudio se trabajó con las plataformas oficiales de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), Organización de las Naciones Unidas (ONU) y Organización de los Estados Americanos (OEA) para los documentos internacionales que plantearan el derecho a la igualdad y la educación y para los instrumentos nacionales se buscó en la web y se seleccionaron aquellos que tenían todos los datos para una adecuada citación e incorporación en la lista de referencias. Y, por último, con toda la información seleccionada se realizó el reporte de investigación, lo que permitió estructurar contenido y la discusión de esta revisión a partir del análisis y comparación de los documentos seleccionados. Para esta discusión se consideraron los aportes de Piñas, Castillo, Zhinin y Romero (2019) en materia de igualdad de derechos.

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

En Ecuador uno de los deberes primordiales del Estado es garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos a todas las personas, establecidos en la CRE (2008) y los diferentes instrumentos legales nacionales e internacionales sobre los Derechos Humanos, para esta investigación se prestó especial atención a los derechos de educación, la igualdad, las licencias para estudios y sus limitaciones específicamente en los trabajadores de dicho país. Para esto se presentaron los resultados en dos partes la primera corresponde a la exposición de los instrumentos legales internacionales y la segunda los instrumentos nacionales en donde se expone los establecido en torno al tema estudio de cada uno de los documentos seleccionados.

Documentos internacionales

Los documentos internacionales seleccionados hacen referencia al derecho a la educación en condición de igualdad que tiene los ciudadanos según la Organización de los Estados Americanos [OEA], (1948), la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura [UNESCO], (1960) y la Organización de las Naciones Unidas [ONU], (1968), para este estudio se seleccionó 5 instrumentos de carácter internacional y se expusieron en orden cronológico de acuerdo a su promulgación.

Carta de la Organización de los Estados Americanos (1948)

Este documento suscrito por la OEA (1948) plantea que la misión histórica de América es ofrecer al hombre una tierra de libertad y un ambiente que promueva el desarrollo de su personalidad y la realización de sus justas aspiraciones. Para ello en el artículo 1, literal n plantea que los Estados miembros de la OEA deben garantizar una educación basada en la justicia, libertad y paz. En el artículo 47 exhorta a los Estados parte de la OEA a dar prioridad dentro de sus planes de desarrollo a la educación, la ciencia, la tecnológica y la cultura, exhortando a que estas deben estar orientadas hacia el mejoramiento integral de sus ciudadanos. Asimismo, señala en el artículo 49 que los Estados deben llevar a cabo esfuerzos que aseguren, de acuerdo a sus instrumentos legales el ejercicio efectivo del derecho a la educación de todos sus ciudadanos.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948)

Este Instrumento fue promulgado por la OEA (1948) es fundamental en relación al reconocimiento de los derechos de igualdad y dignidad de toda persona, ya que determina que todo ciudadano nace libre y en relación al derecho a la educación determina que de este nace la igualdad de condiciones y oportunidades. Por lo que el artículo XII reza que toda persona tiene derecho a la educación, la que debe estar inspirada en los principios de libertad, moralidad y solidaridad humanas. Asimismo, tiene el derecho de que, mediante esa educación, se le capacite para lograr una digna subsistencia, en mejoramiento del nivel de vida y para ser útil a la sociedad. Este documento establece que el derecho a la educación comprende el de igualdad de oportunidades.

Convención relativa a la lucha contra la discriminación en la esfera de la enseñanza (1960)

Esta convención se encuentra entre los principales documentos en relación a la protección de la enseñanza determinada por la UNESCO (1960), siendo este el primer instrumento internacional que establece ampliamente el derecho a la educación, con base en lo determinado por el Ordenamiento Jurídico Internacional. En su artículo 1 desarrolla el concepto de discriminación y la asume como cualquier distinción, exclusión, limitación o preferencia, basada en la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, las opiniones políticas o de cualquier otro tipo, tales como el origen geográfico o social, la posición económica, entre otros, que tenga por propósito alterar el derecho a igualdad en torno a la enseñanza. Y el artículo 4 manifiesta que los países que forman parte de este convenio se comprometen también a desarrollar y aplicar políticas que promuevan la igualdad de posibilidades educativas.

Pacto Internacional de Derechos Humanos y Políticos (1968)

Este es un instrumento suscrito por la ONU (1968) que consagra a la paz, la libertad, y la justicia como la plataforma para el reconocimiento de la dignidad humana en la que su fundamento se basa en la igualdad de derechos, ya que concibe la idea de que el ser humano pueda disfrutar libremente de estos, sin condiciones que menoscaben los mismos, es por ello que exhorta a los Estados a cumplir con la promoción del respeto a los derechos y libertades universales. Entre los derechos individuales garantizados por este Pacto se encuentran: el artículo 3 que establece la igualdad de derechos civiles y políticos entre hombres y mujeres y el artículo 26 que señala el derecho a la igualdad ante la ley y a una misma protección.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969)

Esta convención fue desarrollada por la OEA (1969) y nace del reconocimiento de los derechos esenciales de la persona, determinando que esta no es merecedora de la protección de sus derechos por el hecho de pertenecer a un Estado, si no que esta protección se fundamenta en la razón de ser persona, razón suficiente para que quede justificada la protección internacional. En relación al derecho a la educación establece el compromiso de los Estados para la adopción de mecanismos para la plena efectividad de este derecho. En el artículo 26 de este documento

se establece el desarrollo progresivo en el que plantea que los Estados partes de la OEA se comprometen a adoptar providencias, especialmente económicas y técnicas, para alcanzar de manera progresiva la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales, educativas, científicas y culturales, comprendidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos.

Documentos Nacionales

Los documentos nacionales seleccionados en torno al tema de estudio pertinentes para esta investigación fueron la CRE (2008), la LOSEP (2010) y el Código del Trabajo (2005) ya en ellas de determina como consagra el Estado el derecho a la educación, la igualdad y las licencias de estudio de los trabajadores, estos documentos se presentaron de acuerdo a su jerarquía en el orden jurídico.

Constitución de la República del Ecuador (2008)

La CRE (2008) en relación a la educación hay cuatro artículos que es oportuno mencionar, artículo 26 afirma que la educación es un derecho de las personas y un deber ineludible e inexcusable del Estado, estableciendo como un área prioritaria para el Estado y sus políticas públicas con garantía de igualdad e inclusión social, garantizando el derecho a participar en el proceso educativo. En el artículo 27 se establece la educación como indispensable para el conocimiento, el goce de los derechos y el desarrollo soberano del país, constituyendo la educación como un eje primordial para su desarrollo. El artículo 28 en el que se garantiza acceso universal y permanente sin discriminación de ningún tipo. Asimismo, manifiesta que toda persona tiene derecho a participar en una sociedad que aprende. Y el artículo 66 garantiza el derecho a la educación.

En cuanto al trabajo, la Carta Magna ecuatoriana en el mismo artículo 66 reconoce y garantiza el derecho al trabajo. Asimismo, en el artículo 325 afirma que el Estado debe garantizar este derecho a todos sus ciudadanos reconociendo todas las modalidades de trabajo y a todos los trabajadores como actores sociales y productivos de este país. Y el artículo 326 manifiesta que el derecho al trabajo está sustentado en dos principios fundamentales el primero hace referencia a que los derechos laborales son irrenunciables e intangibles y el segundo que siempre se aplicará lo más favorable para el trabajador de manera de no vulnerar de ninguna manera sus derechos ni someterlo a actos discriminatorios.

La Ley Orgánica de Servicio Público (2010)

Este documento establece los lineamientos para los prestadores de servicio del sector público en Ecuador, en su artículo 1 establece que es un documento que se sustenta entre otros principios en el de igualdad y la no discriminación y en el artículo 2 afirma que tiene por objetivo propender al desarrollo profesional, técnico y personal de los trabajadores del sector público, por ello en el artículo 33 establece las licencias por estudio para empleados de este sector, tipificando que el trabajador tiene permiso hasta por dos horas diarias remuneradas para su formación académica regular, previa acreditación de matrícula y regulación de asistencia a clases. Asimismo, establece que el trabajador debe certificar la aprobación del curso para el cual solicita la licencia y no se concederán estos permisos a los trabajadores que laboren en jornada especial.

Código del Trabajo (2005)

Este instrumento de acuerdo a su artículo 1 establece los preceptos que regulan las relaciones entre empleadores y trabajadores y se aplican a las diversas modalidades y condiciones de trabajo tanto del sector como privado, en consecuencia, este documento es el que rige a los trabajados de empresas privadas en Ecuador. En el cual no se evidenció las condiciones de permisos o licencias para estudios. Aunque en el artículo 135 establece que aquellos empleadores que contraten a jóvenes entre 15 y 18 años tienen el deber de dar permiso de dos horas diarias para estudio y que además no pueden inducir al adolescente a abandonar su proceso académico. Asimismo, en el 136 manifiesta que la jornada laboral de este tipo de empleados debe estar organizada de manera que no limite el ejercicio efectivo de su derecho a la educación. Este documento dedica el capítulo VIII al aprendiz y específicamente en el artículo 161 numeral 4 garantiza el derecho a la educación de estos trabajadores.

Discusión

Bajo los resultados expuestos es necesario analizar el derecho a la educación en Ecuador, entendiendo al mismo como un derecho fundamental de todas las personas, que permite la adquisición de conocimientos vitales para el desarrollo educativo, social, cultural, y económico y que al ser un derecho fundamental, este debe ser accesible a todas las personas sin discriminación alguna, los instrumentos internacionales seleccionados establecen la importancia del derecho a la educación e instan a los países subscritos a ellos a implementar mecanismos para que todas las personas logren acceder a una educación de calidad bajo el principio de igualdad y sin discriminación de ningún tipo que les permita desarrollarse académica y profesionalmente dentro de la empresa en la que laboran.

En cuanto a la Convención Relativa a la Lucha Contra la Discriminación en la Esfera de la Enseñanza (1960) es un instrumento internacional jurídicamente vinculante en aquellos países que lo han ratificado, en su contenido abarca desde la noción de educación, hasta la fundamentación para considerar a la educación como un derecho fundamental, de libre acceso, no discriminatorio y como una posibilidad para todos, a su vez establece la obligación de los Estados para erradicar todas las formas de discriminación en relación a lo académico, promoviendo de manera prioritaria la igualdad de oportunidades en este ámbito. Ya que uno de sus objetivos es erradicar cualquier discriminación en la enseñanza, así como promover las medidas legislativas y prácticas contra dicha discriminación.

Esta convención fue desarrollada por la UNESCO (1960), es el primer instrumento internacional que estableció ampliamente el derecho a la educación, en su contenido abarca desde la noción de educación, hasta la fundamentación para considerar a la educación como un derecho fundamental, a su vez establece que los Estados suscritos tiene la obligación de desarrollar directrices y planes que permitan erradicar todas las formas de discriminación en el ámbito académico, promoviendo de manera prioritaria la igualdad de oportunidades en este campo. Asimismo, el Pacto Internacional de Derechos Humanos y Políticos (1968) plantea el reconocimiento internacional de la igualdad, en Ecuador se implementó este derecho y la no discriminación como principios básicos, en los que se establece que nadie puede ser privada del goce de ningún derecho y más aún del derecho a la igualdad en todos los ámbitos, ni ser objeto de discriminación.

En concordancia con lo antes expuestos la CRE (2008) consagra que el Estado debe garantizar el derecho al trabajo, reconociendo todas las modalidades del mismo, ya sean autónomas o en relación de dependencia, teniendo en consideración que todos los trabajadores son actores sociales productivos, de este precepto constitucional se desprende la garantía que otorga el Estado en torno al derecho al trabajo, por consiguiente, establece también los principios de este derecho. La finalidad de estos principios es brindar protección a la dignidad de las personas trabajadoras, tanto al inicio de la relación laboral como durante su desarrollo y al momento de su finalización. Dándole prioridad a la irrenunciabilidad e intangibilidad de los derechos, la continuidad laboral, la progresividad y sobre todo la no discriminación.

Pero este preámbulo no es del todo verdadero en Ecuador, ya que dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano existen normativas y políticas emanadas del poder público que deberían proteger a todos los ciudadanos contra la desigualdad. Ya que algunas circunstancias son consideradas como fuente de discriminación pues se pudo determinar a partir del análisis de los instrumentos nacionales, pese a que estos se fundamentan en los diferentes documentos internaciones descritos en este estudio que hay en Ecuador en la actualidad vacíos que

conllevan a la vulneración de derechos de igualdad, a la educación y la no discriminación. Ya que se evidenció que en el caso específico de los trabajadores del sector privado regidos por Código del Trabajo (2005), no está tipificado el permiso o licencia para estudios para aquellos empleados mayores de 18 años, que en cambio las personas que laboran en el sector público y regidos por la LOSEP (2010), en el artículo 33 sí se les otorga el derecho para la obtención de permiso o licencia por concepto de estudios.

De acuerdo a lo planteado en el documento antes mencionado y a partir del reconocimiento internacional de la igualdad en Ecuador se implementó la no discriminación como principio básico fundamentado en las normas internacionales de DDHH, en los que se establece que nadie puede ser privada del goce de ningún derecho y más aún del derecho a la igualdad en todos los ámbitos, con la premisa de que es protegido de manera fundamental por parte del Estado de cualquier tipo de discriminación. Pero esto no es del todo verdadero, puesto que dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano específicamente en el Código del Trabajo no hay elementos que protejan a los trabajadores en relación a su derecho a la educación ya que no se les concede permiso dentro de su jornada laboral para que puedan continuar su formación académica.

En este sentido la problemática jurídica recae en el hecho que la máxima autoridad de una Institución Pública mediante la tipificación en la LOSEP (2010), tiene por obligación otorgar un permiso de hasta dos horas a sus empleados con el objetivo que los servidores públicos sigan estudiando para mejorar sus habilidades, capacidades, destrezas en su labor. Sin embargo, al analizar el Código del Trabajo (2005) en relación a la licencia por estudios nada manifiesta al respecto, creando de esta manera una condición de desigualdad entre los trabajadores del sector público y los trabajadores del sector privado, que genera una vulneración al derecho de igualdad y sobre todo al derecho a la educación de los trabajadores regulados por el código mencionado.

De esta manera se crea un ambiente de discriminación aún mismo grupo de personas, sin fundamento valido alguno, ya que existen diferencias marcadas en relación a los derechos de los trabajadores, en cuanto al ámbito del desarrollo de su actividad en el sector público y en el sector privado. Considerando de tal manera que la tipificación en relación a la licencia o permiso para estudios en las normas reguladoras en el ámbito laboral ha acarreado que existan problemas en relación al reconocimiento y protección de los derechos de los trabajadores, quebrantando de esta manera los preceptos constitucionales en materia laboral y estableciendo la desigualdad entre los trabajadores del sector público y privado.

Lo anteriormente expresado deja de lado el derecho a la igualdad a pesar que esta forma parte de los pilares fundamentales de un Estado Constitucional ecuatoriano, ya que este tiene como deber principal tratar a los individuos de tal manera que los derechos y obligaciones sean respetados y exigidos de manera equitativa, es por ello que el respeto al derecho a la igualdad requiere un mismo trato en circunstancias similares. En la Legislación Ecuatoriana la CRE (2008) consagra que todas las personas son iguales ante la ley y reconoce al Ecuador como un Estado soberano, que tiene como deber fundamental e ineludible respetar la dignidad de todas las personas, en base a la igualdad y la justicia.

Con este reconocimiento en la CRE (2008) se concibe al derecho a la educación como deber de protección inexcusable e ineludible por parte del Estado, ya que en base a este se garantiza la inclusión social y de igualdad de todas las personas, ya que en base a este se impulsa la equidad, la solidaridad y la justicia, y los más importante ayuda a la obtención de nuevas capacidades para desarrollar un trabajo determinado, es por ello que la educación en relación al ámbito laboral es indispensable ya que permite a los trabajadores adquirir nuevos conocimientos. Pero para lograr este último objetivo el Ordenamiento Jurídico debe contar con normas eficaces en relación al ejercicio de los derechos, sin tener diferencias marcadas en una misma población, puesto que el derecho a la educación responde a los intereses públicos y no particulares o individuales, en el que claramente se prohíbe la discriminación.

De acuerdo a lo expresado anteriormente se entiende que nadie puede realizar una distinción que conlleve a menoscabar los derechos de otra persona, tal y como lo establece la Carta Magna en su artículo 66, donde se reconoce y se garantiza a las personas el derecho a la igualdad formal, igualdad material y la no discriminación. La igualdad formal es entendida por Piñas, Castillos, Zhinin y Romero (2019) como el derecho de todas las personas a tener la certeza que están protegidos por la ley de manera igualitaria, prohibiendo todo trato parcializado o diferenciado que propenda a ser injusto. Tampoco se puede discriminar a las personas por razones de sexo, identidad sexual, filiación política, religiosa pasado judicial y otras según lo dispuesto en el artículo 11 número 2 de la CRE (2008).

En relación a la igualdad material fue definida por Piñas, Castillos, Zhinin y Romero (2019) como un principio en el que se consagra la igualdad efectiva y real, de modo que en esta exista la intervención del Estado para eliminar toda situación de desigualdad y discriminación, por ello resulta importante enlazar la igualdad en varios ámbitos como; el social, político, económico, religioso y educativo, pretendiendo de esta manera eliminar toda situación de desigualdad. También llamada igualdad real, ya que esta se trata de obtener algo práctico y materializado, es por aquello que se le denomina como “material”, por tanto, se tiene la plena seguridad de que existe igualdad de todos ante la ley. Asimismo, los autores agregan que en la igualdad

material se encuentra uno de los principios que consagra una igualdad real y efectiva, que está llamada a rebasar la sucinta igualdad jurídica tradicional, de modo que existe intervención del Estado con acciones destinadas a eliminar situaciones de desigualdad y así consagrar la igualad y la no discriminación.

En torno a la discriminación el actual ordenamiento jurídico laboral de Ecuador tiene varios instrumentos jurídicos: la CRE (2008) que consagra que el Estado debe garantizar el derecho al trabajo, a la continuidad laboral, la progresividad y sobre todo a la no discriminación, la Ley Orgánica de Servicio Público (2010) y del Código del Trabajo (2005) que establecen mecanismos de protección de derechos de los trabajadores, que al analizarlos minuciosamente se evidenció la vulneración de derechos de los trabajadores regidos por este último, ya que se hace caso omiso a lo determinado en la Constitución, que en ningún apartado menciona que debe existir diferencia entre trabajadores del sector público y trabajadores del sector privado, y mucho menos en relación a un ámbito de suprema importancia para el desarrollo personal del trabajador como es la educación.

Bajo este preámbulo es necesario describir el derecho a la educación, asumiéndolo como un derecho fundamental de todas las personas sin importar en que sector desempeñen, que permite la adquisición de conocimientos vitales para su desarrollo social, cultural, económico, profesional y académico, al ser un derecho fundamental, este debe ser accesible a todas las personas sin discriminación alguna, los Instrumentos internacionales establecen la importancia del derecho a la educación y a la igualdad e instan a los países subscritos a ellos a implementar mecanismos para que todas las personas logren acceder a una educación de calidad, para ello los estados deben desarrollar mecanismo que permitan que todos tengan acceso al ámbito académico en igualdad de condiciones.

CONCLUSIONES

Análisis de los instrumentos legales de Ecuador en torno a los temas de derecho a la educación, al trabajo y la igualdad permitió evidenciar la vulneración del derecho a la educación en los trabajadores del sector privado. Ya que la existencia de dos normas reguladoras en el ámbito laboral ha acarreado que existan problemas en relación al reconocimiento y protección de los derechos de los trabajadores en cuanto al tiempo de permiso para estudios en el sector privado ya que los trabajadores del sector público que se rigen bajo la LOSEP (2010), establece que estos tendrán derecho de permiso de dos horas para estudiar, según así manifiesta el artículo 33. Lo que conllevó a determinar la existencia de vulneración del derecho a la educación y el derecho de igualdad y la no discriminación de los trabajadores regidos por el Código de Trabajo, en relación a la falta de tipificación del permiso por estudios.

Ecuador al ser un Estado Constitucional de Derechos y Justicia Social, tiene como obligación garantizar y hacer cumplir los derechos y obligaciones de los trabajadores independientemente del sector al que pertenezcan, mediante la adopción de políticas públicas claras, precisas y eficaces, salvaguardando de esta manera el derecho a la igualdad, hecho que en la actualidad no se está cumpliendo, ya que el Ordenamiento Jurídico Laboral del sector privado carece de regulación vinculada a las licencias por estudio. Se evidenció que el Estado ecuatoriano quebranta el derecho de igualdad al beneficiar a los trabajadores del sector público, ya que consagra la licencia de estudios en la LOSEP (2010) en beneficio de los trabajadores de este sector. Sin embargo, no tipifica estos permisos en el Código del Trabajo (2005) que rige a los trabajadores del sector privado hecho que vulnera el derecho a la igualdad y el derecho a la educación de este sector.

REFERENCIAS

Código del Trabajo. (2005). Codificación 17-Registro Oficial Suplemento 167. https://n9.cl/nwded

Constitución de la República del Ecuador. (2008). Registro Oficial 449. https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf

Kitchenham, B. (2004). Procedures for performing systematic reviews. Keele, UK, Keele University, 33(2004), 1-26. https://n9.cl/ieu80

Ley Orgánica de Servicio Público (2010). Ley 0. Registro Oficial Suplemento 294. http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_org10.pdf

Organización de las Naciones Unidas (1966). Pacto Internacional de Derechos Humanos y Políticos 1966. [Resolución 2200 A (XXI)], https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights

Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (1960) Convención relativa a la lucha contra la discriminación en la esfera de la enseñanza 1960. (Registración a la ONU N° 6193) https://n9.cl/vnbdl

Organización de los Estados Americanos (1948). Carta de la Organización de los Estados Americanos 1948. (N° 1609, Vol. 119). https://www.oas.org/dil/esp/afrodescendientes_manual_formacion_lideres_anexos.pdf

Organización de los Estados Americanos (1948). Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre 1948. (Novena Conferencia Internacional Americana) https://n9.cl/yaren

Organización de los Estados Americanos (1969) Convención Americana sobre Derechos Humanos – Pacto de San José 1969. (N° 453). https://www.corteidh.or.cr/tablas/17229a.pdf

Piñas, L., Castillo, H., Zhinin, J., y Romero, E. (2019). Análisis de la igualdad de derechos desde una visión neoconstitucionalista en Ecuador. Uniandes EPISTEME: Revista digital de Ciencia, Tecnología e Innovación, 6(especial), 902-912. https://n9.cl/5iyrv

Conflicto de Intereses. Los autores declaran que no existe conflicto de intereses para la publicación del presente artículo científico.

Volumen 5, No. 16, abril-junio 2022
ISSN: 2631-2735
https://doi.org/10.33996/revistalex.v6i16.119
Páginas 188 - 202

CC BY NC SA

LEX Revista de Investigación en Ciencias Jurídicas
https://revistalex.org

Discriminación y violencia a la comunidad LGTBI: Revisión de redacciones periodísticas

Discrimination and violence against the LGTBI community: Review of journalistic redactions

Discriminação e violência contra a comunidade LGTBI: Revisão de redações jornalísticos

Rodolfo Amado Arevalo Marcos
rodolfo.arevalo.marcos@gmail.com
https://orcid.org/0000-0002-4633-2997
Universidad Norbert Wiener. Lima, Perú

Susan Haydee Gonzales Saldaña
susan.gonzales@uwiener.edu.pe
https://orcid.org/0000-0001-5001-4388
Universidad Norbert Wiener. Lima, Perú

Artículo recibido el 25 de mayo 2022 / Arbitrado el 7 de junio 2022 / Publicado el 15 de junio 2022

RESUMEN

La discriminación y violencia a la comunidad LGTBI se ha convertido en uno de los problemas sociales en Perú, lo que ha generado relaciones de desigualdad en diversos espacios sociales. La estigmatización de esta comunidad se ha normalizado y se visibiliza en el hostigamiento físico y psicológico. El estudio tuvo como objetivo determinar las formas de discriminación y violencias hacia la comunidad LGTBI. Se trató de una revisión narrativa. Se recolectó las redacciones periodísticas informativas de los principales diarios del Perú del año 2013 al 2021. Se obtuvieron como resultados (n=30) redacciones periodísticas de las cuales por criterios de inclusión y exclusión. De las redacciones periodísticas analizadas 6 estudios evidencian discriminación y violencia a la comunidad LGTBI. Es importante se inicie la construcción de un ordenamiento legal favorable e inclusivo, que comprenda el establecimiento de políticas públicas de protección dirigidas a los derechos de la comunidad LGTBI.

Palabras clave: Violencia; Discriminación; Comunidad LGTBI

ABSTRACT

Discrimination and violence against the LGTBI community has become one of the social problems in Peru, which has generated unequal relationships in various social spaces. The stigmatization of this community has been normalized and is visible in physical and psychological harassment. The study aimed to determine the forms of discrimination and violence towards the LGTBI community. It was a narrative review. The informative journalistic newsrooms of the main newspapers of Peru from 2013 to 2021 were collected. Results (n = 30) were obtained journalistic newsrooms, of which by inclusion and exclusion criteria. Of the journalistic newsrooms analyzed, 6 studies show discrimination and violence against the LGTBI community. It is important to begin the construction of a favorable and inclusive legal system, which includes the establishment of public protection policies aimed at the rights of the LGTBI community.

Key words: Violence; Discrimination; LGTBI community

RESUMO

A discriminação e a violência contra a comunidade LGTBI tornou-se um dos problemas sociais no Peru, o que gerou relações desiguais em vários espaços sociais. A estigmatização dessa comunidade foi normalizada e é visível no assédio físico e psicológico. O estudo teve como objetivo determinar as formas de discriminação e violência contra a comunidade LGTBI. Foi uma revisão narrativa. Foram coletadas as redações jornalísticas informativas dos principais jornais do Peru de 2013 a 2021. Os resultados (n=30) foram obtidos nas redações jornalísticas, das quais por critérios de inclusão e exclusão. Das redações jornalísticas analisadas, 6 estudos mostram discriminação e violência contra a comunidade LGTBI. É importante iniciar a construção de um ordenamento jurídico favorável e inclusivo, que inclua o estabelecimento de políticas públicas de proteção voltadas aos direitos da comunidade LGTBI.

Palavras-chave: Violência; Discriminação; Comunidade LGTBI

INTRODUCCIÓN

La comunidad LGTBI conformada por personas y/o comunidades identificadas como lesbianas, gais, transexuales, bisexuales e intersexuales, están en la búsqueda contante de reconocimiento social e igualdad en el ejercicio de sus derechos, puesto que enfrentan situaciones de discriminación y, muchas veces, exclusión por parte de la sociedad, lo cual afecta a la persona en su salud mental generando situaciones emocionales como el miedo, la vergüenza y la inseguridad de sí mismo, porque se ve en la encrucijada de asumir una orientación sexual e identidad que, a su vez, no es aceptada por la sociedad. Se debe tomar en cuenta, además, la siguiente información: en primer lugar, los escenarios de mayor discriminación y violencia por las que pasan las personas de la comunidad LGTBI suceden frecuentemente dentro de sus propios hogares y, en segundo lugar, en el ámbito de los derechos humanos, se puede visibilizar una gran desigualdad en lo que se refiere a la aplicación y ejecución de los mismos derechos.

En la actualidad, se vive en un mundo globalizado, con fronteras cada vez más difusas que acentúan las diferencias sociales no solo en la religión, etnicidad u origen social sino también la discriminación a las comunidades LGTBI (Toro, 2012). Aún se continúa evidenciando la discriminación y violencia por orientación sexual en las diferentes sociedades del mundo, las cuales varían según diversos factores, a saber: identidad de género, nivel socio económico y cultural.

La Asociación Internacional de Lesbiana, Gais, Bisexuales, Transexuales e Intersexuales refiere que en la Organización de Naciones Unidas 2018, existen 32 estados que restringen la libertad de expresión por orientación sexual y de identidad; además el 21% de ellos son rechazados por la familia y el 26%, por sus propios amigos. (Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, 2018). Se sabe que la Asociación Internacional de Lesbiana, Gais, Bisexuales, Transexuales e intersexuales, cuyas siglas en inglés son I.L.G.A. (Internacional Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association) es una organización mundial que lucha por la igualdad de derechos humanos para las personas LGTBI desde 1978.

Sobre la diversidad se sexo y género y el derecho a la igualdad, Promsex (2018) afirma lo siguiente:

> En Perú, las prácticas de exclusión hacia las comunidades LGBT son de larga data. Las particularidades de esta exclusión y la negación, incluso, de su existencia, fueron y siguen siendo obstáculo para su agrupamiento y organización debido al estigma social. Es por ello que, después de la dictadura militar, en el marco de la emergencia de los movimientos por la diversidad sexual en Norteamérica, Europa y Latinoamérica, recién en el año 1981, un grupo de gais funda la Acción para la Liberación Homosexual (ALPHO), y un año después, octubre de 1982,

Volumen 5, No. 16, abril-junio 2022, ISSN: 2631-2735, https://revistalex.org

> un grupo de jóvenes gais de izquierda funda el Movimiento Homosexual de Liberación, años más tarde siendo denominado el Movimiento Homosexual de Lima (MHOL). Por otro lado, debido al avance del movimiento feminista latinoamericano, surge el Grupo de Autoconciencia Lésbica Feminista (GALF), fundado en el año 1984, siendo el primer grupo de lesbianas del Perú (p. 25).

MÉTODO

Se trata de una revisión narrativa Aguilera (2014) "son un tipo de revisión que se caracteriza por ser de una forma "más o menos exhaustiva"; son realizadas por "expertos en un tema", el/los autores/es no declaran los métodos que utilizaron para obtener, seleccionar la información" (p. 359). Para las fuentes de información y estrategia de búsqueda se recolecto las redacciones periodísticas informativas de los principales diarios del Perú a partir de una búsqueda avanzada con los criterios del año 2013 al 2021 para todos datos de acceso abierto o texto completo. Se ingreso a las paginas web oficial de los diarios periodísticos Peru21, El Comercio, La República, Trome, Correo, El Peruano, La Nación, Diario del País, El popular, El pueblo, El diario de cusco, La opinión, Tumbes 21, La región.

En cuanto a los criterios de elegibilidad de las redacciones periodísticas se realizó por medio de los criterios de inclusión utilizados para identificar las redacciones periodísticas de esta revisión son: 1) redacciones periodísticas empíricos; 2) Reporte de periódicos peruanos; 3) redacciones periodísticas que reporten temas de violencia y discriminación a la comunidad LGTBI en Perú. Los criterios de exclusión fueron: 1) redacciones periodísticas que no contengan temas de discriminación y violencia; 2) redacciones periodísticas que no abarquen el contexto peruano.

Para la selección de redacciones periodísticas se realizó en abril del año 2022, se obtuvo un total de 06 resultados, los cuales se eligieron siguiendo las características de redacción periodística informativa. Para la búsqueda se realizó el siguiente algoritmo (Figura 1).

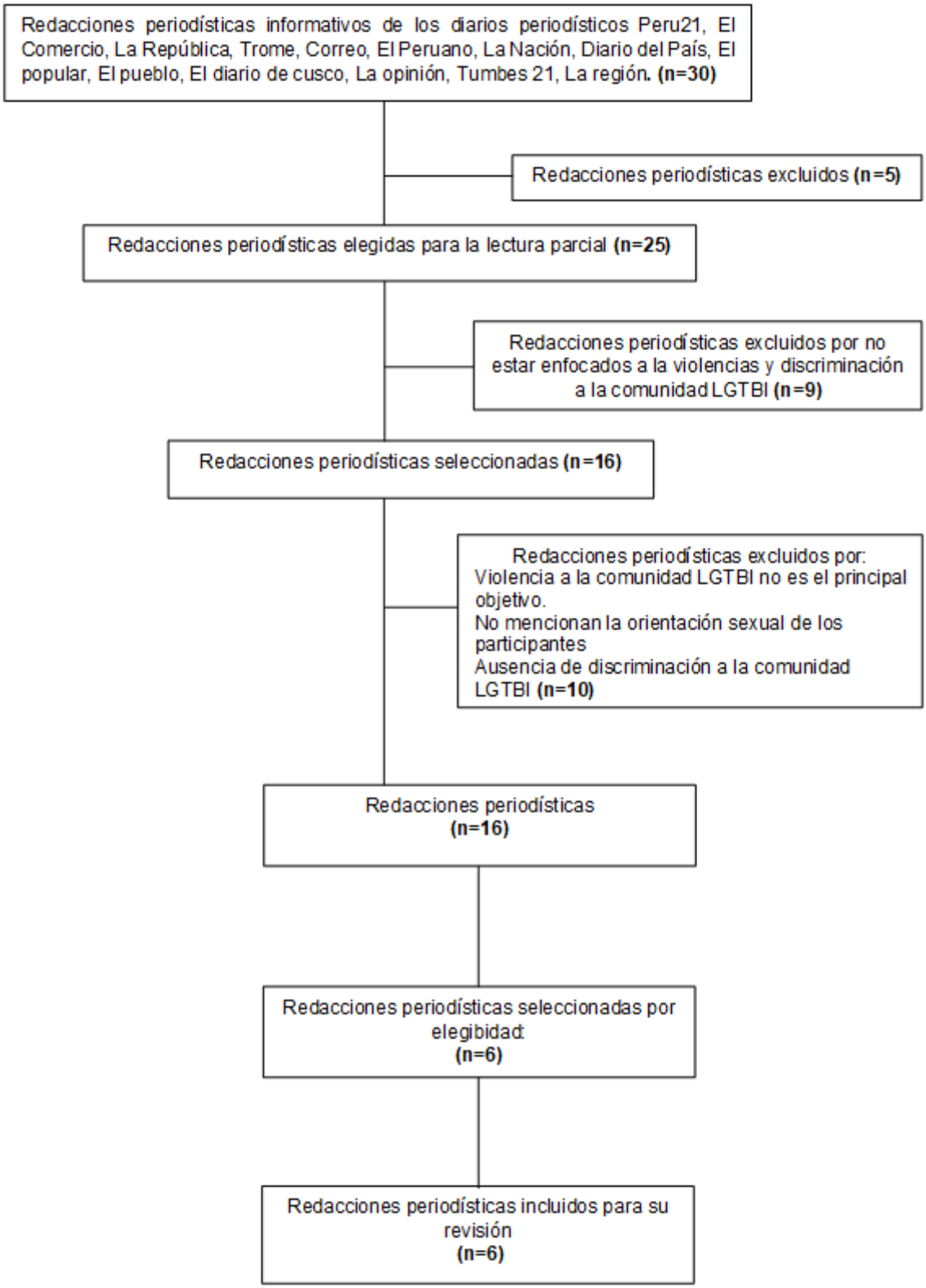

***Figura* 1.** Algoritmo de búsqueda.

Volumen 5, No. 16, abril-junio 2022, ISSN: 2631-2735, https://revistalex.org

DESARROLLO Y DISCUSIÓN

Según Jiménez (2017), la discriminación y exclusión en el trabajo por orientación sexual es variante en los grupos de hombres homosexuales, mujeres lesbianas, personas bisexuales y transgéneros, basadas en la función de la identidad, construcción y la manifestación corporal de la sexualidad. Se evidencia entonces un problema social contemporáneo; hace falta la aceptación de la diversidad sexual y esto se contrapone con los patrones culturales patriarcales y homofóbicos que existe en las sociedades. En este sentido, la discriminación contra la población LGTBI (lesbianas, gais, bisexuales, transgénero e intersexuales) ocasionan desigualdades, en el ámbito laboral que definitivamente afectan la calidad de vida. Esto conlleva al no reconocimiento como sujetos laborales y diversos a dicha población.

La comunidad LGTBI ha sido discriminada de manera sistemática debido a la carencia de un marco normativo a su favor; esto ha generado que se vean afectados sus derechos fundamentales tales como: la vida, la integridad, la identidad, la salud, el trabajo y la educación. Esta problemática es, incluso, reconocida por la Organización de Naciones Unidas (O.N.U, 2016), que ha recomendado al Estado peruano, brindar protección efectiva a este colectivo (Defensoría del pueblo, 2020). Es común ver situaciones de discriminación en la comunidad LGTBI y en ello radica la recomendación hecha por la O.N.U. No existen normas que demuestren la intensión de proteger a las personas con mayor la vulnerabilidad de esta comunidad.

La población LGTBI enfrenta problemas en el ejercicio de sus derechos a causa de prejuicios y estereotipos sociales, muchos de los cuales se basan en ideas preconcebidas, paradigmas culturales y concepciones erróneas que se replican y transmiten entre generaciones. La comunidad LGBT es un grupo de alta vulnerabilidad porque están en constante riesgo de sufrir atentados contra su integridad, asimismo son privados de la protección de sus derechos por parte de las autoridades y de su entorno familiar.

Respecto a los derechos humanos, la Defensoría del Pueblo (2016) afirma lo siguiente:

> En Perú, la "Encuesta para medir la opinión de la población peruana en relación con los Derechos Humanos", llevada a cabo por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos en el 2013, arrojó información importante sobre la situación de exclusión y discriminación que sufren determinados grupos vulnerables, entre ellos las personas LGBTI. El 93% de los encuestados/as indicó que este colectivo se encuentra más expuesto a la discriminación, así como al maltrato físico (88%), al maltrato verbal (92%), a las amenazas (84%) y al chantaje (78%). Adicionalmente, un porcentaje significativo de encuestados/as mostraron una actitud discriminadora cuando se les consultó de manera impersonal sobre

> aspectos relacionados con este grupo, pues un 45% considera que las personas LGBTI no deberían ser docentes en colegios y un 59% que no deben tener derecho al matrimonio civil (Defensoría del Pueblo, 2016, p. 137).

La justicia y los derechos humanos se implementan en Estados democráticos, los cuales deben ir acompañados de un análisis filosófico sobre la aplicación de estos derechos, sin distinción alguna, en razón de origen, religión, lengua o cualquier otra condición que conlleve a situaciones de rechazo e injusticia.

Así mismo, las Naciones Unidas derechos humanos (2018) afirma que "Los derechos humanos son derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna en razón de su nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición" (p. 1). Existen derechos que son irrenunciables, como el derecho a la vida, igualdad y libertad de expresión; el respeto de estos derechos va a incidir de manera positiva en la protección de aquellas poblaciones vulnerables. Si se niegan estos derechos, entonces habrá un impacto negativo no solo en dichas poblaciones, sino también en la sociedad.

Respecto a los derechos fundamentales, Ferrajoli (2012) afirma que, "son todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos dotados de status de personas, con capacidad de obrar, entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva o negativas adscrita a un sujeto por una norma jurídica" (p. 37). Por esta razón, ser merecedor de derechos es tener la condición de ser humano con capacidad de goce y ejercicio.

En la Constitución Política del Perú (1993), en su artículo 2°, se menciona a los derechos fundamentales de la persona:

> 1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece. 2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole (p. 9).

Según la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos (2018), se afirma lo siguiente:

> Existe una amplia discriminación e intolerancia respecto de orientaciones sexuales, identidades de género diversas y personas cuyos cuerpos desafían las corporalidades aceptadas socialmente; y que los Estados, a través de su acción u omisión, generan esta discriminación e intolerancia, y en algunas instancias las refuerzan (p.17).

Cabe señalar que en la Primera Encuesta Virtual para Personas LGTBI (2018), realizado por el Instituto Nacional de Estadística e Informática (I.N.E.I.), se incluyó a personas adultas del colectivo LGBTI, en su mayoría entre 18 y 29 años, dando como conclusión principal que el 63% de participantes declararon haber sido víctimas de discriminación o violencia y menos del 5% decidieron presentar una queja sobre los incidentes que experimentaron. Dado que, en muchas oportunidades, hace falta pruebas, muchos de estos ataques quedan impunes. A continuación, se puede observar en las siguientes figuras los datos relevantes de esta encuesta realizada por el I.N.E.I.

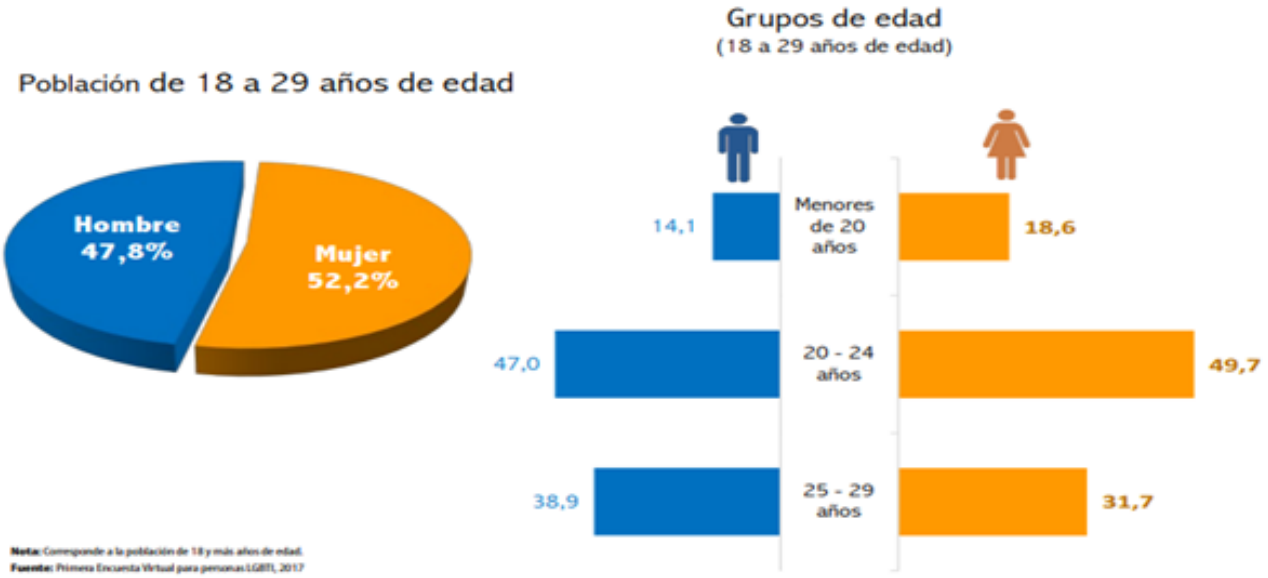

***Gráfico* 1.** Participantes en la encuesta por sexo al nacer y grupo de edad.
Tomado de la "Primera Encuesta Virtual para Personas LGTBI, 2017" por I.N.E.I., página web del I.N.E.I., p. 11 (https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/boletines/lgbti.pdf)

En el Gráfico 1, se encuentra la encuesta realizada por el I.N.E.I., participaron 47,8% de hombres y 52,2% mujer con edades de 18 a 29 años de edad.

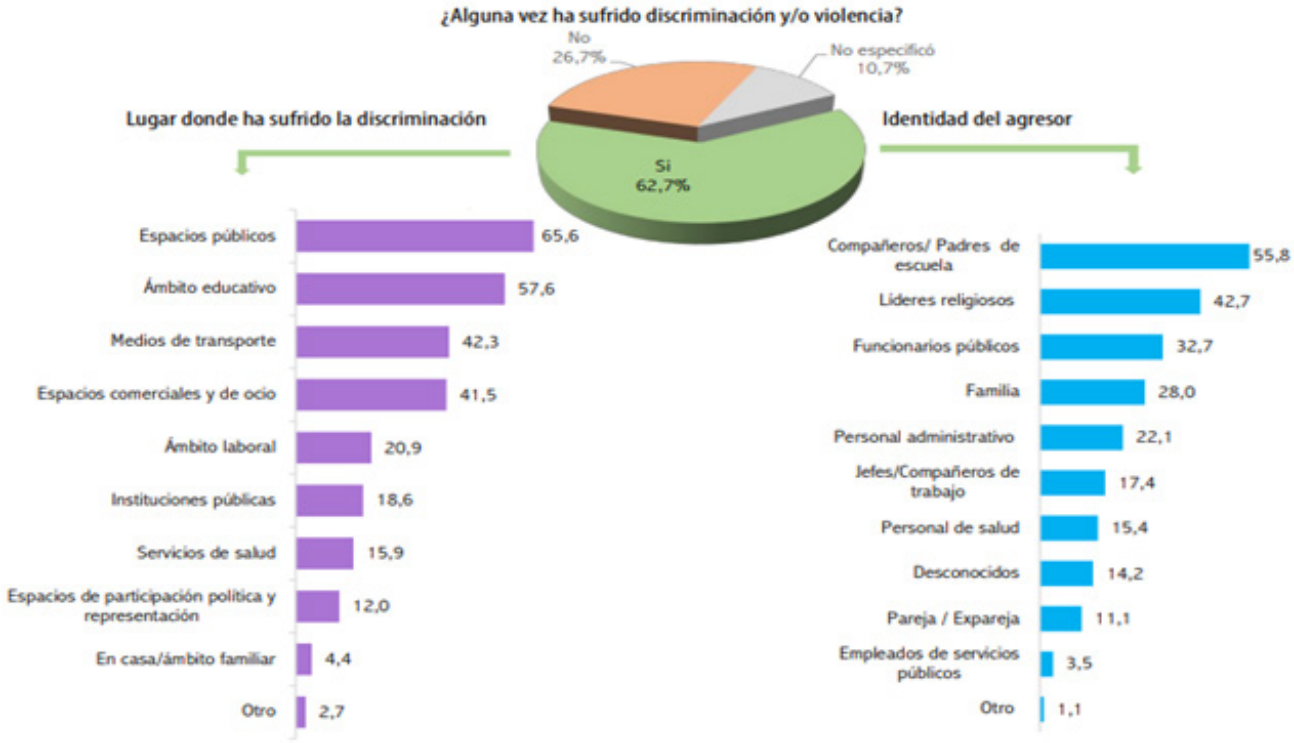

Gráfico 2. Población LGTBI que ha sufrido discriminación y/o violencia.
Tomado de la "Primera Encuesta Virtual para Personas LGTBI, 2017" por I.N.E.I., página web del I.N.E.I., p. 11 (https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/boletines/lgbti.pdf)

En el Gráfico 2, se encuentra la encuesta realizada por el I.N.E.I., el 63% de participantes manifestaron haber sido víctimas de actos de discriminación y/o violencia. Los escenarios donde ocurrieron estos hechos han sido principalmente en los espacios públicos (65,6%), en el ámbito educativo (57,6%) y en espacios de ocio (42%).

En Perú, la desprotección legal a la comunidad LGTBI es inminente, ya que no se percibe una intención firme de protección legal que garantice el respeto a sus propios derechos; de esta manera, se pudo observar desde la evidencia estadística que no se protege a las personas de estas comunidades de todas las formas y expresiones de violencia que se manifiestan en su entorno sin importar su orientación sexual e identidad de género. Además de lo mencionado anteriormente, es necesario agregar los estigmas y los prejuicios sociales de los que son víctimas.

La Defensoría del Pueblo señala que, de acuerdo a la Encuesta Nacional de Derechos Humanos, "...el 37 % de peruanos no contrataría con una persona trans y el 30 % con una persona homosexual. Además, el 71 % percibe que este colectivo es el más discriminado y el 19 % considera que la homosexualidad es una enfermedad" (Defensoría del pueblo, 2020, párr. 7). Respecto a la

Volumen 5, No. 16, abril-junio 2022, ISSN: 2631-2735, https://revistalex.org

comunidad LGTBI en Perú se indica que la comunidad LGTBI en Perú no ha logrado cumplir sus metas plateadas en términos de modificatorias legales y de las políticas públicas. Los activistas persisten en luchar por la incorporación de normas que ayudan a reparar heridas producidas por la heteronormatividad, la cual tiene efectos reparativos (Cornejo, 2014, p. 257).

Según Reyes (2019), en las últimas décadas, se ha presenciado cómo en otros países se han incorporado dentro de su legislación, el matrimonio igualitario entre las personas del mismo sexo, con figuras legales como la unión civil que permiten igualdad entre las parejas que pertenecen a la comunidad LGTBI; de esta manera, se ha ganado un espacio en el reconocimiento de sus derechos en la sociedad al incorporar normas que buscan el bien y la armonía social. En Perú, la implementación de políticas públicas y de legislación apropiada para reconocer los derechos basados en la igualdad y no discriminación, han sido rechazados por parte de la sociedad civil, lo que evidencia que, por ejemplo, si una persona opta por una orientación sexual distinta a la establecida, generará algún rechazo y, en otras áreas, hasta el odio injustificado. Esto puede conllevar a reacciones violentas por parte del colectivo, como reacción a dichas actitudes sociales. Se puede observar que el esfuerzo por parte del Estado peruano aún no es suficiente para garantizar la inclusión social y la protección de los derechos de la comunidad LGTBI.

La comunidad LGTBI sufre diferentes expresiones de violencia, tanto en su reconocimiento como en el foco de atención Gonzales (2020) manifiesta que:

> Asimismo, se relata al caso de Yefri Peña, mujer transgénero, atacada física y verbalmente por cinco individuos, que al escapar de sus agresores acudió a una tanqueta de la Policía Nacional del Perú del distrito de Ate Vitarte a solicitar ayuda, pero no encontró la protección correspondiente, así que corrió a una cantina a resguardarse; sin embargo nuevamente los cinco agresores la atacaron hasta creer que estaba muerta; todo este suceso escalofriante fue presenciado por suboficiales, omitiendo su deber de cuidado; además, en el centro de salud por parte del personal asistencial nuevamente fue víctima de violencia por prejuicio y al acudir a instancias del Poder Judicial en el proceso, concluyeron en primera instancia calificarla como testigo y no como víctima, excluyendo su condición de persona con igualdad de condiciones y como sujeto de derechos (p. 14).

La persona es el fin supremo de la sociedad y del Estado, tal como lo señala la Constitución Política del Perú, además menciona que nadie debe ser objeto de violencia moral, psicológica, ni ser sometido a ningún tipo de tortura ni de tratos que vayan contra la propia humanidad.

Al respecto, las Naciones Unidas derechos humanos (2018) afirma lo siguiente:

> La violencia y discriminación a la comunidad LGTBI, ocurre con gran variedad en las calles, parques públicos, las escuelas, los lugares de trabajos, hogares privados e incluso en las mismas celdas de detención policial. Dentro de las características de la violencia a la comunidad LGTBI podemos identificar la gran brutalidad con la que son atacados. Las víctimas asesinadas suelen aparecer mutiladas, severamente quemadas, castradas y con indicios de haber sido agredidos sexualmente. La tortura y el maltrato a las personas lesbianas, gay, transgénero e intersexuales también han sido ampliamente documentados. Existe evidencia que las agresiones a la comunidad LGTBI ocurren con mucha frecuencia en los lugares de detención, donde las personas pueden ser víctimas por parte de los agentes policiales (p. 1).

La violencia que hoy enfrenta la comunidad LGTBI es muy diversa, cuando se analiza la situación de violencia que enfrentan se direccionan a los prejuicios y discriminación prevalentes en la sociedad en general y al interior de la familia. La falta de vivienda, exclusión en la educación y discriminación laboral son factores determinantes para la exclusión, discriminación y violencia. A continuación, se muestran evidencias de la violencia que sufren las personas lesbianas, gay, bisexuales, trans e intersex en Perú.

***Figura* 2.** Yefri Peña Tuanama activista LGTBI sufrió grave agresión por su orientación sexual.
Tomado de "Vas a morir, maricón": Yefri Peña, activista LGTBI, sufrió grave agresión por su orientación sexual" por Peru21, pagina web del Peru21 p. 1 (https://peru21.pe/lima/vas-morir-maricon-yefri-pena-activista-lgtbi-sufrio-grave-agresion-orientacion-sexual-445880-noticia/)

Volumen 5, No. 16, abril-junio 2022, ISSN: 2631-2735, https://revistalex.org

En la Figura 2 se evidencia como la conocida activista consiguió escapar a tiempo de su agresor identificado como Gino Santana Soller, quien la persiguió por varias cuadras e insistió en su amenaza de matarla. “Me atacó de la nada. Lo conozco porque vive por mi casa, pero nunca he tenido conversación con él. Sabía que le gustaba golpear a las mujeres”.

***Figura* 3.** Perú no penaliza los crímenes por homofobia.
Fuente: Alayo Orbegozo Fernando, 2016. Periódico El comercio. página web del INEI, p. 1 (https://elcomercio.pe/lima/peru-penaliza-crimenes-homofobia-221276-noticia/) sufrio-grave-agresion-orientacion-sexual-445880-noticia/)

En la Figura 3 se evidencia que la transgénero Zuleimy había asistido a una fiesta en La Esperanza, uno de los distritos más violentos de Trujillo. Según las primeras indagaciones policiales, allí conoció a un grupo de hombres con quienes compartió unas cervezas. Uno de ellos intentó acariciarla, pero al percatarse de que la adolescente de 15 años era transgénero, le disparó a quemarropa. Tomado de “Perú no penaliza los crímenes por homofobia”

***Figura* 4.** Callao: asesinan a puñaladas a transexual en el hotel en el que vivía.
Tomado de “Callao: asesinan a puñaladas a transexual en el hotel en el que vivía” redacción perú21, 2021. Periódico Perú21. página web de Perú21, p. 1 (https://peru21.pe/lima/callao-asesinan-a-punaladas-a-transexual-en-el-hotel-en-el-que-vivia-nndc-noticia/)

En la Figura 4 se evidencia que la pucallpina Gina Rodríguez Sinuiri (26), transexual, que laboraba como meretriz, fue asesinada de dos puñaladas en el interior de la habitación de un hotel en el que vivía en el Callao. Un ciudadano venezolano al que ella recibió en varias oportunidades en su cuarto, es sindicado como el principal sospechoso del homicidio, denunciaron las amigas de la víctima.

***Figura* 5.** Loreto: mujer trans fue asesinada en posible crimen de odio.
Tomado de "Loreto: mujer trans fue asesinada en posible crimen de odio" redacción edición digital, 2021. Periódico La República. página web de La República, p. 1 (https://larepublica.pe/sociedad/2021/05/11/loreto-asesinan-a-mujer-trans-en-posible-crimen-de-odio-atmp/)

En la Figura 5 se evidencia como la madrugada del lunes 10 de mayo se reportó el asesinato de la mujer de 27 años de edad. El hecho ocurrió al interior de la empresa Multiservicios Favicel, ubicada en el Centro Comercial La Casona, en la ciudad de Nauta, Iquitos - Perú. La Red Trans de Loreto informó del asesinato de Reina, una mujer trans que residía en Nauta. El móvil aún es investigado por las autoridades del lugar, pero dicha organización señaló este hecho como un posible crimen de odio, el cual se da hacia las personas transgénero y, en general, a la comunidad LGTBI.

***Figura* 6.** Chachapoyas exige justicia para Joel Molero, Joven gay asesinado brutalmente.
Tomado de "Chachapoyas exige justicia para Joel Molero, joven gay asesinado brutalmente" redacción, 2013. Periódico El comercio. página web de La República, p. 1 (https://elcomercio.pe/mundo/actualidad/chachapoyas-exige-justicia-joel-molero-joven-gay-asesinado-brutalmente-noticia-1667459/)

Volumen 5, No. 16, abril-junio 2022, ISSN: 2631-2735, https://revistalex.org

En la Figura 6 se evidencia como el viernes 22 de noviembre, Joel Arquímedes Molero Sánchez, un joven gay de 19 años fue asesinado a la salida de una discoteca en Chachapoyas (Amazonas - Perú). Se trató de un crimen brutal. Previamente, los victimarios torturaron, descuartizaron e incineraron al joven.

Figura 7. Josi Martínez sufrió ataque homofóbico en Larcomar: el momento exacto en que golpean a sus amigos. Tomado de "Josi Martínez sufrió ataque homofóbico en Larcomar: el momento exacto en que golpean a sus amigos" redacción, 2021. Periódico Trome. página web de Diario Trome, p. 1 (https://trome.pe/espectaculos/josi-martinez-victima-agresion-homofobica-preciso-momento-que-tiktoker-sufrio-ataque-video-en-miraflores-que-paso-con-agresores-homofobia-en-lima-noticia/

En la Figura 7 se evidencia como el popular tiktoker, Josi Martínez, sufrió de un ataque homofóbico por parte de un grupo de jóvenes que se encontraban en los alrededores de Larcomar, en Miraflores. Según contó el influencer, el lamentable suceso pasó el último viernes cuando había pactado una reunión con sus amigos en dicho distrito.

CONCLUSIÓN

De las redacciones periodísticas analizadas se evidencias que 6 estudios evidencian discriminación y violencia a la comunidad LGTBI. La diversidad de identidades de género ha sido motivo de aceptación en varios países del mundo a lo largo del tiempo; sin embargo, continúa existiendo en algunas sociedades, muestras de rechazo y vulneración de derechos contra la comunidad LGTBI. Luego de haber analizado algunos estudios que hacen referencia a la violencia y discriminación, se puede evidenciar que la población LGTBI ha sido verdaderamente atacada de forma física por su orientación sexual y el grupo de transexuales es el que tiene mayor incidencia en el maltrato físico y psicológico. En Perú, la Primera Encuesta Virtual para Personas LGTBI realizada en el año 2017 por el I.N.E.I., contó con una población representativa

de 12 mil personas de las cuales el 12.5% corresponden a personas transexuales, lo que permite identificar una aproximación a datos demográficos respecto a la comunidad transexual Finalmente, es de suma importancia reconocer que la comunidad LGTBI hace frente a muchas situaciones de discriminación social, cultural, legal y económica.

Este reconocimiento es importante para que constituya un punto de partida sobre el cual se inicie la construcción de un ordenamiento legal favorable e inclusivo, que comprenda el establecimiento de políticas públicas de protección dirigidas a los derechos de la comunidad, los incluyan en los sistemas de servicios de salud y les permitan acceder a trabajos dignos.

REFERENCIAS

Aguilera, R. (2014). ¿Revisión sistemática, revisión narrativa o metaanálisis? Rev. Soc. Esp. Dolor, 21(6), 359-360. https://dx.doi.org/10.4321/S1134-80462014000600010

Alayo, F. (2016). [Perú no penaliza los crímenes por homofobia]. Diario El Comercio. https://elcomercio.pe/lima/peru-penaliza-crimenes-homofobia-221276-noticia/?ref=ecr

Comisión Interamericana de los Derechos Humanos. (2018). Reconocimiento de derechos de personas LGBTI. http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/LGBTI-ReconocimientoDerechos2019.pdf

Constitución Política del Perú. (1993). Diario Oficial El Peruano. https://diariooficial.elperuano.pe/pdf/0001/1-constitucion-politica-del-peru-1.pdf

Cornejo, G. (2014). Las políticas reparativas del movimiento LGBT peruano. Estudios Feministas, Florianópolis, 22(416), 257–275. http://www.scielo.br/pdf/ref/v22n1/14.pdf

Defensoría del pueblo. (2020, 28 de junio). Defensoría del Pueblo: Perú carece de leyes y políticas para proteger derechos de las personas LGTBI. https://www.defensoria.gob.pe/defensoria-del-pueblo-peru-carece-de-leyes-y-politicas-para-proteger-derechos-de-las-personas-lgtbi/

Defensoría del Pueblo. (2016). Derechos humanos de las personas LGBTI: Necesidad de una política pública para la igualdad en el Perú. https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/05/Informe-175--Derechos-humanos-de-personas-LGBTI.pdf

Ferrajoli, L. (2012). Ferrajoli y los Derechos Fundamentales. Revista de la inquisición, 16(1), 121-145. file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/Dialnet-FerrajoliYLosDerechosFundamentales-4037665%20(1).pdf

Gonzales, Y. (2020). El derecho a no ser víctima de ningún tipo de violencia de la comunidad LGTBI en el Perú [Tesis de pregrado, Universidad Nacional del Santa]. Repositorio digital Universidad Nacional del Santa. http://repositorio.uns.edu.pe/handle/UNS/3692

Instituto Nacional de Estadística e informática. (2018). Primera Encuesta Virtual para Personas LGBTI, 2017 principales resultados. https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/boletines/lgbti.pdf

Jiménez, J., Cardona, M., y Sánchez, Muñoz. (2017). Discriminación y exclusión laboral en la comunidad LGBT: un estudio de caso en la localidad de chapinero, Bogotá Colombia. Papeles de población, 23(93), 231-267. https://doi.org/10.22185/24487147.2017.93.028

Naciones Unidas derechos humanos. (2020). Orientación sexual e identidad de género en el derecho internacional de los derechos humanos. https://acnudh.org/load/2013/11/Orientaci%C3%B3n-sexual-e-identidad-de-g%C3%A9nero-en-el-derecho-internacional-de-los-derechos-humanos.pdf

Naciones Unidas derechos humanos. (2018). Violencia homofóbica y transfobica. https://www.unfe.org/wp-content/uploads/2017/05/Violence-Factsheet-Esp.pdf

Peña, E. (2018). ["Vas a morir, maricón": Yefri Peña, activista LGTBI, sufrió grave agresión por su orientación sexual]. Diario Perú21. https://peru21.pe/lima/vas-morir-maricon-yefri-pena-activista-lgtbi-sufrio-grave-agresion-orientacion-sexual-445880-noticia/?ref=p21r

Periódico El comercio. (2013). [Chachapoyas exige justicia para Joel Molero, joven gay asesinado brutalmente]. Diario El Comercio. https://elcomercio.pe/mundo/actualidad/chachapoyas-exige-justicia-joel-molero-joven-gay-asesinado-brutalmente-noticia-1667459/

Periódico Perú21. (2018). [Callao: asesinan a puñaladas a transexual en el hotel en el que vivía]. Diario Perú21. https://peru21.pe/lima/callao-asesinan-a-punaladas-a-transexual-en-el-hotel-en-el-que-vivia-nndc-noticia/?ref=p21r

Periódico Trome. (2021). [Josi Martínez sufrió ataque homofóbico en Larcomar: el momento exacto en que golpean a sus amigos]. Diario Trome. https://trome.pe/espectaculos/josi-martinez-victima-agresion-homofobica-preciso-momento-que-tiktoker-sufrio-ataque-video-en-miraflores-que-paso-con-agresores-homofobia-en-lima-noticia/ }

Periódico La República. (2021). [Loreto: mujer trans fue asesinada en posible crimen de odio" redacción edición digital, 2021]. Diario La república. https://larepublica.pe/sociedad/2021/05/11/loreto-asesinan-a-mujer-trans-en-posible-crimen-de-odio-atmp/ }

Promsex. (2018). Derecho a la igualdad de las personas LGBT en el Perú: Perspectivas jurídicas y políticas. http://promsex.org/publicaciones/informe-lgbt-2018-derecho-a-la-igualdad-de-las-personas-lgbt-en-el-peru-perspectivas-juridicas-y-politicas

Reyes, A. (2019). Relevancia en las empresas de implementar en su gestión políticas de responsabilidad social corporativa con enfoque de derechos humanos a favor de la comunidad LGTBI en el Perú [Tesis de maestría, Pontificia Universidad Católica del Perú]. Repositorio digital PUCP. https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/13426

Toro, J. (2012). El Estado Actual de la Investigación Sobre la Discriminación Sexual. Ter Psicologica, 30(2), 71-76. http://dx.doi.org/10.4067/S0718-48082012000200007

Conflicto de Intereses. Los autores declaran que no existe conflicto de intereses para la publicación del presente artículo científico.

Volumen 5, No. 16, abril-junio 2022
ISSN: 2631-2735
https://doi.org/10.33996/revistalex.v6i16.120
Páginas 203 - 216

CC BY NC SA

LEX Revista de Investigación en Ciencias Jurídicas
https://revistalex.org

La justicia transicional frente a la desaparición forzada de los 43 estudiantes de Ayotzinapa

Transitional justice in the face of the forced disappearance of the 43 students from ayotzinapa

Justiça de transição diante do desaparecimento forçado dos 43 estudantes de ayotzinapa

Iván Calvario Ponce
13366839@uagro.mx
https://orcid.org/0000-0003-0354-6634
Universidad Autónoma de Guerrero. Guerrero, México

José Antonio Soto Sotelo
11461@uagro.mx
https://orcid.org/0000-0001-9898-5482
Universidad Autónoma de Guerrero. Guerrero, México

Artículo recibido el 29 de abril 2022 / Arbitrado el 25 de mayo 2022 / Publicado el 17 de junio 2022

RESUMEN

El presente estudio se centra en el análisis de la desaparición forzada en el caso Ayotzinapa, derivado de los hechos ocurridos la noche del 26 y madrugada del 27 de septiembre de 2014, en la ciudad de Iguala, Guerrero. La presente fue una investigación socio-jurídica que, mediante el estudio de caso e instrumentos jurídicos aplicables, realizado a través de un enfoque cualitativo, permite identificar los elementos que integran a la desaparición forzada, los puntos medulares en la desaparición de 43 estudiantes. Asimismo, el enfoque permitió estudiar a la justicia transicional y los beneficios que trae su implementación a un caso concreto, lo que da como resultado un contraste positivo en la búsqueda y aplicación de mecanismos extraordinarios que contribuyen en la resolución del caso Ayotzinapa, sobre todo en el propósito de satisfacer la necesidad de verdad, justicia, reparación y no repetición a las víctimas.

Palabras clave: Justicia transicional; Desaparición forzada; Ayotzinapa; Derechos humanos; Violaciones graves

ABSTRACT

This study focuses on the analysis of forced disappearance in the Ayotzinapa case, derived from the events that occurred on the night of September 26 and early morning of September 27, 2014, in the city of Iguala, Guerrero. This was a socio-legal investigation that, through the case study and applicable legal instruments, carried out through a qualitative approach, allows identifying the elements that make up the forced disappearance, the core points in the disappearance of 43 students. Likewise, the approach allowed the study of transitional justice and the benefits that its implementation brings to a specific case, which results in a positive contrast in the search for and application of extraordinary mechanisms that contribute to the resolution of the Ayotzinapa case, especially in the purpose of satisfying the need for truth, justice, reparation and non-repetition for the victims.

Key words: Transitional justice; Forced disappearance; Ayotzinapa; Human rights; Serious violations

RESUMO

Este estudo se concentra na análise do desaparecimento forçado no caso Ayotzinapa, derivado dos eventos ocorridos na noite de 26 de setembro e madrugada de 27 de setembro de 2014, na cidade de Iguala, Guerrero. Trata-se de uma investigação sociojurídica que, através do estudo de caso e dos instrumentos jurídicos aplicáveis, realizada através de uma abordagem qualitativa, permite identificar os elementos que compõem o desaparecimento forçado, pontos fulcrais no desaparecimento de 43 estudantes. Da mesma forma, a abordagem permitiu o estudo da justiça de transição e os benefícios que sua implementação traz para um caso concreto, o que resulta em um contraste positivo na busca e aplicação de mecanismos extraordinários que contribuam para a resolução do caso Ayotzinapa, especialmente no caso objetivo de satisfazer a necessidade de verdade, justiça, reparação e não repetição para as vítimas.

Palavras-chave: Justiça de transição; Desaparecimento forçado; Ayotzinapa; Direitos humanos; Graves violações

INTRODUCCIÓN

México es, y ha sido, un país escenario de violaciones a los derechos humanos de sus habitantes. El conflicto social histórico ha desencadenado una violencia estructural en los últimos años, la cual ha dejado como resultado millones de víctimas a lo largo del territorio nacional, lo cual es resultado de problemáticas que se habían gestado con el tiempo, es por ello que el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas e Involuntarias de las Naciones Unidas fue establecido en 1980 para esclarecer la suerte o paradero de las víctimas de este delito durante las dictaduras militares de América Latina. Actualmente, la desaparición forzada es un fenómeno mundial y muestra de ello son los hechos suscitados el 26 de septiembre de 2014, donde fueron desaparecidos 43 estudiantes de la Escuela Normal Rural "Raúl Isidro Burgos" en el Estado de Guerrero (México) a raíz de operativos en los que supuestamente participaron elementos de la policía local (Hernández, 2015)

Es por ello que la presente investigación a través de un estudio de caso, analizó la desaparición forzada, como un problema latente que representa claramente una violación grave a los derechos humanos debido a las múltiples transgresiones que se llevan a cabo no solo al entorno familiar y social de las víctimas, sino a toda la sociedad en su conjunto: la desaparición crea incertidumbre acerca de la suerte o paradero de las víctimas. En ese sentido, la desaparición forzada ha sido definida por diversos instrumentos jurídicos internacionales; en su caso, el derecho penal internacional la ha catalogado como crimen de lesa humanidad[1]; asimismo, la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra la Desaparición Forzada de Personas (1992) en su artículo 2°, de donde se deprende la definición del fenómeno.

Entonces, en razón de lo anterior, la desaparición forzada es la privación ilegal de la libertad de una o más personas, por parte de uno o varios servidores públicos, quienes actuando en ejercicio de sus funciones, ya sea de manera directa o indirecta, empleando cualquier modalidad y que además externe la negación de su participación en los hechos o se mantenga en la postura de desconocimiento de los mismos, provocando con ello, la obstrucción de los medios legales que permitan ubicar a la o las víctimas, violentando en todo momento los derechos humanos de estas. Esto debido al sufrimiento al que son sometidas las víctimas de desaparición forzada, también debe considerarse la incertidumbre de desconocer cuál es el paradero de la persona desaparecida. Asimismo, los familiares de las víctimas afrontan una ola de impunidad y pasividad por parte de las autoridades y del mismo sistema de justicia mexicano, ya que son los principales en negar la existencia de una crisis en materia de derechos humanos en el país. Dicho contexto permite, que la desaparición forzada adquiera el carácter de sistemático y generalizado.

1 Establecido en el artículo 7, inciso "j" del Estatuto de Roma. Firmado el 17 de julio de 1998, en la Conferencia Diplomática de plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional.

Las diversas violaciones a derechos humanos en México se hicieron más notables a partir de la segunda mitad del siglo XX, a raíz de la ya mencionada "Guerra Sucia"[2] (Morales, 2010). La desaparición forzada no es un fenómeno reciente, sino por el contrario, este se ha venido practicando por parte de las autoridades mexicanas en diversos periodos de la historia moderna como la "Guerra Sucia", desarrollada en la década de los sesenta, setenta y ochenta; posteriormente, el conflicto armado Zapatista, y, por último y más reciente, la declaratoria de guerra contra las drogas, hecha por Felipe Calderón Hinojosa, en diciembre de 2006, tal como lo muestra Wornat (2008).

Desde aquella declaratoria de guerra se puede visualizar cómo la desaparición forzada de personas ha crecido de manera exponencial en los últimos veinte años. De acuerdo con la Comisión Nacional de Búsqueda, México cuenta con más de 40,180 personas desaparecidas, en calidad de desconocidos que esperan a ser identificados y con 2,000 fosas clandestinas ubicadas entre 2006 y 2016[3], de las cuales la Comisión Nacional de Búsqueda logró dar identidad a más de 400 personas que se encontraban en calidad de desconocidas, algunas con más de diez años sin identificar y veinte con reporte de desaparición. Bajo este contexto, es prioridad garantizar los derechos de las víctimas y sus familiares, así como el acceso a la verdad, a la justicia y garantías de no repetición, que debería ser un tema por demás urgente en la agenda pública.

El caso que más ha llamado la atención del pueblo mexicano y de la comunidad internacional en los últimos años, es el caso denominado "Ayotzinapa", derivado de los hechos ocurridos la noche del 26 y madrugada del 27 de septiembre del año 2014. Esta investigación gira entorno a dicho caso, precisamente, por la complejidad del asunto y por la poca credibilidad de las investigaciones realizadas por el entonces "Procuraduría General de la República", a cargo de su titular Jesús Murillo Karám, quien dio a conocer la "verdad histórica" de las investigaciones.

MÉTODO

El enfoque de este estudio es socio- jurídico, tomando como parte central el análisis de la desaparición forzada de los 43 estudiantes de Ayotzinapa, caso que hasta la fecha no ha sido resuelto y que marca la historia de México, motivo por el cual se ha planteado esta investigación propositiva que tiende a mostrar a la justicia transicional como un mecanismo extraordinario (López, 2018) que aporte elementos al caso, mediante un enfoque cualitativo, que ha sido

2 El periodo que en México es conocido como de 'guerra sucia', abarca década y media (desde fines de los sesenta a principios de los ochenta), es llamado así en referencia directa a la forma en que el Estado mexicano condujo las acciones de contrainsurgencia para contener la insurrección popular. Consultado en https://www.marxists.org/espanol/tematica/guerrilla/mexico/noche/02.htm

3 En la presentación de su informe saliente como Comisionado Nacional de Búsqueda, Roberto Cabrera Alfaro señaló que en México hay 40 180 personas desaparecidas hasta enero de 2019. Información obtenida en https://www.animalpolitico.com/2019/01/40-mil-desaparecidos-mexico-victimas-sin-identificar/

empleado para clasificar la información recopilada, a través de las investigaciones desarrolladas por autoridades mexicanas, autores y organismos defensores de los derechos humanos que buscan coadyuvar al caso Ayotzinapa. Para ello se empleó el uso de diversos métodos como el deductivo- inductivo que permitió a esta investigación partir de lo general a lo particular en el análisis de los puntos medulares del caso en estudio, el cual mostró los factores principales que han impedido una solución concreta.

Para poder comprender el contexto es importante la utilización del método histórico que permitió entender el panorama de violencia y su evolución cronológica no solo social, sino jurídicamente, para este último aspecto es indispensable el uso del método sistemático-jurídico en el estudio de los ordenamientos legales existentes en materia de desaparición forzada y derechos humanos que deban ser aplicados a la desaparición de los 43 estudiantes. Estos métodos apoyados en el analítico. En el estudio de la justicia transicional, también son empleados los anteriores métodos, incluyendo ahora el comparativo, que ayuda a tener la contextualización de los escenarios de violencia de cada país que ha implementado modelos de justicia transicional, lo que permite comparar similitudes con el contexto mexicano y tomar de ellos elementos que han tenido resultados favorables en la resolución de casos concretos.

La aplicación del método analítico debe llevar al punto de evaluar, que los resultados se obtuvieron con cada una de las investigaciones desarrolladas y en que se medida se ha contribuido a la resolución del caso Ayotzinapa, lo anterior permitió identificar con toda precisión los obstáculos que impidieron su correcta resolución y la efectividad que tiene el sistema de justicia mexicano no solo frente a la desaparición forzada, sino a todo el contexto de violencia y con ello estar en posibilidades de proponer posibles soluciones.

DESARROLLO Y DISCUSIÓN

La Normal Rural Isidro Burgos de Ayotzinapa es una institución que alberga a hijos de campesinos provenientes de zonas marginas del Estado de Guerrero, la cual se ha caracterizado por la lucha constante de abatir las desigualdades sociales y empatizar con los movimientos estudiantiles. En solidaridad a la conmemoración de la masacre del 2 de octubre, en la Ciudad de México, los estudiantes de Ayotzinapa el día 26 de septiembre de 2014, se encontraban realizando actividades de boteo, con la finalidad de recabar fondos económicos que les permitieran sufragar los gastos para asistir a la marcha conmemorativa ya mencionada, información obtenida de la pelicula *Ayotzinapa, el paso de tortuga* (García, 2019).

Los estudiantes se trasladaron de la ciudad de Chilpancingo a la ciudad de Iguala, arribando a las afueras de esta última, alrededor de las 19:30 horas, donde permanecieron por muy poco tiempo con el propósito de secuestrar autobuses que les permitieran poderse transportar. A las 20:00 horas aproximadamente, toman un autobús que los condujo hasta la central de autobuses Estrella Blanca, lugar a donde a las 21:15 horas llegan los demás estudiantes con el objeto de tomar más autobuses. Una vez que tomaron tres autobuses más, sumando un total de cinco, salen de la Central de Autobuses Estrella Blanca, alrededor de las 21:20 horas, con la intención de salir de la Ciudad de Iguala, con rumbo a Chilpancingo. Uno de los autobuses sufre un intento de boqueo en la calle Galeana por elementos de la policía municipal, quienes realizaron disparos al aire, esto propició que el autobús 1531 se separara, dirigiéndose al este, alcanzado a un autobús de la compañía Estrella Roja (Ayotzinapa, el paso de la tortuga, Gracía, 2019). A las 21:40 horas se da un ataque simultáneo a los autobuses en los que viajaban los estudiantes en dos escenarios:

El primero sobre la calle Juan N. Álvarez, esquina con Periférico, donde la patrulla con número 002 de la policía municipal de Iguala bloquea a los tres autobuses que se dirigían hacia el norte, y disparan contra los mismos, con intención de asesinar a los estudiantes que se encontraban a bordo completamente desarmados. El ataque es apoyado por las patrullas 18, 20, 27, 28, que se ubicaban en la parte trasera. Este primer escenario deja como resultado dos estudiantes heridos. Segundo escenario: sobre periférico, frente al Palacio de Justicia, donde se ubicaban dos de los autobuses restantes, el primero de ellos es atacado con gas lacrimógeno con finalidad de desocuparlo. De este primer autobús un aproximado de doce y quince estudiantes son golpeados, detenidos, llevados a barandillas para posteriormente ser desaparecidos.

El segundo autobús que acompañaba al desocupado, en ningún momento es objeto de ataques, por el contrario, solo es escoltado hacia las afueras de la Ciudad de Iguala, donde los estudiantes son apuntados con armas por parte de la policía municipal, lo que obliga a los estudiantes a desocupar dicha unidad. Los jóvenes son detenidos y alrededor de las 23:00 la policía se retira de la escena con los estudiantes. Lo anterior fue obtenido gracias a las reconstrucciones forenses[4] que se han realizado por diversos medios, lo cual muestra un panorama de persecución por parte de la policía municipal de Iguala contra los estudiantes que corrían en busca de auxilio y de sobrevivir, tal como lo narra Hernández (2015), en su libro “la verdadera noche de Iguala”:

4 Para mayor apreciación véase “Desaparición forzada: una reconstrucción forense” por Aristegui Noticias en: https://www.youtube.com/watch?v=k6xaylF81tQ&t=33s

Volumen 5, No. 16, abril-junio 2022, ISSN: 2631-2735, https://revistalex.org

> En la calle están regados los rastros de la cacería humana de hace unas horas. Cerca del local de una purificadora de agua quedó un par de huaraches con suela de llanta y correas de piel; adelante, una sandalia derecha de pata de gallo y suela de esponja negra y más lejos su par. Se ven pedazos de dedos de una mano dispersos y paredes y banquetas salpicadas de sangre. Por toda la calle hay decenas de cartuchos percutidos, la mayoría calibre .223 y 7.62, pero otros quedaron amontonados en lugares casi imperceptibles en la oscuridad. Esto obtenido gracias a las entrevistas que Hernández (2015) llevó a cabo a testigos de los hechos en Iguala, Guerrero.

Transcurría el tiempo en la noche de Iguala, y en ausencia de las autoridades (a pesar de encontrarse el 27° batallón Infantería cerca), los estudiantes procedieron a proteger las evidencias de lo acontecido, hasta que pasando la media noche dan una conferencia de prensa con el objeto de llamar la atención de los medios de comunicación y dar a conocer a la sociedad lo recién sucedido. El resultado final fue tres estudiantes asesinados (Julio César Mondragón Fuentes, Julio César Ramírez Nava y Daniel Solís Gallardo); un estudiante herido de gravedad (Aldo Gutiérrez Solano); y, cuarenta y tres estudiantes desaparecidos. Eventualmente, llegan a la calle Juan N. Álvarez los agentes de la Fiscalía General del Estado, donde la escena del crimen ya se encontraba acordonada por elementos del 27° Batallón de Infantería, bajo el mando del capitán José Martínez Crespo y por elementos de la Policía ministerial del Estado. José Manuel Cuenca Salmerón era el Agente del Ministerio Público encargado de llevar a cabo la diligencia correspondiente.

En un primero momento, el caso fue remitido a la Fiscalía General del Estado de Guerrero, debido a que las autoridades federales determinaron que era de competencia local su resolución. Posteriormente, a escasos días de los hechos, debido al inminente riesgo de que los 43 estudiantes desaparecidos (que hasta el momento no eran localizados), perdieran la vida, los familiares de los desaparecidos interpusieron ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos la solicitud de medida cautelar en la que se le pedía al Estado Mexicano la protección de la vida e integridad de los 43 estudiantes desaparecidos (Medida Cautelar 409/14)[5]. Los padres acreditaron la urgencia de la medida de seguridad, en razón de las condiciones irreparables del caso, constando en la resolución 28/2014 de la Comisión.

Revisar detalladamente el caso Ayotzinapa implica estudiarlo desde dos perspectivas importantes: la primera, meramente institucional, a través de las investigaciones desarrolladas por la entonces Procuraduría General de la República (PGR); la segunda, a través de la serie de recomendaciones de diversos organismos de carácter internacional, entre ellos el Grupo

5 La Comisión Interamericana de Derechos Humanos emitió la resolución 28/2014, derivado de la solicitud presentada por el Centro de Derechos Humanos de la Montaña Tlachinollan A.C., la Red de Organismos Civiles de Derechos Humanos y el Centro de Derechos Humanos "Miguel Agustín Pro Juárez A.C" el 30 de septiembre de 2014.

Interdisciplinario de Expertos Independientes (2015), quien en el año de su estancia en México elaboró dos informes del caso. Al tratarse de un caso legal complejo se vuelve paradigmático que se han hecho inversiones tanto de recursos humanos, como económicos con la finalidad de conocer la verdad y tener certeza del destino de los 43 estudiantes desaparecidos, lo cual hasta el día de hoy se desconoce.

El entonces presidente de la República Mexicana en turno (2014), Enrique Peña Nieto, en conferencia de prensa, se refirió a los recientes sucesos ocurridos en la Ciudad de Iguala y mencionó que no habría cabida para la impunidad en el caso y que se castigarían a todos y cada uno de los autores materiales e intelectuales responsables de esos delitos (UNIVISIÓN, 2014). En atención a la declaración hecha por el Ejecutivo Federal, la Procuraduría General de la República desarrolló las investigaciones a cargo de Jesús Murillo Karam, quien 41 días después de los sucesos, en conferencia de prensa, informó la detención de Patricio Reyes Landa "el pato", Jonathan Osorio Gómez "el jona", y Agustín García Reyes "el chereje" como miembros del cartel "Guerreros Unidos", quienes habían declarado ser los autores materiales del asesinato de los estudiantes.

De lo anterior, se concluyó que los estudiantes fueron asesinados y posteriormente calcinados en el basurero de Cocula, Guerrero, por órdenes de "el Terco", quien también ordena recoger en bolsas negras los huesos o restos de los estudiantes. Lo que constituía "la verdad histórica"[6]. Todo apuntaba a que la investigación quedaría ahí, con lo que ya se había establecidos por la PGR, pero no fue así, debido a las irregularidades dentro de la misma. Se generó poca credibilidad en las conclusiones presentadas tanto para los familiares de los desaparecidos como para la sociedad en general, por lo que se solicitó la Intervención del Grupo Interdisciplinario de Expertos Independientes a la Corte Interamericana de Derechos Humanos para desarrollar una investigación respecto al caso.

La petición fue aceptada y se asignó al Grupo Interdisciplinario de Expertos Independientes (2015) para que, en un periodo de un año realizaran trabajos de investigación. Mismo que concluye su mandato en México con la denuncia de que los obstáculos a su trabajo bloquearon la posibilidad de cumplir con su tarea central: ubicar el paradero de 43 estudiantes de la escuela Normal Rural de Ayotzinapa, desaparecidos la noche del 26 al 27 de septiembre de 2014; también se determinó a través del peritaje realizado que resulta imposible el que se hayan incinerado restos de personas en ese número debido a las condiciones climatológicas del lugar en la fecha que se presume ocurrió dicho acontecimiento.

6 Para mayor comprensión véase "Conferencia de prensa: caso Ayotzinapa" (2020) en https://www.youtube.com/watch?v=rDiPRlOgwt8&t=2957s

Volumen 5, No. 16, abril-junio 2022, ISSN: 2631-2735, https://revistalex.org

Asimismo, un hallazgo importante determina que los estudiantes de la Normal Rural "Isidro Burgos", no fueron a boicotear un acto político, ni habían sido infiltrados por el crimen organizado, tal como se había determinado en la verdad histórica, y, que los 43 desaparecidos eran alumnos legalmente inscritos de esa institución educativa. Ello lleva a que los informes presentados por el Grupo Interdisciplinario de Expertos Independientes (2015) derrumbaron la verdad histórica que el gobierno mexicano había sostenido y defendido desde que se presentaron las conclusiones realizadas por la PGR, lo que llevó a crear una serie de factores que imposibilitarán cumplir el propósito por el cual la Corte Interamericana consideró pertinente enviar a un equipo independiente para la investigación.

Las investigaciones hechas por la Procuraduría General de la República han tomado diversas dimensiones, las cuales se enlazan entre sí, esto, lo reafirma Salazar (2018), en su discurso plasmado en el libro "*Memorial 43, Metáfora de una búsqueda*" donde establece que:

> En México cuando se habla de la desaparición de personas y el camino legal que permite y tener las bases necesarias para su búsqueda, actores políticos que hacen suyos los reclamos de las familias e inciden en el cambio normativo, la movilización social generada a partir de la desaparición de los normalistas de Ayotzinapa en 2014 y que permite cambiar la narrativa de un discurso institucional en donde se criminalizaba o culpaba a las víctimas de su condición y la expectativa de que las disposiciones institucionales que han logrado establecerse funcionen y se realice la búsqueda de cada persona desaparecida en México y finalmente pueda conocerse el paradero de los 43 futuros normalistas que hasta la fecha seguía sin determinarse (p. 15)

El análisis del caso se hace desde la perspectiva de la justicia transicional, porque permite tener mayor compresión de la situación y permite que se estudie no solo como un problema meramente legislativo, ya que, al existir leyes e instituciones en las que no hay independencia por parte del poder judicial, corrupción y lo más grave, el grupo político es de quien devienen estas violaciones sistemáticas masivas a los derechos humanos. Esa es una condición que debe ser cambiada con el fin de que el marco jurídico, además de tener correcta aplicación, sea eficiente, y responda a la realidad de México. En ese sentido, el Estado también debe generar las garantías de no repetición, tomando como referencia la construcción de la memoria, tal como lo menciona China (2018):

> Esa condición debe ser cambiada para que el marco legal tenga una aplicación real y sobre todo se otorguen las garantías de no repetición, en este supuesto la memoria tiene un papel fundamental, los pueblos tienen el derecho y el deber de recordar para que cuando pase el régimen que no permite llegar a la verdad, la demanda de justicia y verdad sea una exigencia colectiva y se

> investiguen crímenes del pasado, dado que el delito de desaparición forzada es un crimen de lesa humanidad no prescribe la posibilidad de sanción a los responsables (p. 16)

En ese sentido, debe procurarse por parte del Estado la búsqueda de la verdad, con el fin de lograr esta memoria. Lo anterior resulta una tarea difícil, ya que se trata de un tema complejo como lo es la desaparición forzada. En el caso de los 43 se desarrollaron diversas investigaciones tanto por la Fiscalía General del Estado de Guerrero y la Procuraduría General de la República, las cuales obtuvieron resultados nulos (que cayeron con los informes del Grupo Interdisciplinario de Expertos Independientes (2015), que evidenciaron las deficiencias en las indagaciones y lo omiso que ha sido el Estado mexicano en satisfacer la justicia, no solo a los familiares de los estudiantes desaparecidos, sino a la sociedad en general).

Las diversas inconsistencias contenidas en las investigaciones de la Procuraduría General de la República fueron identificadas por el Primer Tribunal Colegiado de Circuito del Vigésimo Noveno Circuito, quien dictó sentencia en los amparos en revisión 203/2017 y 206/2017[7] el 31 de mayo de 2018. La sentencia del caso Iguala llama la atención, particularmente, porque, por un lado, ordena la creación de una comisión de investigación para la verdad y la justicia; por el otro, resuelve que las personas representantes de las víctimas, en conjunto con la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH) y con la posible opinión o sugerencia, en su caso, de el o los organismos nacionales o internacionales que se hayan sumado a la comisión de investigación, serán quienes de común acuerdo decidirán las líneas de investigación que deben explorarse y las pruebas a practicarse en el procedimiento penal respectivo.

La emisión de dicha resolución marcó un antes y un después en el caso, Ayotzinapa debido a la relevancia de su contenido, en especial por el hecho de ordenarse la creación de dicha comisión, pues dicha orden acaba por completo con las indagatorias desarrolladas por la PGR. Es aquí donde se llega al punto de evaluar si realmente las instituciones mexicanas cumplen con sus objetivos en casos concretos y complejos. La creación de la comisión de investigación, debe considerarse como un antecedente importante para iniciar un proceso de transición, respecto de un pasado que ha marcado la historia de México con graves violaciones a los derechos humanos. Dicho suceso da una pauta para evaluar si la implementación de una justicia transicional pudiera resultar benéfica en el caso de la desaparición forzada de los 43 estudiantes.

7 La sentencia fue emitida por el Primer Tribunal Colegiado-de Circuito del Vigésimo Noveno Circuito, con sede en Matamoros, Tamaulipas, el 31 de mayo de 2018.

Volumen 5, No. 16, abril-junio 2022, ISSN: 2631-2735, https://revistalex.org

Respecto a la justicia transicional, se parte de lo establecido por Uprimny y Saffón (2005), siendo el referente más importante de justicia transicional en Colombia, quien menciona que la justicia transicional hace referencia a aquellos procesos transicionales mediante los cuales se llevan a cabo transformaciones radicales de un orden social y político determinado, que enfrentan la necesidad de equilibrar las exigencias contrapuestas de paz y justicia (Uprimny y Saffón, 2005). La justicia transicional son aquellos mecanismos extraordinarios mediante los cuales un país se somete a un proceso de transición, ya sea de un régimen autoritario o de guerra. Basada en cuatro pilares elementales (justicia, verdad, reparación de las víctimas y garantías de no repetición) que buscan el esclarecimiento de los hechos que desencadenaron una ola de violaciones a los derechos humanos y/o crímenes de lesa humanidad, que marcaron la historia del país en transición.

Es importante establecer la finalidad de la justicia transicional, la cual busca una reconciliación nacional con el pasado, pues permite la transición a un estado democrático o estado de derecho. Lo anterior, no necesariamente debe ser, porque estos modelos de justicia pueden ser empleados por el simple hecho de existir un pasado atroz. Sino porque existe una necesidad latente por conocer la verdad en el caso de la desaparición forzada de los 43 estudiantes, que no se ha determinado el paradero de los jóvenes. De igual manera no se ha atendido a los familiares que claman justicia por las transgresiones a sus derechos humanos, considerado por los organismos en la materia como crímenes de lesa humanidad.

La presente investigación analizó a la justicia transicional como un mecanismo extraordinario con el objeto de lograr la reconciliación nacional que permita un proceso de transición a través de una cultura de paz en México. El tipo de crisis o conflicto que está en el origen del proceso de transición (ya sea una dictadura militar, una guerra civil, una ocupación o un régimen racista) tiene como resultado una miseria estatal y política parcial mediante la generalización de prácticas arbitrarias y de violencia que afectan principalmente a la población que no forma parte del conflicto. Los esquemas o modelos de transición articulados todos en más grande o menor nivel alrededor de la justicia judicial se han impuesto a las élites nacionales como exclusiva elección practicable para superar la crisis humanitaria, entablar o restaurar la gobernabilidad democrática y contestar con resultados a la sociedad mundial.

La justicia transicional comparada muestra que la compostura, bajo la manera de compensación pagada por el Estado a las víctimas del problema o de la tiranía, es elemental, empero no suficiente. No únicamente debería extenderse a los demás puntos que contempla la nueva ideología de Naciones Unidas, sino que, para ser legítima y eficaz, tiene que ir acompañada de esclarecimiento y de sanción (González, 2007). En ese sentido, se puede observar el aprendizaje de todos los países, que han experimentado diferentes modelos de transición de relación con

sus necesidades y posibilidades (Dayán, 2019), pero que han garantizado a sus habitantes y en específico a sus víctimas por lo menos dos de los tres elementos constitutivos de la garantía de las víctimas a la justicia: verdad y sanción, verdad y reparación, o sanción y reparación.

En gran parte de los casos el primer paso del proceso de transición ha sido la construcción de la verdad pública y la recuperación de la memoria histórica sobre los sucesos ocurridos en el pasado, generalmente a través de una Comisión de la Verdad o algún otro mecanismo que aporte a la investigación extrajudicial. Por ejemplo, de acuerdo con Askenazi (2019), existen casos particulares, como el de Chile, donde la justicia transicional contiene la obligación de ofrecer la totalidad de la verdad, lo que permite que el mismo Estado garantice la justicia. En la actualidad, la combinación de la calidad y cantidad de verdad, tortura y represalias dependen de las circunstancias particulares de cada país que enfrenta el desafío de avanzar o regresar a la democracia en pleno poder a través de la igualdad, entre paz y justicia, entre la reconciliación y la búsqueda de los derechos humanos; para ello, Cortés (2018) pone de ejemplo más claro a Colombia, que a pesar de su conflicto armado optó por buscar el equilibrio para iniciar su transición.

Por otro lado, es importante la atención de un Estado a su contexto histórico y cultural, así como a su legislación interna, la cual no puede ser utilizada como excusa justificable para no cumplir con los requerimientos de la normatividad internacional o para evitar las experiencias obtenidas por otros. Por ejemplo, el artículo 27 de la Convención de Viena[8] sobre derecho de los tratados de 1969, establece la prohibición para cualquier Estado de utilizar su legislación o pronunciamientos de su derecho interno en afán de justificar el no cumplir con las obligaciones que tiene como Estado miembro de convenciones internacionales, de las que derivan tratados en materia de derechos humanos y derecho humanitario[9], lo cual hace efectiva la protección jurídica y el derecho de las victimas al acceso a la justicia.

Se debe también, tomar en cuenta la doctrina internacional en materia de memoria, el combate a la corrupción y la justicia como derecho elemental de las víctimas, el cual tiene sus orígenes en el derecho internacional de los derechos humanos, surgido a finales de la Segunda Guerra Mundial, pero que cobró fuerza hasta consolidarse en la década de 1990, toma como base la jurisprudencia de los sistemas mundiales de protección plena de los derechos humanos, al igual que los estatutos de los tribunales penales de la comunidad internacional del Consejo de Seguridad y de la misma Corte Penal Internacional[10], que se ha venido enriqueciendo.

8 La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados fue suscrita en Viena el 23 de mayo de 1969 y entró en vigor el 27 de enero de 1980.
9 "Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46"
10 El 17 de julio de 1998, en la Conferencia Diplomática de plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional, 120 Estados aprobaron el Estatuto de Roma a favor de dicha implementación.

Volumen 5, No. 16, abril-junio 2022, ISSN: 2631-2735, https://revistalex.org

Al estudiar a la justicia transicional se debe tomar en cuenta todos y cada uno de los elementos que la integran y los fines que cada uno contempla, de los cuales es significativo analizar las experiencias de países como Núremberg, Sudáfrica, Argentina y Colombia, quienes utilizaron a la justicia transicional en diversos escenarios e incluso su marco de Jurisdicción Especial para la Paz. En ese sentido, se debe considerar que al comenzar los diálogos para la implementación la justicia transicional llámese cualquier Estado, surgen posturas contrarias a ella, precisamente porque todos los Estados cuentan con un derecho penal que ha sido desarrollado a lo largo de la historia de cada país, lo que obliga a los especialistas en esta rama del derecho a defender la perspectiva del mismo, bajo el argumento que no puede existir otro medio por el cual se deban castigar las violaciones a los derechos humanos y con ello alcanzar la justicia.

CONCLUSIONES

Una vez hecho el estudio se concluye primeramente que la desaparición forzada de los 43 estudiantes de la Escuela Normal Rural "Raúl Isidro Burgos" se materializa en una grave, sistemática y masiva violación de los derechos humanos que constituye un crimen de lesa humanidad de acuerdo con el artículo 7, inciso "i"[11] del Estatuto de Roma (1998) y la Convención Internacional de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (1992) en el ámbito internacional. En ese tenor, dentro del territorio nacional se transgreden los derechos humanos contenidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, entonces es notoria la flagrante impunidad que impera respecto al caso de los 43 estudiantes. El caso Ayotzinapa anula la capacidad del artículo 17 del mismo ordenamiento jurídico de hacer frente a o al menos no ha sido efectivo para el alcance de la justicia en la resolución del caso, atentando contra los derechos de las victimas contenidos en el artículo 20, inciso "C" y demás preceptos legales.

Es por ello, la importancia de mencionar que en la búsqueda de posibles soluciones a la desaparición de los estudiantes de Ayotzinapa, esta investigación estima pertinente considerar a la justicia transicional, la cual, es un mecanismo extraordinario que puede ser benéfico para el caso de México, como lo menciona Leyva (2018), y que resulta necesaria su implementación, debido a las sistemáticas y masivas violaciones a los derechos humanos que han rebasado a la justicia ordinaria y que requieren ser atendida y a su vez erradicadas, a través de una transición en la que se priorice la construcción de la memoria que permita la reconciliación

11 "A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por "crimen de lesa humanidad" cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: ...i) Desaparición forzada de personas..."

social. En ese sentido, la justicia transicional puede aportar a la resolución del caso a través de sus cuatro pilares; es decir, se parte de las necesidades de los familiares de los 43 estudiantes desaparecidos, y se puede observar que primeramente lo que buscan es conocer la verdad, de cuál es o fue el destino o paradero de los normalistas.

Dicha necesidad conduce a poner en marcha herramientas legítimas de la justicia transicional, como lo es la Comisión de la verdad. En el caso de la desaparición de los 43 estudiantes se han creado dos comisiones de la verdad: (la primera por decreto presidencial y la segunda, por resolución judicial) sin embargo, estas no han dado resultados positivos, precisamente, por la improvisación bajo la que fueron creadas. Es por ello, que resulta indispensable la creación de una integración legítima que cuente con independencia para el desarrollo de su trabajo y temporalidad rigurosamente establecida, todo esto con la finalidad de que la comisión cumpla con el objetivo por el cual se creó y así lograr el éxito de la misma.

El éxito de la justicia transicional en el caso de los 43 estudiantes de Ayotzinapa, requiere del establecimiento de quienes serán los encargados del diseño e implementación, porque tratándose de un caso en el que el Estado es el causante de esta serie de violaciones a los derechos humanos, sería paradójico que él mismo fuera quien la pusiera en marcha. No se puede dejar de lado al sistema de justicia transicional, para lograr el sometimiento de los responsables de las violaciones graves a los derechos humanos. Con el alcance de la justicia podrá ponerse sobre la mesa el tercer pilar, es decir, a través de la reparación propiciada por la justicia transicional, se debe establecer con claridad en que consiste, a quienes se les deberá otorgar y en qué medida, en el caso de la desaparición forzada de los 43 estudiantes, debe incluirse con amplitud e integralidad.

Respecto al caso que ocupa este análisis debe incluirse la “no repetición” en la búsqueda de evitar que vuelva a suceder otro caso “Ayotzinapa”, para lograrlo se requiere diseñar una serie de políticas tanto públicas, como para colectivos y sociedad civil en general que ayuden a evitar y prevenir violaciones a los derechos humanos, no solo en México, sino en el mundo. Entonces gracias a este estudio se demuestra fehacientemente que aun cuando existen casos complejos como el que se abordó en la presente investigación a los cuales la justicia ordinaria resulta ineficiente, se puede acceder a mecanismos extraordinarios como es la justicia transicional con el objeto de contribuir en la resolución de los mismos, sin dejar de lado las necesidades de las víctimas.

Volumen 5, No. 16, abril-junio 2022, ISSN: 2631-2735, https://revistalex.org

REFERENCIAS

Amparos en revisión, 203/2017 y 206/2017 (Primer Tribunal Colegiado de Circuito del Vigésimo Noveno Circuito 31 de mayo de 2018).

Askenazi, J. (2019). Diplomado de justicia transicional. Ciudad de México.

Aristegui Noticias. (2017). Desaparición forzada en Iguala: una reconstrucciónforense, Youtube. Obtenido de https://www.youtube.com/watch?v=k6xayIF81tQ&t=33s

Cabrera Alfaro, R. (2019) informe comisión nacional de búsqueda. Información obtenida en https://www.animalpolitico.com/2019/01/40-mil-desaparecidos-mexico-victimas-sin-identificar/

Cortés, F. (2018). El fin de la pena en la justicia transicional. En K. Ambos, F. Cortes, y J. Zuluaga, Justicia transicional y derecho penal internacional (págs. 59-82). Bogotá, Colombia: Siglo del hombre editores .

Conferencia de prensa (2020). caso Ayotzinapa" la verdad histórica. Obtenida en https://n9.cl/hkv97

Congreso de la Unión. (1917). Constitución Política de los Estados Unidos Méxicanos. México

García, E. (Dirección) Ayotzinapa. EL paso de la tortuga [Película]. (11 de enero 2019). Documental. Obtenido de: https://n9.cl/xl2c7

Grupo Interdisciplinario de Expertos Independientes. (2015). Informe Ayotzinapa. Ciudad de México

González Zapata, J. (2007). La justicia transicional o la religitimación del derecho pennal. Estudios políticos, 23-42

Hernández, A. (2015). La verdadera noche Iguala. La historia que el gobierno quiso ocultar. Ciudad de México, México: Grijalbo

Leyva, G. (2018). Justicia transicional. El caso de México. En K. Ambos, Justicia transicional y Derecho penal internacional (págs. 303-325). Bogotóa, Colombia: Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano

López, S. (2018). Estudio de Justicia Transicional en México. Ciudad de México.

Medida cautelar, 409/2014 (Comisión Interamericana de Derechos Humanos 03 de octubre de 2014). Consultada en http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/2014/MC409-14-ES.pdf

Morales, J. (2010). La Guerra Sucia. Obtenido de https://www.marxists.org/espanol/tematica/guerrilla/mexico/noche/02.htm

Organización de las Naciones Unidas. (1992) Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra la Desapariciones Forzadas. Consultada en https://n9.cl/9p22x

Organización de las Naciones Unidas. (1969). Convención de Viena. Viena, Austria. Disponible en https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf

Peña, Enrique. Presidencia. (2014). Conferencia de prensa: caso ayotzinapa. Youtube. Obtenido de https://www.youtube.com/watch?v=rDiPRlOgwt8&t=2957s

Salazar, C. (2018). Rompiendo el silencio. En C. Bordejo, Memorial 43. Metafora de una búsqueda (págs. 10-57). México: Universidad de Guadalajara

Secretaría General de la Organización de las Naciones Unidas. (1998). Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Roma

UNIVISIÓN. (07 de Noviembre de 2014). UNIVISIÓN NOTICIAS . Obtenido de https://www.youtube.com/watch?v=kqEgRNttKLA

Uprimny, R., y Saffón, M. P. (2005). Entre el perdón y el paredón. Bogotá: Ediciones Uniandes

Wornat, O. (2008). Felipe, el oscuro. Ciudad de México: Planeta

Volumen 5, No. 16, abril-junio 2022
ISSN: 2631-2735
https://doi.org/10.33996/revistalex.v6i16.121
Páginas 217 - 225

CC BY NC SA

LEX
Revista de Investigación en Ciencias Jurídicas
https://revistalex.org

Principio elemental de la prueba suficiente en el derecho penal

Elementary principle of sufficient proof in criminal law

Princípio elementar da prova suficiente em direito Penal

Everth Jesús Sánchez Díaz
everth_sd@hotmail.com
https://orcid.org/0000-0003-3949-9921
Universidad Católica de Trujillo. Trujillo, Perú

William Eduar Sanchez Moreno
williamsanchez1998@hotmail.com
https://orcid.org/0000-0002-9142-8605
Universidad Católica de Trujillo. Trujillo, Perú

Artículo recibido el 9 de mayo 2022 / Arbitrado el 25 de mayo 2022 / Publicado el 23 de mayo 2022

RESUMEN

El carácter de la prueba procesal penal es la categoría central de la investigación judicial. Por ello, la prueba suficiente es la materialización de la verdad en una causa procesal para determinar la culpabilidad. El propósito del estudio es analizar la eficacia de la prueba suficiente en el proceso penal. Se realizó una Investigación documental bajo los parámetros del método hermenéutico- interpretativo de triangulación para el análisis de las teorías y detectar mayor desarrollo de información procesal con un alcance descriptivo, sobre la prueba en el proceso penal peruano, fueron evaluados los criterios de autores para corroborar, semejanzas y diferencias de tendencias desde perspectivas legales, axiológicas y filosóficas de pluralidad de instancias. Siendo sus resultados y conclusiones significativos puesto que, la deficiente actuación probatoria durante el al acto procesal hace que los juzgadores resuelvan, sin velar por las garantías procesales y constitucionales.

Palabras clave: Prueba suficiente; Proceso penal; Derecho penal

ABSTRACT

The character of criminal procedural evidence is the central category of judicial investigation. Therefore, sufficient evidence is the materialization of truth in a procedural case to determine guilt. The purpose of the study is to analyze the effectiveness of sufficient evidence in criminal proceedings. A documentary research was carried out under the parameters of the hermeneutic-interpretative method of triangulation for the analysis of theories and to detect further development of procedural information with a descriptive scope, on the evidence in the Peruvian criminal process, the criteria of authors were evaluated to corroborate, similarities and differences of trends from legal, axiological and philosophical perspectives of plurality of instances. Their results and conclusions are significant since the deficient evidentiary performance during the procedural act makes the judges decide without taking care of the procedural and constitutional guarantees.

Key words: Sufficient evidence; Criminal procedure; Criminal law

RESUMO

O caráter de prova processual penal é a categoria central da investigação judicial. Portanto, prova suficiente é a materialização da verdade em um caso processual para determinar a culpabilidade. O objetivo do estudo é analisar a eficácia de provas suficientes em processos criminais. A pesquisa documental foi realizada sob os parâmetros do método de triangulação hermenêutico-interpretativo para a análise de teorias e para detectar um maior desenvolvimento de informações procedimentais com um escopo descritivo, sobre evidências no processo penal peruano, os critérios dos autores foram avaliados para corroborar semelhanças e diferenças de tendências a partir de perspectivas legais, axiológicas e filosóficas de pluralidade de instâncias. Seus resultados e conclusões são significativos, uma vez que o deficiente desempenho probatório durante o ato processual faz com que os juízes decidam sem cuidar das garantias processuais e constitucionais.

Palavras-chave: Provas suficientes; Procedimento penal; Direito penal

INTRODUCCIÓN

En la legislación peruana con respecto al derecho penal surge el mecanismo procesal a la defensa llamado-el principio de la prueba suficiente como una regla clara que, desde la apertura de la los hechos y circunstancias que el juzgador instale el proceso; el inculpado, procesado, imputado, investigado y/o encausado pueda defenderse y solicitar el ajuste legal del procedimiento penal a un derecho vinculado con el sistema constitucional de derecho. La finalidad de este principio es determinar la eficacia de la culpabilidad. La objetividad y trascendencia estricta dentro de las razones jurídicas del derecho; a la práctica investigativa de la ciencia, la exposición y circunstancias de los hechos fácticos y su naturaleza con la realización del derecho a la defensa de solicitar las pruebas vinculadas al hecho delictuoso, y debidamente motivado (Alfaro, 2016).

El origen del principio de la prueba suficiente se basa del principio de comunidad. EI principio de comunidad o adquisición de la prueba, tuvo su origen en el principio de adquisición procesal, nombre instaurado por Chiovenda (2005), quien dice, que es crear convencimiento en el juez sobre la existencia de actos delictivos generados por el imputado. El juez debe apropiarse de las pruebas para evaluarlas y fundar su decisión. Couture (1985), menciona que las pruebas son las pruebas, las encargadas de crear certeza, indistintamente de la parte que la ofreció, pues las probanzas no tienen como fin beneficiar a alguna de las partes, sino que el benefactor directo es el proceso en sí mismo. Por otra parte, Silva Melero (2016), señala que la prueba es un instrumento que se emplea en el proceso penal para establecer la verdad de la investigación. Así mismo, Sanojo (1963) afirma que la prueba es en un hecho cierto y conocido del cual se deduce otro hecho acerca de cuya existencia hay alguna controversia entre las partes para esclarecerla.

El objetivo central de la investigación radica en el análisis de los elementos probatorios de la doctrina penal, tal como refiere, el artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Penal peruano vigente la “Legitimidad de la prueba” concibe como la licitud únicamente de aquellas pruebas obtenidas bajo un procedimiento legal y constitucionalmente válido tal como refiere (Taruffo, 2013). En efecto, la poca garantía de este instrumento al respeto de la actuación probatoria; surge el mecanismo procesal a la defensa llamado- principio de la prueba suficiente- como una regla clara de ajuste a la verdad, donde el juzgador valore los medios y la carga de la prueba respetando los principios y características que impera la prueba suficiente para imponer la verdad.

La prueba suficiente implica gozar de las características Constitucionales y mecanismos jurídicos a sostener la verdad; es un derecho de solicitar, que las pruebas versadas en un proceso sean suficientes para sostener la tesis de toda duda razonable, para confirmar la veracidad. El derecho a probar en el marco de un debido proceso penal; el derecho a la prueba constituye una de las máximas expresiones del ejercicio democrático del ius puniendi. Quien sostiene un delito debe probar. El juzgador debe acercarse a la máxima forma de veracidad, tal como se pronuncia el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente 06712-2005 (Caso Magaly Medina) en Dávalos (2012).

El Ministerio Público dentro de sus prerrogativas y facultades amparados en el código penal, instruye el proceso y determina las facultades del derecho. Sin embargo, ante la luz de la verdad de los hechos existen deficiencias o carencias interpretativas para demostrar su tesis de acusación. Por otra parte, los jueces al analizar y estructurar el baremo de control estimando tiempo y circunstancia apegados al derecho. Tal como refiere el art. 155 y 156 de código procesal penal, al momento de regular la pertinencia, conducencia, utilidad, preclusión y licitud de la prueba peruano, requisitos que, de un lado, constituye una carga de deber argumentativo por parte de quien la ofrecerá; y del otro, un límite a su admisión indiscriminada y sesgada a cargo de los jueces, tiende a regular con criterios interpretativos confusos y personales, por ello, de la existencia de la pluralidad de instancias como instrumento constitucional democrático. En este sentido, la justificación jurídica y teoría es relevante por su cumulo de aspectos legales y conceptuales. Tal como señala, Sánchez (2019) en su artículo: la obligación de los magistrados de interpretar los derechos fundamentales a la luz de las normas internacionales sobre derechos humanos.

La apariencia del buen derecho -el fumus Boni iuris, no puede distorsionarse o sesgarse por interés o criterios ambiguos. Sin embargo, ante tal afectación, existen mecanismos legales para adoptar medidas cautelares como forma legal para prevalecer la defensa. En doctrina la apariencia del buen derecho persigue determinar provisionalmente si existen elementos de juicio suficientes para su valoración. Es más i) todo medio de prueba será valorado solo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo ii) Carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona. En el Artículo 159 del código procesal peruano vigente manifiesta que “el juez no podrá utilizar, directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona. Artículo 393. 1. “El juez penal no podrá utilizar para la deliberación pruebas diferentes a aquellas legítimamente incorporadas en el juicio”. El Código Procesal Penal es clara. La estructura penal no contempla naturaleza distinta. Esta manifestación de

LEX Revista de Investigación en Ciencias Jurídicas

permisión es permanentemente resuelta y legitimada por el sistema judicial peruano bajo la teoría del riesgo, de buena fe, descubrimiento inevitable y ponderación de intereses, tal como señala Almanza, et al., (2018).

El principio de contradicción en el juzgamiento es la pieza clave para esclarecer los hechos; es un mecanismo argumentativo, eficaz y de postura de control de la actividad procesal. En el artículo 356° refiere que el juicio es la etapa principal del proceso penal, tiene como referentes normativos a la Constitucionales y amparados a los derechos internacionales, como la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) [artículo 10°], Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) [artículo 8.1°] y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1999) [14.1°]. Por otro lado, el nuevo código adjetivo, en su artículo 356° (Código Procesal Penal (NCPP), 2004), es el escenario apropiado para la contraposición legítima y transparente de la pretensión punitiva del Ministerio Público y la pretensión de defensa o libertaria del imputado y su patrocinador, ámbito, además, en que estos sujetos procesales actúan la prueba pertinente para producir información de calidad que, valorada por el tercero imparcial, esto es, por el órgano jurisdiccional respectiva. Por otro lado, el principio de la prueba suficiente, marca un hito importante el proceso penal, puesto que se exige que las autoridades judiciales, tribunales de justicia impongan medidas dentro del alcance de la legitimidad, la motivación, razonabilidad proporcionalidad, las garantías probatorias, y el principio de inocencia.

En el derecho internacional con respecto a la valoración de la prueba es un mecanismo procesal que todos los jueces deben tener presente en guardar las virtudes de garantía de legalidad y objetividad. Del mismo modo, Echandía (2002) precisa que el principio de la prueba suficiente como garantía de interpretación al derecho penal es el procedimiento regular enmarcado dentro la facultad del derecho constitucional. Ningún operador de justicia debe vulnerarla. Toda interpretación fuera de la norma jurídica remarca aberración y abuso del derecho. Los estándares de la prueba marca los principios de la prueba suficiente en sentido jurisprudencial de la actividad probatoria; la valoración, razonabilidad inmediata; la pertinencia y suficiencia de la prueba que se almacena en la investigación debe apegarse a los principios legales: de oralidad e inmediación, contradicción, valoración objetiva, presunción de inocencia; bajo el principio in dubio pro reo: su doble dimensión fáctica y normativa y sobre dentro del alcance del principio de interpretación de la verdad suficiente. Tribunal Constitucional, Exp. No 02964 – 2011 – PHC/TC – Arequipa, Mauricio Ponce Núñez según consta en Dávalos (2012).

La prueba cumple el proceso de la tesis dogmática durante la instancia y/o fases procesales sean aclaradas o desvirtuadas, tanto: a) La confesión b) testimonio c) la pericia d) el Careo e) el reconocimiento f) inspección judicial de reconstrucción y conexos sean verídicos. Así mismo, la prueba indiciaria se impulsa por la magnitud de sus elementos que aseguren fuerte sospecha.

Además, la prueba prohibida, la valoración de la prueba; y la prueba lícita e ilícita sustancian la pretensión de las imputaciones en la probanza destinada al esclarecimiento del hecho delictuoso (Alejo, 2009).

La prueba suficiente en el derecho penal es sostener la eficacia y objetividad permanente bajo parámetros de legitimidad filosófica de las ciencias del derecho. Es decir, sostener la culpabilidad del acusado dentro de las garantías del principio de la actividad probatoria de utilidad y necesidad. El derecho también se le atribuye la función de legitimación política, social y jurídica. Con ello quiere decirse que, dado que el derecho organiza, institucionaliza y limita al poder, y genera criterios con base en los cuales se valoran y juzgan las conductas humanas, entonces el derecho ofrece los cauces a través de los cuales se puede aceptar o adherirse a las decisiones, acciones, omisiones, etc., que pudiesen darse en cada uno de estos campos. Es decir, el objeto del derecho es la conducta, los valores y la norma Jurídica (Sánchez, 2018).

En la legislación peruana sustenta ciertos principios a la prueba eficaz sometido al procedimiento riguroso del proceso como se muestra en la Figura 1.

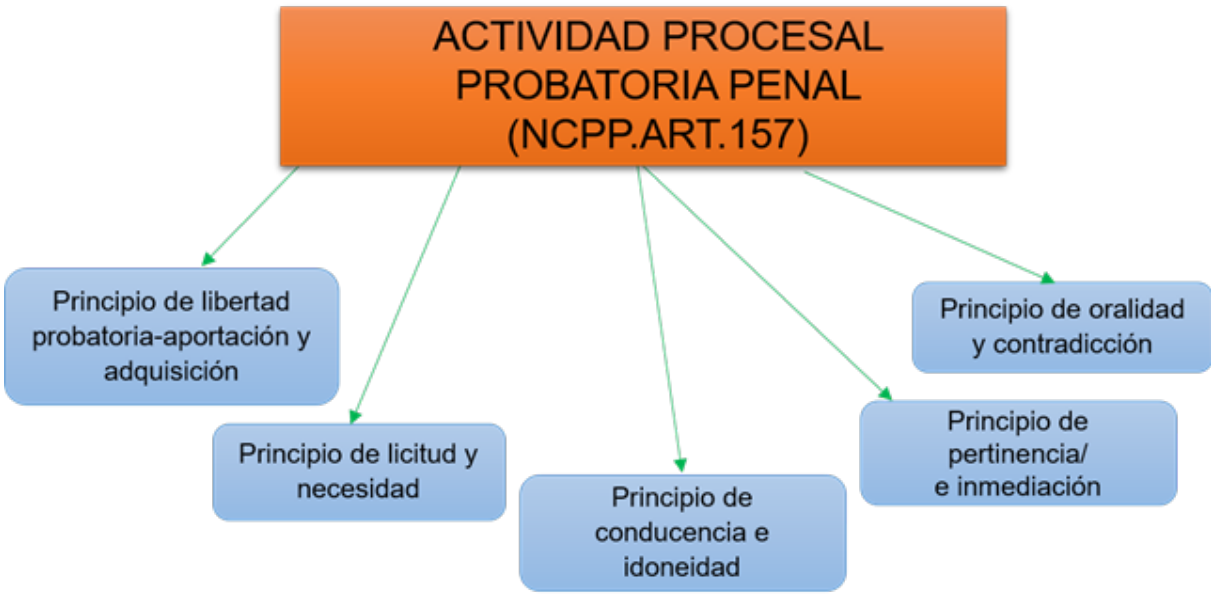

***Figura* 1.** Principios a la prueba eficaz.

Volumen 5, No. 16, abril-junio 2022, ISSN: 2631-2735, https://revistalex.org

La impugnación de la valoración de la prueba Conforme al art. 139 inc. 6 de la Constitución Política del Perú es un derecho de la función jurisdiccional a la pluralidad de instancias. En esa medida, el Tribunal Constitucional en Dávalos (2012) ha señalado que dentro del contenido esencial del derecho fundamental a la pluralidad de instancia se encuentra el derecho de toda persona a ejercer un recurso eficaz contra, por ejemplo, la sentencia que imponga una condena penal. Asimismo, ha señalado que el derecho a los medios impugnatorios, es de configuración legal, por ende, corresponde al legislador crearlos y establecer los requisitos que se deben cumplir para ser admitidos (Tribunal Constitucional, Exp. No 02964 – 2011 – PHC/TC – Arequipa)

Bases teorías

Verificación racional de la prueba, según, Ramírez Carvajal (2010) sostiene que la prueba es una verificación de afirmaciones que se lleva a cabo utilizando los elementos de probatorios, medios de prueba. Es decir, la valoración y eficacia de las pruebas gozan de validez, ciertas y son suficientes cuando se encuentran procesadas y sistematizadas con pesquisas legales y pruebas científicas.

La verdad judicial, se fundamenta dicha en los aspectos y diferencias de la verdad. La verdad formal y verdad procesal son mecanismos del proceso legal. “es decir se conoce como... verdad a través del proceso, solo por lo que ha sido producido en él, bajo las formas legales establecidas y en los tiempos que este determina.” (Schiavo, 2013). Por otra parte, ambas formas se producen en un proceso, pero lo difiere la materia. La justificación de dicha verdad procesal o formal, en palabras de Taruffo (2008) es la verdad que puede ser alcanzada dentro de este contexto se define como formal o convencional y se concibe, por varias razones, como una verdad bastante diferente de la verdad no judicial o extrajudicial: porque los procesos judiciales constituyen un contexto muy especial; porque las partes y el juez no pueden valerse de cualquier medio posible para buscar la verdad. Es decir, debe ser bajo las reglas y ajustes de la razón probatoria como pruebas verdaderas, lícitas y no irregulares o ilícitas.

Oralidad, es el principio de la necesidad procesal de comunicarse verbalmente de manera eficiente y eficaz, y para ello, el contenido del mensaje debe ser conocido y entendido por su emisor y su receptor.

MÉTODO

Se realizó una investigación documental con enfoque descriptivo acerca de la eficacia en el derecho penal. Se buscó fuentes de información relevante en publicaciones de artículos en bases datos como Scielo, Ebsco, Dialnet, Redalyc, Scopus y textos jurídicos, a través de un análisis socio jurídico. Como contexto metodológico se utilizó el método hermenéutico para procesar la interpretación y análisis de las teorías y los constructos filosóficos y heurístico para el tratamiento que constituye el objeto de estudio bajo la fórmula de la triangulación relevante de le eficacia del principio de la prueba suficiente como garantía de interpretación al derecho penal confrontando criterios y opiniones de autores para corroborar, buscar semejanzas y diferencias de las tendencias desde perspectivas legales, axiológicas y filosóficas.

DESARROLLO Y DISCUSIÓN

Desde una perspectiva, el principio elemental de la prueba suficiente surge bajos las condiciones procesales de la comunidad con el fin de crear convencimiento y razonabilidad al juez para concluir con la investigación dentro del marco de verdad judicial. Tal principio es una necesidad de ser valorada y discutida en la oralidad del proceso (Chiovenda, 2005). De otra parte, afirma Taruffo (2013) que la obtención de la prueba debe ser legal para la satisfacción de las partes. El problema desde una postura elemental del principio de la prueba suficiente es que gran parte de magistrados de las distintas cortes, transgreden tal principio bajo sesgos discriminatorios, políticos, argumentativos, y económicos para condenar y sentenciar motivado por cuestiones mediáticas o influencias corruptas. Es decir, se inclinan bajo los argumentos del derecho con posturas de valoración de pruebas insuficientes, lo que coinciden con el argumento planteado en este artículo.

De la misma forma, Silva Melero (2016) señala que la prueba es un instrumento que se emplea en el proceso penal para establecer la verdad de la investigación, es decir, sin la validez de la prueba demostrada en juicio, no recae acción de causalidad, por ello que la prueba suficiente es la que impulsa a la verdad. A ello, Sanojo (1963), afirma que la prueba es en un hecho cierto y conocido del cual se deduce otro hecho acerca de cuya existencia hay alguna controversia entre las partes para esclarecerla. En efecto, toda prueba suficiente son estándares viables, demostrables y confirmadas mediante pericias y procedimientos legales jurisprudenciales.

Por otro lado, el ius puniendi deber del estado para castigar con la imposición de una pena, integra un sistema de principios limitativos al derecho de necesidad, sin embargo, al ser vulnerado tales principios de prueba suficiente se deduce la absolución de la pena en vía del

Volumen 5, No. 16, abril-junio 2022, ISSN: 2631-2735, https://revistalex.org

principio de pluralidad de instancias que goza de interpretación en apego a los derechos de convencionales internacionales y constitucionales (Almanza, et al (2018).

En este sentido, según el contexto internacional remarca firmeza el sentido que se afirma en Echandia (2006) sobre ¿quién debe probar?, referido a las partes involucradas del proceso. Sin embargo, en la persecución del acto delictivo se valora la carga de la prueba para determinar responsabilidades quien tiene la obligación e interés de probar, como es el caso de la legislación en el derecho comparado referido al principio de la prueba suficiente de los países de Argentina, Colombia, Chile, y España.

Por otra parte, la necesidad de interpretar la realidad jurídica es trascendente en el derecho, sin afectar las garantías constitucionales y los elementos probatorios doctrinarios en apegos a los principios de necesidad, oralidad y de inocencia (Sánchez, 2018).

CONCLUSIÓN

Con respecto al principio elemental de la prueba suficiente es un procedimiento de cumplimiento y garantía que los colegiados, tribunales de justicia deben de respetar y valorar en la etapa procesal que identifica modo y forma de su actividad probatoria (Taruffo, 2013).

La debida motivación y el cumplimiento estricto de las resoluciones judiciales, bajo la adecuación procesal es evocar reglas y principios de la prueba- de licitud- oralidad-pertinencia e inmediación siendo su importancia lo que implica probar.

El procedimiento para la calificación y valoración probatoria de las pruebas como instrumento constituye eminentemente, la etapa más importante por el grado de certeza y pericias sometido a la razonabilidad de probanza, siendo los países que impactan en su desarrollo procesal España, Chile, Argentina y Colombia.

REFERENCIAS

Almanza Altamirano, F., Neyra Flores, J. A., Paúcar Chapa, M., y Portugal Sánchez, J. C. (2018). La prueba en el proceso penal peruano

Alfaro Valverde, L. (2016). La motivación y la prueba de oficio: racionalidad de la iniciativa probatoria del juez. Revista de la Maestría en Derecho Procesal PUCP, 72 y ss.

Alejo Cañón, P. (2009). Práctica de la prueba judicial. Bogotá: Edición Ecoe. https://www.editorialdike.com/images/pdf/TEOPRACPAG.pdf

Couture, E. J. (1985). Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Buenos Aires:

Código Procesal Penal (NCPP), promulgado el 22 de julio de 2004 y publicado el 29

de julio de 2004. Entró en vigencia el 1 de julio de 2006.

Dávalos, L. R. S. (2012). El Tribunal Constitucional Peruano durante el año 2011 (Balance Jurisprudencial). Anuario iberoamericano de justicia constitucional, (16), 591-642.

de Derechos Humanos, D. U. (1948). Declaración Universal de los Derechos humanos. Asamblea General de las Naciones Unidas, 10. https://www.codhey.org/sites/all/documentos/Doctos/Transparencia/DecUnivDH.pdf

Chiovenda, G. (2005). Instituciones de Derecho procesal civil, vol. III, traducción de Emilio GÓMEZ ORBANEJA y Rafael GREGO. Florida (Argentina): Valetta Ediciones.

Echandía, D. (2002). Teoría General de la Prueba Judicial. Bogotá: Themis

HUMANOS, C. D. D. (1999). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Boletín n, 3(07).

Humanos, C. A. S. D., DE, A. E. S. J., y AL PROCEDER, A. S. A. (1969). Convencion Americana Sobre Derechos Humanos "Pacto De San José De Costa Rica".

Ramírez Carvajal, D. (2010). Elementos para un juico probatorio. En: La prueba y la decisión judicial. Medellín: Editorial Universidad de Antioquia.

Sánchez Díaz, E (2018). Teoría Básica del Derecho. Alicia CONCYTEC. https://n9.cl/9trh43

Sánchez Díaz, E. (2019) La obligación de los magistrados de interpretar los derechos fundamentales a la luz de las normas internacionales sobre derechos humanos. https://n9.cl/lybqt

Sanojo, D. (1963). La prueba como hecho cierto. edit. Mapresa. Madrid.

Schiavo, N. (2013). Valoración racional de la prueba en materia penal. Buenos Aires: Editorial Editores del Puerto.

Silva Melero, C. (2016). El juez protagonista e imparcial: el auténtico papel del juzgador en el proceso laboral [Tesis de maestría, Universidad Católica de Santa María]. http://tesis.ucsm.edu.pe/repositorio/handle/UCSM/5959

Taruffo, M. (2008). Verificación de los hechos y contradictorio en la Tutela Sumaria. Advocatus, 59 y ss.

Taruffo, M. (2013). Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos. México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

Tribunal Constitucional. (16 de enero de 2013). www.tc.gob.pe. Obtenido de www.tc.gob.pe: https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2013/01147-2012- AA.htm

Volumen 5, No. 16, abril-junio 2022
ISSN: 2631-2735
https://doi.org/10.33996/revistalex.v6i16.122
Páginas 226 - 239

CC BY NC SA

LEX Revista de Investigación en Ciencias Jurídicas
https://revistalex.org

Análisis del debido proceso frente a la oposición en el juicio de inventario de la extinta sociedad conyugal

Analysis of the due process against the opposition in the trial of inventory of the extinct conjugal society

Análise do devido processo contra a oposição no julgamento de inventário da extinta sociedade conjugal

Ivan Patricio Culcay Villavicencio
iculcay@ucacue.edu.ec
https://orcid.org/0000-0002-9167-2122
Universidad Católica de Cuenca. Cuenca, Ecuador

George Steven Chimbo Arevalo
gschimboa07@est.ucacue.edu.ec
https://orcid.org/0000-0001-5888-2251
Universidad Católica de Cuenca. Cuenca, Ecuador

Paola Fernanda Pani Riera
pfpanir91@est.ucacue.edu.ec
https://orcid.org/0000-0001-6478-9942
Universidad Católica de Cuenca. Cuenca, Ecuador

Artículo recibido el 21 de mayo 2022 / Arbitrado el 6 de junio 2022 / Publicado el 29 de junio 2022

RESUMEN

Dentro de la legislación ecuatoriana al hablar del juicio de inventario de la extinta sociedad conyugal, es importante cumplir con un debido proceso en todos los tramites que comprometan los derechos e intereses de los cónyuges, debido que existe una normativa ineficaz que al momento de aplicar existen varias falacias e inconformidades. Como objetivo principal se analizó la figura jurídica de la oposición dentro del juicio de inventario de la sociedad conyugal, en cuanto a los términos legales que permitan identificar el debido proceso sin que afecte a los derechos de los cónyuges al momento de la partición de bienes. Se aplicó la metodología tanto deductiva como inductiva, siendo la sociedad conyugal el punto de partida y llegar particularmente a la oposición del juicio de inventario, existiendo un vacío legal. Concluyendo que esta falta de normativa, debe ser interpretada conforme a derecho, dejando de lado la sana critica.

Palabras clave: Debido proceso; Código orgánico general de procesos; Sociedad conyugal; Inventario de bienes; Oposición; Seguridad jurídica

ABSTRACT

Within the Ecuadorian legislation, when we are facing the inventory trial of the extinct conjugal partnership, it is important to comply with due process in all procedures that compromise the rights and interests of the spouses, because there is an ineffective regulation that at the time of applying There are several fallacies and nonconformities. The objective is to analyze the legal figure of the opposition within the trial of inventories of the conjugal partnership, in terms of the legal terms that allow us to identify the due process without affecting the rights of the spouses at the time of the partition of assets. Both deductive and inductive methodology were applied, which is the marital partnership as a starting point and particularly in opposition to the inventory trial, because there is a legal vacuum here. Concluding that this lack of regulations must be interpreted according to law, leaving aside healthy criticism.

Key words: Due process; General organic code of processes; Conjugal society; Inventory of goods; Opposition; Legal security

RESUMO

Dentro da legislação equatoriana, quando nos deparamos com o processo de inventário da extinta união conjugal, é importante cumprir o devido processo legal em todos os procedimentos que comprometam os direitos e interesses dos cônjuges, pois há uma regulamentação ineficaz que no momento da aplicando existem várias falácias e não conformidades. O objetivo é analisar a figura jurídica da oposição no julgamento dos inventários da parceria conjugal, nos termos legais que nos permitem identificar o devido processo sem afetar os direitos dos cônjuges no momento da partilha de bens. Aplicou-se tanto a metodologia dedutiva quanto a indutiva, que tem a união estável como ponto de partida e particularmente em oposição ao julgamento de inventário, pois há aqui um vazio jurídico. Concluindo que essa falta de regulamentação deve ser interpretada de acordo com a lei, deixando de lado críticas saudáveis.

Palavras-chave: Devido Processo; Código orgânico do processo geral; Sociedade conjugal; Inventário de mercadorias; Oposição; Segurança jurídica

INTRODUCCIÓN

La sociedad conyugal nace al mismo tiempo que el matrimonio, como así lo dispone el código civil de Ecuador, esta sociedad de bienes está compuesta por activos y pasivos de los cónyuges, sin embargo, la misma podrá extinguirse en cualquier momento, el juicio de inventario, generalmente se resolverá dentro de la jurisdicción voluntaria, pero existe oposición cuando uno de los interesados no se encuentra de acuerdo con la división de la comunidad de bienes, cambiando la jurisdicción a contenciosa y tramitándose por la vía sumaria, dentro de la misma no existe una norma clara, para garantizar la seguridad jurídica y el debido proceso respecto a la forma y al momento procesal oportuno para presentar la oposición al juicio de inventario.

Los objetivos que se plantearon dentro de la investigación fueron los mismos que han sido estudiado en la sociedad conyugal y la oposición dentro de los términos legales, así como también, se examinó cómo afecta el vacío legal a los derechos de los cónyuges al momento de la partición de bienes, siendo el punto fundamental la falta de normativa para oponerse al inventario, y por último se identificó adecuadamente conforme a derecho para que se lleve a cabo la oposición al juicio de inventario de la extinta sociedad conyugal, siguiendo un debido proceso garantizando los intereses de los cónyuges.

MÉTODO

Dentro de esta investigación al ser un tema analítico; se partió de un tema general que abarca varias instituciones jurídicas que forman parte de la sociedad conyugal, consecuentemente al analizar una de estas figuras se encontró él vacío legal frente a la oposición, cuando existe un juicio de inventario, para ello se utilizó el método inductivo y deductivo siendo importante para la investigación debido que son estrategias de razonamiento lógico y premisas particulares que llegan a una conclusión en general.

De la misma manera, se utilizaron principios generales intrínsecos dentro de un debido proceso que son netamente derechos y garantías que deben ser respetados conforme a lo que establece la Ley Suprema, para llegar a una conclusión en específico, de tal manera que estos dos métodos se utilizaron para identificar el debido proceso frente a la oposición al juicio de inventario de la extinta sociedad conyugal, buscando solventar la falta de claridad y eficacia en la norma

Volumen 5, No. 16, abril-junio 2022, ISSN: 2631-2735, https://revistalex.org

respecto de esta figura jurídica. Y finalmente se utilizó el método exploratorio el cual fue necesario para comprender de mejor manera el problema planteado, pero sin que proporcione resultados que hayan sido concluyentes.

DESARROLLO Y DISCUSIÓN

La sociedad conyugal nace con varias instituciones jurídicas que va relacionada con la comunidad de bienes, la misma que está compuesta por el patrimonio activo y pasivo de los cónyuges, de esta manera es importante definirla como un tipo de sociedad formado por dos personas y originada tras el matrimonio, donde a través de dicho acuerdo los cónyuges comparten la titularidad y a la vez administran el patrimonio común. Según lo que manifiesta Sánchez (2021), la sociedad conyugal nace con el matrimonio, en donde los cónyuges disponen de sus bienes y haberes en igualdad de condiciones, dando como resultado la administración de su patrimonio común, producto de la celebración del contrato solemne entre el hombre y la mujer que son participantes dentro de dicha sociedad conyugal, recalcando que a partir de la celebración del matrimonio lo que se adquiera formara parte de dicha sociedad antes mencionada.

Asímismo, como sostiene Pérez (2010), la sociedad conyugal es una comunidad de bienes, en donde no importa cuál de los cónyuges adquiera o sea titular de los bienes durante el matrimonio, ya que estos pertenecen a la sociedad de bienes, y es regulada en las capitulaciones matrimoniales por los mismos. En otras palabras, todos los bienes adquiridos por los cónyuges forman parte de la sociedad conyugal, excluyendo a ciertos bienes que se encuentren dentro de las capitulaciones matrimoniales realizado por cualquiera de los intervinientes.

Además, la legislación ecuatoriana se refiere al régimen de bienes, el código civil manifiesta que por el hecho de contraer matrimonio se está formando la sociedad de bienes, dispuesta por el patrimonio de ambos cónyuges, incluso la normativa vigente hace alusión que la sociedad conyugal no se podrá formar sin antes celebrar un contrato solemne o a su vez la unión de hecho. La sociedad conyugal se origina desde el momento que se contrae el matrimonio, y de la misma forma se extingue con la disolución del vínculo matrimonial, siendo esta una institución jurídica importante que regula los intereses económicos entre cónyuges y en relación a terceros.

Haciendo énfasis a la disolución conyugal, la misma se da por terminado debido al divorcio de los cónyuges, debido que este es el paso previo necesario para proceder a la liquidación o partición de dichos bienes. Haciendo énfasis con el aporte de Sotelo, se pudo evidenciar que la disolución conyugal, se extingue inmediatamente con la figura del divorcio, por otro lado, existe otra alternativa para los intervinientes que podrán continuar con su vínculo matrimonial, pero disolver la sociedad conyugal la misma que surtirá efecto cuando se configure el divorcio. La terminación de la sociedad de bienes puede darse de dos formas; voluntaria que es aquella que se da con el consentimiento de ambos cónyuges y la misma se llevara a cabo ante un notario público, la controvertida es en donde uno de los cónyuges no se encuentra de acuerdo, y se tramitara ante la vía judicial.

Ahora bien, por ser un Estado de paz y contar con los medios alternativos de solución de conflictos, la Constitución de la República del Ecuador del año 2008 faculta que los cónyuges de forma libre y voluntaria puedan disolver la sociedad conyugal, la misma que se llevará a cabo conforme a lo establecido dentro de la Ley Notarial en el artículo 18 numeral 13: Que expone que son atribuciones exclusivas de los notarios autorizar la petición para resolver cuestiones de la sociedad de bienes cuando existe un acuerdo, sin perjudicar la identidad y datos civiles de los intervinientes, previo a ello se realizará el reconocimiento de firmas, presentando la partida de matrimonio, sentencia y el reconocimiento debidamente certificado y demás documentos habilitantes.

El notario una vez que reconoce esta petición procede a redactar el acta para que se disuelva la sociedad conyugal, para que la misma sea protocolizada e inscrita en el Registro Civil. Así mismo por vía judicial se puede extinguir la sociedad conyugal, cuando no existe el acuerdo entre los cónyuges en base al artículo 217 del Código Civil Ecuatoriano que establece que “en cualquier momento uno de los cónyuges, puede plantear la demanda de la disolución conyugal y a su vez la liquidación de dicha sociedad de bienes” (p.18, 2008).

Existen diversas causales para que se disuelva la sociedad conyugal, como bien se analizó; inicialmente es la terminación del matrimonio, según lo establecido en el Código Civil, una vez extinguido el matrimonio se extingue también la sociedad conyugal, la cual procederá con una liquidación y la partición de bienes. Así mismo al existir una sentencia con la posesión de los bienes del desaparecido, en este caso se habla de una presunción de muerte de uno de los cónyuges, una vez concedida la posesión se disolverá la sociedad conyugal. O también, al

dictarse una sentencia judicial se podrá dar en cualquier momento por la voluntad de uno de los cónyuges, que podrá solicitar ante el juez o al notario público tanto la disolución como la liquidación de la sociedad conyugal. Y por último en casos de nulidad, se declarará nulo el vínculo matrimonial, existiendo de por medio mala fe, ya sea cuando se contrajo el matrimonio o se omitieron solemnidades sustanciales.

En Ecuador al ser un Estado constitucional de derechos y justicia, busca ante todo la igualdad y en este caso dentro de este análisis, el objetivo es garantizar los intereses y derechos de los cónyuges al momento de la partición de los gananciales, los mismos que deberán ser repartidos de forma equitativa, sin perjudicar el patrimonio común que ha sido fruto del esfuerzo y trabajo durante el matrimonio, recalcando que la sociedad conyugal es una institución jurídica propia, sin que exista un representante legal.

Es sustancial una vez que se haya disuelto la sociedad conyugal se proceda a iniciar con el inventario de los bienes que forman parte de la sociedad conyugal, en donde se establecerá la situación económica de dicha sociedad, de forma detallada y con la descripción respectiva así como los derechos y obligaciones que constituyan el patrimonio común, siendo objeto de una tasación de todos los bienes que se usufrutuaban, obteniendo un valor referencial para posteriormente proceder a la partición.

Según Cabanellas (2006) manifiesta que el inventario es un conjunto ordenado de bienes, que pertenecen a una persona en particular, las mismas que se encuentran en un determinado lugar, clasificados por su nombre, clase, número, que servirán posteriormente para un avaluó. Además, palacios manifiesta que se llama inventario a la acción de individualizar y describir los bienes, para consiguientemente se realice el avaluó, determinando valores de cada uno, es decir que tanto el inventario como el avaluó tienen como objetivo facilitar la distribución de forma proporcional de los bienes a cada cónyuge. De lo ya analizado, sin importar como llega a extinguirse la sociedad conyugal, es menester distinguir una vez ya realizado el inventario que bienes le corresponderán a cada cónyuge, para lo cual se deberá realizar una liquidación de la sociedad conyugal.

El Doctor García Falconi (2008) sostiene que la “liquidación de la sociedad conyugal, es rendir cuentas entre los cónyuges o ex cónyuges, siendo así que se deberá determinar los valores de cada bien, cancelar si coexistan deudas y determinar compensaciones si así es el caso” (p. 187). Además, Cabanellas (2006) menciona que es el conjunto de operaciones necesarias para poder

determinar lo que le corresponde a cada interesado, respecto de los derechos activos y pasivos de su patrimonio, bienes, o valores.

Tomando en consideración los aportes de los autores antes citados, la liquidación de la sociedad conyugal básicamente es determinar de forma proporcional ya sea por mandato de ley o ante el notario público, la división del patrimonio común, de tal manera que quede liquidado, todo tipo de negociaciones pendientes, fijar valores necesarios para la partición, saldar cuentas entre cónyuges o sucesores, lo cual la liquidación es sustancial para poder distinguir los bienes que pertenecen a la sociedad como los que han sido propios de cada cónyuge, considerando los cargos, abonos, recompensas o indemnizaciones, para lo cual se conseguirá un solo valor, y el mismo será dividido entre los cónyuges o sus herederos tomando nombre como gananciales.

Dentro del proceso de la liquidación de la sociedad conyugal, se hace alusión a dos fases judiciales; primero como inventario y avaluó de bienes, en donde se determinará y se valorara cada bien que forma parte del patrimonio común y la segunda es la partición en donde se fija lo que le va a corresponder a cada interviniente, no obstante, en el caso que no exista un acuerdo de por medio será la autoridad competente quien adjudique a cada uno lo que le corresponde por ley. Ahora bien, como se ha podido observar, la liquidación de la sociedad conyugal, lleva consigo el inventario de los bienes que pertenecen a dicha sociedad, para lo cual se llegue a determinar la partición de forma equitativa, pero siempre y cuando exista el acuerdo entre los interesados, por lo contrario nace la controversia al momento en que uno de los cónyuges decide oponerse al inventario de la sociedad conyugal generándose así una litis, siendo necesario acudir ante el órgano jurisdiccional, planteando una demanda de forma voluntaria o por mandato de ley.

El inventario cumple un rol importante dentro del derecho procesal, en donde tiene la principal función de excluir bienes personales de los cónyuges frente a la partición como requisito de sine qua non para formar en inventario y la tasación de los bienes para poder llegar a liquidar los mismos. Dentro del juicio de inventario se procederá al avaluó y a la tasación de bienes, conforme a la legislación ecuatoriana este procedimiento emana de la jurisdicción voluntaria de uno de los cónyuges la cual se solicita al juez para que pueda admitir este trámite y ordene con la citación a las partes interesadas.

Volumen 5, No. 16, abril-junio 2022, ISSN: 2631-2735, https://revistalex.org

Es importante recalcar lo que menciona la Corte Nacional de Justicia en la absolución de consulta del año 2020, acerca del juicio de inventario; dentro de la sentencia No. 0239 dictada en el año 2012, se refirió lo siguiente: Conforme al referirse al proceso de inventario, se debe indicar que no es netamente un juicio ya que se considera como un aislamiento de bienes, el cual tiene por objeto cumplir con las solemnidades de dar cumplimiento con el debido proceso y sobre todo que se garantice la fidelidad entre los intervinientes, en la cual no se podrá restringir ni otorgar derechos, mucho menos disponer de bienes que están siendo enlistados. Como se mencionó anteriormente dentro del inventario es esencial hablar también de la tasación, el tratadista Cabanellas (2003) señala que; "la tasación es la valuación y la estimación de un precio o valor de una determinada cosa, que puede ser fijo o máximo el cual deberá ser indicado por la autoridad, con la finalidad de evitar especulaciones abusivas" (p. 387).

Por lo tanto, el avaluó de los bienes es indispensable dentro del inventario, como así también lo establece la normativa procesal derogada (2005), en el artículo 637; en cuanto al avaluó de los bienes que forman parte de la sociedad conyugal, se realizara en el tiempo que se realice el inventario, con la descripción y el valor previamente detallado por el perito acreditado. Además, en el Código Orgánico General de Procesos en el articulado 334 numeral 4; el juicio de inventario, avaluó y tasación de bienes tiene como fin enlistar los activos y pasivos del patrimonio común y por su naturaleza se tramitará bajo el procedimiento voluntario, no obstante, puede cambiar a sumario u ordinario.

Siendo primordial definir al procedimiento voluntario, según el criterio de Gozaini (2005) el cual indica que se actúa al compromiso de intereses jurídicos de los particulares, estableciendo un acto jurídico, que tiene por objeto la pretensión que el órgano jurisdiccional resuelva conforme a la declaración de las nomas pertinentes al caso planteado. Así como lo establece el COGEP (Código Orgánico General de Procesos), cualquier persona que tenga responsabilidad en cuanto a los bienes en controversia, podrá solicitar el inventario de los mismos, pero en el momento que exista oposición por uno de los intervinientes, cambiara a jurisdicción contenciosa, tramitándose ante la vía sumaria, como bien se ha podido mencionar con antelación.

De esta manera haciendo relación a la oposición, se define como el impedimento, obstáculo, lo cual da la acción y el efecto para impugnar un acto mediante una querella, tacha u otra vía que sea contundente para demandar su invalidación. Recalcando que la oposición se dará en ciertos bienes, ya que en la parte que no exista objeción se aprobará mediante sentencia, siendo el mismo juzgador que conoció el inventario, competente para tramitar la oposición.

La normativa procesal ya derogado, relación a la oposición señalaba que; concluido el inventario el juez, podrá conceder el termino de quince días para que las partes aleguen alguna observación netamente relacionada con el inventario, en el caso que existieren las mismas, el juez convocara a una junta de conciliación señalando el día, el lugar y la hora, indicando que lo acordado será obligatorio para las partes. A falta de un acuerdo el juez sustanciara las objeciones vía sumaria, concediendo el termino de diez días para que presenten pruebas pertinentes, pero sin perjudicar la parte aprobada en el inventario, como bien se pudo evidenciar el antiguo código establece un término para la presentación de la oposición, de tal forma en la actualidad el código vigente carece de eficacia, siendo una norma bastante ambigua, causando una indebida interpretación por parte de los profesionales del derecho al momento de aplicarla.

Ahora bien, el Estado ecuatoriano siempre ha buscado garantizar los derechos a los ciudadanos como lo es el acceso a la justicia y al debido proceso principalmente, de tal forma que también es importante la competencia de cada juzgador, es decir que todo ecuatoriano tiene derecho a ser juzgado por un juez competente, en relación de las personas, territorio, materia y grados. Dentro del juicio de inventario existen varias reglas en cuanto a la competencia, pero por tratarse de bienes, la competencia del juez será del lugar en donde se encuentren los bienes al momento de inventariarse, de tal manera que la autoridad competente para conocer y resolver estos juicios de inventario son exclusivamente los jueces de familia, como también lo establece el Código Orgánico de la Función Judicial (2009). Por lo tanto, respecto al juicio de inventario la ley faculta a las partes que puedan oponerse al mismo, convirtiéndose el proceso en sumario, sin embargo, cuando existe oposición la ley no es tan precisa para determinar el procedimiento y los términos correspondientes, para que exista un debido proceso precautelando los derechos de los cónyuges.

La problemática principal de esta investigación, efectivamente es el vacío legal frente a la oposición al juicio de inventario, ya que no existe una norma especial eficiente y clara, dejándose sin efecto la seguridad jurídica que establece la Constitución de la Republica del Ecuador (2008), en el artículo 82, lo cual se fundamenta en el respeto a la carta magna y a las normas jurídicas claras, públicas, las mismas que tienen que ser aplicadas por las autoridades competentes, al centrarse dentro de la figura que es la oposición de acuerdo el COGEP, no establece los términos ni mucho menos la forma de cómo se debe llevar a cabo legalmente la oposición al juicio de inventario, siendo así que los jueces han interpretado esta norma conforme a su sana critica, aplicando la norma frente a esta figura jurídica según lo que establece el artículo 333 del COGEP.

Volumen 5, No. 16, abril-junio 2022, ISSN: 2631-2735, https://revistalex.org

Además, haciendo énfasis de forma general a la oposición, no menciona específicamente al inventario, debido que dentro del articulo 341 al 346 del Código antes mencionado, existen anomalías en relación al momento procesal oportuno para poder presentar oposición, frente a ello se evidencia que no existe el cumplimiento efectivo del debido proceso, vulnerando uno de los derechos esenciales de todos los ciudadanos, el acceso a la administración de justicia.

Analizando la normativa procesal vigente, si bien es cierto dentro de la oposición al juicio de inventario existen reglas propias especiales, las mismas que no son claras generando así conflictos al momento de la aplicación, la problemática surge al momento mismo de la interpretación de las reglas generales en relación a la oposición, siendo estas normas confrontadas, la regla general establece que se aplicara según los requisitos de la contestación a la demanda, por otro lado la regla especifica no establece como debe presentarse, ni tampoco en qué momento debe presentar la misma, además el artículo 346, únicamente señala en cuanto a la negativa de terceros la cual deberá ser examinada y tasada para que sea considerada como oposición.

Dentro de los principios procesales en relación a la Carta Magna, busca precautelar los derechos de las personas bajo el artículo 75; que toda persona tiene derecho al acceso tanto de la justicia como de la tutela judicial efectiva la misma que deberá ser imparcial y expedita acorde a sus derechos e intereses, evitando dejar en desamparo a las partes ni mucho menos contraviniendo con las decisiones judiciales puestas en práctica por la autoridad competente, se hace relación a este principio con la finalidad de garantizar el debido proceso el mismo que es vulnerado dentro de esta figura jurídica que es la oposición, lo cual la Constitución de manera clara y eficiente establece las garantías que deberán ser cumplidas a cabalidad dentro de un proceso que existan de por medio derechos e intereses en este caso de los cónyuges. En la Declaración Universal de los Derechos Humanos del año 1948, se refiere a la igualdad jurídica entre los cónyuges, en el margen de la libertad, justicia, y paz, el reconocimiento de la dignidad intrínseca en igualdad de derechos inalienables de los miembros que conforman el núcleo familiar.

El Debido Proceso es una garantía legal, en donde el estado por medio de sus operadores de justicia deben actuar con responsabilidad en apego a las leyes, en todas las materias del derecho, buscando así una correcta aplicación de las normas dentro del marco de la dignidad humana cuyo objetivo se basa en la norma suprema que deberá ser aplicable a cada caso en concreto, para ello es necesario que exista un equilibrio entre el ciudadano y el estado

respetando las garantías procesales, que buscan proteger el interés general e individual con la efectiva administración de justicia, evitando arbitrariedades e inseguridades dentro de la normativa vigente.

Los jueces tendrán plena responsabilidad en el cumplimiento de las normas y derechos, al ser imparciales debe prevalecer la igualdad que permita una administración transparente y equitativa, evitando la inseguridad jurídica de un estado de derechos, por lo tanto, prevalecerá la legalidad en donde radica la existencia de las normas que deberán ser interpretadas de acuerdo a las garantías básicas del debido proceso. Al ajustarse dentro del tema de investigación en el artículo 76 numeral 7 de la Constitución de la Republica del Ecuador, haciendo relación a los principales medios y tiempos que sean necesarios para una efectiva defensa, ser escuchados oportunamente en igualdad de condiciones y con derecho a contradecir a la otra parte.

En virtud a la sana critica los administradores de justicia hacen uso de la interpretación a la figura de la oposición, mediante las reglas generales estipuladas en el COGEP, ya que como bien se mencionó anteriormente al existir oposición se genera una controversia por la falta de acuerdo entre los intervinientes, por ende no se estaría hablando de una correcta tutela judicial efectiva, además que se estaría omitiendo el debido proceso que se debe llevar a cabo conforme a lo que establece la ley suprema de justicia. Dentro de esta perspectiva los juzgadores han tenido la libertad en base al criterio, aplicar las normas conforme a su experiencia en la vida practica y no más en apego a las normas especiales como lo es en la oposición al inventario, lo cual algunos administradores de justicia admiten a esta figura jurídica de oposición hasta antes de la convocatoria a la audiencia o también dentro de la misma audiencia única.

Con respeto a esta problemática la Corte Nacional de Justicia (2020) se ha pronunciado conforme a la inquietud existente en la oposición, señalando bajo el criterio no vinculante, el juicio de inventario tiene como finalidad realizar el registro de bienes de los que son de interés común de los intervinientes, ya que inicialmente este proceso se inicia por la vía voluntaria y frente a la falta de acuerdo por conflicto de intereses o voluntades se convierte en contencioso. Sin embargo, aunque exista la oposición se busca solemnizar aquel registro de los bienes y evitar que se declare un derecho injustamente, por lo cual al generarse la oposición no se trataría de un nuevo proceso, ya que la competencia seguiría radicando sobre el juez que conoció el inventario.

Además de ello recalca que la oposición se debe presentar por escrito y no debe contener necesariamente los requisitos que son establecidos para la contestación de la demanda, sino que en este caso únicamente se deberá indicar las observaciones con respeto al juicio de inventario, en donde el juzgador analizara que la oposición presentada tenga fundamento y posterior a ello emitir un auto interlocutorio señalando la oposición planteada y abriendo un término de prueba de 15 días bajo la vía sumaria. Bajo el artículo 82 del COGEP, el auto interlocutorio es una providencia que resuelve cuestiones netamente procesales que no son materia de una sentencia, pero se pueden ver afectados los intereses de las partes, si bien es cierto dentro de la oposición no existe una sentencia como tal, ya que no hay un acuerdo entre las partes para que la misma sea ejecutoriada y de obligatorio cumplimiento, lo cual debatiendo esta inconsistencia normativa, lo único que trata la administración de justicia, es llevar a cabo el proceso omitiendo las solemnidades propias que debe tener una normativa especial.

La misma que dentro de este análisis se ha podido evidenciar que carece de claridad y de eficiencia para poder aplicar de manera transparente y sobre todo equitativa, ya que no solo vulnera el debido proceso sino los derechos de los cónyuges como ya se manifestó anteriormente, lo cual al retardar el proceso, sin vela de las garantías básicas y la tutela efectiva, posteriormente los cónyuges no podrán disponer ni acceder a sus bienes, mucho menos tomar decisiones en igualdad de condiciones, en torno a la sociedad conyugal conforme a lo establecido dentro del artículo 324 de la carta magna, en concordancia con el artículo 69 numeral 3 del cuerpo legal antes mencionado, manifiesta que al ser el Ecuador, un estado de derechos y justicia busca equiparar la igualdad de derechos en relación a la administración de la sociedad conyugal y de bienes.

La etapa final se produce cuando la partición y adjudicación de los bienes que pertenecían a la sociedad conyugal, se efectúa, causando la extinción de todo tipo de vínculo en cuanto al patrimonio común entre cónyuges, de tal forma que la partición es aquella figura que pone fin a dicha sociedad, otorgando la titularidad de los bienes que fueron adjudicados de forma individual, a través de esta acción termina el estado temporal de indivisión, convirtiéndose los bienes en patrimonio exclusivo de cada sujeto procesal.

CONCLUSIÓN

El Código Civil Ecuatoriano, faculta a los futuros cónyuges decidir sobre su régimen patrimonial, esto es el estatuto económico tanto de los activos como los pasivos que a futuro podrán reunir los contrayentes, denominado así la sociedad conyugal, sujetándose a los derechos y obligaciones que conllevan la misma, solo si los cónyuges deciden realizar capitulaciones matrimoniales sus bienes quedaran en su estado inicial, esto es su patrimonio personal.

Como se ha puesto de manifiesto dentro de este artículo, la sociedad conyugal lleva consigo algunas instituciones jurídicas, una de ellas la liquidación de la sociedad conyugal, surge a raíz de que uno de los cónyuges decide separar o quitar sus bienes y que los mismo vuelvan a pertenecer a su patrimonio individual, u otra de las causas para que la sociedad conyugal se extinga es el divorcio, de tal manera que cuando ya se rompe ese vínculo matrimonial también deja de existir el patrimonio común, como bien se ha podido demostrar dentro de este análisis, a raíz de este figura del juicio de inventario, objeto de este análisis dentro del cual se ha generado ciertas inconsistencias normativas que ha llevado a una interpretaciones general de una norma que siendo especial carece de claridad y eficiencia.

Siendo así al no existir un debido proceso dentro de una normativa especial, el principal derecho vulnerado han sido los derechos de los cónyuges para poder acceder libremente y disponer de su patrimonio en cualquier momento, asimismo causando inseguridad a los bienes que forman el patrimonio, ya que al dilatarse el proceso se perjudicara el avaluó e incluso uno de los cónyuges podría actuar de mala fe, ocultando los bienes mientras se lleve a cabo la liquidación de la sociedad conyugal.

Una de las alternativas para los cónyuges seria realizar las capitulaciones matrimoniales, para que posteriormente no se encuentren en este tipo de litigios, evitando así dilaciones u omisiones en cuanto al debido proceso, además la comunidad de bienes se encuentran bajo varias etapas que conciernen a la extinción de la sociedad conyugal, sin embargo es importante que los jueces, garanticen el acceso a la justicia deberá la misma que deberá ser pronta oportuna, precautelando los derechos de los intervienes dentro del proceso bajo los principios de legalidad, imparcialidad, celeridad y economía procesal, garantizando la seguridad jurídica que debe prevalecer dentro de un estado de derechos y justicia, llevando a cabo un debido proceso, respetando los tiempos y etapas procesales para que las partes puedas hacer observaciones y si es el caso contradecir ciertos argumentos en los cuales no estén de acuerdo.

Es necesario que se establezca como una obligación primordial que la Asamblea Nacional, maneje sigilosamente esta problemática basándose en las inconsistencias que se presentan dentro de este artículo, efectuando reformas dentro del cuerpo legal correspondiente al sistema procesal, ya que el código antes derogado indicaba los términos e incluso la forma para presentar la oposición, lo cual el COGEP, hoy en día mantiene características ambiguas existiendo oscuridad dentro de esta normativa que causa confusión al aplicarse, se deberá mencionar adecuadamente los términos y la forma en la que se debe presentar la oposición, ya que es una normativa especial que debe cumplir con las expectativas de garantizar la tutela judicial efectiva más allá de los intereses de los cónyuges. A partir de esto el debido proceso como bien se menciona en la oposición de carácter general en donde se manifiesta en qué etapa se puede presentar y que requisitos debe contener, de igual manera se deberá aclarar y establecer eficientemente en la normativa respecto al inventario.

REFERENCIAS

Asamblea General de la Naciones Unidas. (1948). Declaracion Universal de Derechos Humanos. Paris, España: Dudh, Sesión Plenaria.

Asamblea Nacional. (2005). Codigo de Procedimiento Civil. Quito, Ecuador: Lexis.

Asamblea Nacional. (2008). En Codigo Civil.

Asamblea Nacional. (2008). Constitucion de la República del Ecuador. Quito, Ecuador: Corporacion de Estudios y Publicaciones.

Asamblea Nacional. (2009). Codigo Organico de la Funcion Judicial. En A. Nacional. Quito: Lexis.

Cabanellas, G. (2003). Diccionario enciclopedico de Derecho Usual. Buenos Aires, Argentina: Heliasta.

Cabanellas, G. (2006). Diccionario Juridico Elemental. Buenos Aires, Argentina: Heliasta SRL. Cabanellas, G. (2006). Diccionario Juridico Elemental. Buenos Aires, Argentina: Heliasta SRL.

Corte Nacional de Justicia. (2020). Absolucion de consultas. En p. D. Justicia. Quito: c.n.j.

Gozaini, C. (2005). Elementos de derecho procesal civil. En gozani. Buenos aires. Argentina: Ediar.

García Falconi, J. (2008). Manual de Practica Procesal Civil. Quito: Ediciones RODIN. Obtenido de Manual de Practica Procesal Civil: https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2604/1/T666-MDE-L%C3%b3pez-El%20divorcio.pdf

Palacio, L L. (2010). Manual de Derecho Procesal Civil. En P. L. Luis. Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot S.A.

Pérez Contrera, C. (2010). Obtenido de Derecho Civil Familia y Sucesiones. Mexico: Cultura Juridica.

Registro Oficial No. 158. (noviembre de 1966). Ley notarial. En R. O. 158. Obtenido de Ley notarial - Fiel web.

Sánchez, J. (2021). Obtenido de Diccionario Jurídico. Derecho de familia y sucesiones. México.

Sentencia del proceso de inventarios, 0239-2012 (27 de Julio de 2012).

Sotelo, J. (1 de abril de 2022). El universo. Obtenido de https://www.eluniverso.com/noticias/ecuador/que-es-una-disolucion-conyugal-y-como-se-maneja-el-patrimonio-en-una-union-matrimonial-nota/

Rodriguez, V.M. (1969). Debido Proceso Legal y la Convención Americana de Derechos Humanos . San Jose de Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Torres, G.C. (2006). Diccionario Juridico Elemental. Buenos Aires, Argentina: Heleasta S.R.L.

Conflicto de Intereses. Se declara que no existe conflicto de intereses para la publicación del presente artículo científico.

Revista de Investigación en Ciencias Jurídicas

Volumen 5, No. 16, abril-junio 2022, ISSN: 2631-2735, https://revistalex.org

Currículo de Autores

Adrián Arturo Cabrera Bustamante

Estudiante de la Universidad Católica de Cuenca, Ecuador.

Adrián Teodoro Arévalo Peralta

Estudiante de la Universidad Católica de Cuenca, Ecuador.

Diana Elizabeth Castillo Silva

Magister en gestión pública, coordinadora de la Sede Chepén de la Universidad César Vallejo. Docente de pre grado, Perú.

Elizabeth del Carmen Cedillo Romero

Trabajadora Social. Licenciada en Trabajo Social. Magister en Intervención Social en las Sociedades del Conocimiento. Participación en Ponencia. Docente en Universidad Estatal de Milagro, Ecuador.

Everth Jesús Sánchez Díaz

Doctor en gestión y ciencias de la educación, Universidad San Pedro de Chimbote. Doctorado en Derecho, Universidad San Ignacio de Loyola. Maestro en derecho Constitucional y administrativo USP. Magister en docencia, currículo e investigación. Licenciado en Educación Universidad Nacional Mayor San Marco, ponente en congresos nacionales e internacionales, Perú.

George Steven Chimbo Arévalo

Bachiller Técnico Electromecánico Automotriz. Egresado de la Carrera de Derecho, Universidad Católica de Cuenca, Ecuador.

Revista de Investigación en Ciencias Jurídicas

Volumen 5, No. 16, abril-junio 2022, ISSN: 2631-2735, https://revistalex.org

Currículo de Autores

Iván Calvario Ponce

Licenciado, Universidad Autónoma de Guerrero. Maestrante en Derecho, en el Posgrado de Derecho de la Universidad Autónoma de Guerrero, incluido dentro de los Programas Nacionales de Posgrados de Calidad de Conacyt, México.

Ivan Patricio Culcay Villavicencio

Docente de la Carrera de Derecho, Universidad Católica de Cuenca, Ecuador. Magister en Derecho Civil y Procesal Civil, UNIANDES, Ecuador. Especialista en Derecho Empresarial UTPL, Ecuador.

José Antonio Soto Sotelo

Doctor en Derecho, Instituto Internacional del Derecho del Estado. Coordinador y docente investigador del Posgrado en Derecho de la Universidad Autónoma de Guerrero. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores de Conacyt, México.

José Santiago Sánchez Zambrano

Doctor en jurisprudencia. Abogado de los tribunales de justicia de Ecuador, Magister en asesoría jurídica de compañías. Docente en la Universidad Católica de Cuenca, Ecuador.

Ivan Patricio Culcay Villavicencio

Docente de la Carrera de Derecho, Universidad Católica de Cuenca, Ecuador. Magister en Derecho Civil y Procesal Civil, UNIANDES, Ecuador. Especialista en Derecho Empresarial UTPL, Ecuador.

Maribel Belen Muñoz Conce

Estudiante de la Universidad Católica de Cuenca, Ecuador.

Revista de Investigación en Ciencias Jurídicas

Volumen 5, No. 16, abril-junio 2022, ISSN: 2631-2735, https://revistalex.org

Currículo de Autores

Némesis Michaela Naranjo Rojas

Estudiante de la Universidad Católica de Cuenca, Ecuador.

Olga Alicia Mayanza Paucar

Magister en Administración y Dirección de Empresas. Analista Administrativa-Coordinación Zonal 8 de MIES. Analista de Planificación- Coordinación Zonal 8 de MIES. Analista de Tesorería- Dirección Distrital 09D17 Milagro MIES. Analista de Talento Humano- Dirección Distrital 09D17 Milagro MIES. Docente universitario- Universidad Estatal de Milagro, Ecuador.

Paola Fernanda Pañi Riera

Egresada de la Carrera de Derecho, Universidad Católica de Cuenca, Ecuador.

Paola Priscila Vallejo Cárdenas

Abogada de los Tribunales de Ecuador. Master en Derecho Laboral y Seguridad Social. Master en Derecho Constitucional, Universidad Católica de Cuenca. Doctorando en Derecho Constitucional y Género en la Universidad de Alicante, España. Publicaciones en temáticas como Movilidad Humana, Realidades Laborales y Políticas Públicas con enfoque de Género, Ecuador.

Rodolfo Amado Arévalo Marcos

Doctor en Ciencias. Maestro en Investigación y Docencia Universitaria. Maestro en Gestión Pública. Segunda Especialidad en Administración en Salud. Docente universitario Asociado de la Universidad Norbert Wiener, Perú.

Revista de Investigación en Ciencias Jurídicas

Volumen 5, No. 16, abril-junio 2022, ISSN: 2631-2735, https://revistalex.org

Currículo de Autores

Teresa Celeste Naranjo Pinela

Licenciada en Ciencias de la Educación en la Especialización de Comercio y Administración. Magister en Administración y Dirección de Empresas. Doctora, PhD, En Sociología en las Políticas Públicas y Sociales. Participación en Congresos Nacionales e Internacionales como ponente en México, Panamá y Madrid- España. Miembro del Departamento de Innovación Pedagógica de la Universidad Estatal de Milagro. Docente Investigadora Universidad Estatal de Milagro, Ecuador.

Veronica Patricia Santos Yanez

Trabajadora Social. Magister en Gerencia y Liderazgo Educativo. Magister en Intervención Social en las Sociedades del Conocimiento. Docente en Universidad Estatal de Milagro. Directora de Carrera de Trabajo Social Modalidad On line. Directora de Carrera de Trabajo Social Modalidad Semiprescencial, Ecuador.

William Eduar Sanchez Moreno

EMaestro en Aseguramiento de la Calidad, Universidad Católica de Trujillo UCT. Ingeniero Industrial, Universidad Privada del Norte UPN. Especialización en Derecho. Ponente en Congresos Nacionales e Internacionales, Perú.

Yoholvy Yulet Rodríguez Trujillo

Magister en derecho, fiscal en la ciudad de Lima, doctoranda de la Universidad César Vallejo. Docente de pre grado, Perú.

Revista de Investigación en Ciencias Jurídicas

Volumen 5, No. 16, abril-junio 2022, ISSN: 2631-2735, https://revistalex.org

POLÍTICA

Enfoque y Alcance

Misión

La Revista de Investigación en Ciencias Jurídicas Lex, tiene como propósito lograr la difusión y divulgación de los avances y resultados de las investigaciones científicas y humanísticas del hecho Jurídico, con un enfoque multidisciplinario en el contexto nacional e internacional en todo lo relacionado con el mundo de las leyes y la judicatura.

Alcance

La revista Lex, es un nuevo medio de divulgación científica, humanística, especializada en el área de Ciencias Jurídicas, creada por el Centro de Investigación y Desarrollo Ecuador y editada por la Editorial CIDE, la cual se encuantra suscrita en la Cámara Ecuatoriana del Libro, bajo la orientación o modalidad de acceso abierto. Esta revista persigue posicionarse en los principales portales de indización, a través de las investigaciones científicas producidas en la Academia Ecuatoriana y Latinoamericana, mediante la participación de los investigadores con sus producciones en los congresos que desde CIDE se ofrece, dándole mayor valor a la calidad que se generen de dichas investigaciones. Posee un alcance, internacional, y se mantiene abierta a todos los docentes e investigadores en el quehacer científico. La revista Lex es una publicación periódica de aparición trimestral, en español, arbitrada bajo el sistema de arbitraje por pares a doble ciego; es una revista de acceso abierto. Tiene como propósito lograr la difusión y divulgación de los avances y resultados de las investigaciones científicas y humanísticas del hecho jurídico, con un enfoque dentro del contexto nacional e internacional. La revista está dirigida a investigadores, docentes, estudiantes y público en general involucrados en el hecho Jurídico. Los artículos recibidos por Lex serán revisados, arbitrados y aceptados, según los resultados arrojados por la evaluación previa para su posterior edición y publicación.

El proceso de edición Lex, se encuentra sometido bajos las normas y los estándares de control de calidad, garantizando la originalidad, pertinencia y actualidad de los artículos aceptados y publicados, a través del establecimiento de principios de ética y políticas de detención de plagio Viper.

Políticas de sección

- ***Investigación.*** Bajo este rubro, los trabajos deberán contemplar criterios como el diseño pertinente de la investigación, la congruencia teórica y metodológica, el rigor en el manejo de la información y los métodos, la veracidad de los hallazgos o de los resultados, la discusión de resultados, conclusiones, limitaciones del estudio y, en su caso, prospectiva. La extensión de los textos deberá ser máximo 5000 palabras.

- ***Reseñas de libros.*** Deberán aproximarse de manera crítica a las ideas, argumentos y temáticas de libros especializados. Su extensión no deberá exceder las tres mil palabras, calculadas con el contador de Word, incluidas gráficas, notas y referencias. Las páginas irán numeradas, con interlínea de espacio y medio.

- ***Reseña de revistas.*** Se referirán revistas nacionales o internacionales cuya temática sea de interés para la comunidad científica. Deben estructurarse con: Título, resumen en inglés y español, descripción del área temática, tipo de artículo y periodicidad, editorial, Institución, país, localización. Máximo 2 páginas.

- ***Reseña de tesis y trabajos de grado.*** Se referirán trabajos de investigadores de las universidades. Deben estructurarse con: Título, autor (es), resumen del trabajo de investigación en español inglés (abstract) con las palabras claves, tipo de tesis (Doctoral, Maestría), tutor, departamento, universidad, fecha de aprobación. Máximo 2 páginas.

- ***Reseña de páginas web, blogs y otros documentos electrónicos:*** se referirán a trabajos o referencias de trabajos publicados en Internet que sean de interés para el campo académico e investigativo. Deben estructurarse en: título, autor (es) de la revisión, breve información sobre el contenido, especificación de dirección(es) electrónicas y los aportes que justifican dicha referencia. Máximo 4 páginas.

- ***Eventos.*** Los profesionales e investigadores que asistan a eventos científicos nacionales o internacionales divulgarán las ponencias, conferencias, foros, simposios entre otras actividades que se hayan sido presentadas o por presentar en un evento. El archivo debe ir estructurado de la siguiente manera: objetivos, resultados, conclusiones y propuestas generados en los mismos. Deben señalar datos de identificación: nombre del evento, lugar, fecha y objetivos. También forman parte de esta sección, la promoción y difusión de Jornadas, Congresos, Reuniones y Conferencias nacionales e internacionales de interés para los lectores. Máximo tres cuartillas.

Proceso de evaluación por pares

El tiempo estimado desde la aceptación del trabajo por los evaluadores hasta la publicación es de tres (3) meses. La Revista Lex, se reserva el derecho de sugerir modificaciones formales a los artículos que sean aceptados para su publicación. Todos los textos enviados deben regirse bajo la metodología APA para la presentación de artículos.

Este sistema de control de calidad se desarrolla durante todo el proceso editorial de la revista en formato digital, de la siguiente manera:

- Inicia con el proceso de recepción de las propuestas de artículos que realiza el (los) autor (es). Seguidamente, el artículo es evaluado de forma rigurosa por el Comité Editorial

previendo que posea los parámetros de estructura claridad de los objetivos, coherencia de las ideas, pertinencia de la metodología, solidez de los resultados y discusión, conclusiones y referencias, en función de garantizar la pertinencia, originalidad de los aportes, rigurosidad científica y la ética en el proceso editorial, reservándose el comité el derecho de remitir a expertos en la temática planteada.

- Posteriormente, se asignarán dos pares externos a la institución editora, nacional o internacional como evaluadores del artículo bajo la modalidad por pares a doble ciego, y en caso de presentarse desacuerdo en los conceptos, se asignará un tercer par evaluador para dirimir los desacuerdos; son ellos quienes realizarán observaciones y emitirán una dictamen en términos de: (a) Aceptado para publicación, (b) Pendiente de publicación, o (c) No se acepta para publicación.

- Finalmente, el artículo es publicado en el número correspondiente al que se encuentre estructurado en función de temas actuales y pertinentes. Es por ello, que la propuesta de artículos es ingresada a nuestro sistema respondiendo a los parámetros establecidos por el Comité Editorial.

En el proceso de arbitraje se tienen en cuenta los siguientes criterios:

1. Cumplimiento de las normas del manual de Publicaciones de la American Psychological Association (APA).
2. Pertinencia de la temática con el área de cobertura de lo publicado en la Revista Lex.
3. Aporte de nuevos conocimientos teóricos y prácticos sobre la temática trabajada.
4. Rigurosidad y objetividad con la temática abordada.
5. Uso adecuado, claro y coherente del idioma escrito.
6. Actualización y vigencia del respaldo referencial informado (cinco últimos años).

Normas de entrega

El autor deberá descargar del sitio web de la revista, llenar y adjuntar a su contribución el formato de plantilla para artículo original o artículo de revisión según sea el caso:

- Solicitud de evaluación del artículo. La declaración de autoría individual o colectiva (en caso de trabajos realizados por más de un autor); cada autor o coautor debe certificar que ha contribuido directamente a la elaboración intelectual del trabajo y aprueba la evaluación bajo la modalidad por pares a doble ciego y, en su caso, publicado. Declaración de que el original que se entrega es inédito y no está en proceso de evaluación en ninguna otra revista. Datos: nombres y apellidos, institución de afiliciación académica o laboral, correo electrónico, ORCID y teléfono.
- Currículo resumido del autor que no exceda de 5 líneas, en hoja aparte (formato en página web).

- El trabajo y los documentos solicitados arriba se enviarán mediante el sistema de gestión de revistas en la siguiente dirección www.revistalex.org
- Los trabajos deberán presentarse en formato de hoja tamaño carta, fuente Arial 12 puntos, a una columna, interlineado espacio y medio texto general haciendo ujo correcto de mayúsculas y minúsculas.
- El título deberá ser en trilingüe (español, inglés y portugués) y no podrá exceder las 15 palabras.
- Toda contribución deberá ir acompañada de un resumen en español que no exceda de 150 palabras, con máximo de cinco palabras clave, más la traducción de dicho resumen al inglés (abstract) con sus correspondientes palabras clave o key words y Portugués Resumo (obsérvese la manera correcta de escribir este término) o palavras-chave en Portugués.
- Las palabras clave se presentarán en orden alfabético. Todos los trabajos deberán tener conclusiones.
- Los elementos gráficos irán numerados en orden de aparición y en el lugar idóneo del cuerpo del texto con sus respectivas fuentes al pie cuando se trate de figura o gráfico, y el caso de las tablas en la parte superior a ella, con una resolución original.
- Los gráficos deberán tener mínimo 300 dpi de resolución y 140 mm de ancho. en JPG o PNG y no incluir en el documento, deberán venir en formatos originales (sin dejar de lado el llamado en el texto y el título y fuente del gráfico o figura ubicado en el lugar de correspondencia para su presentación).
- Se evitarán las notas al pie, a menos de que sean absolutamente indispensables para aclarar algo que no pueda insertarse en el cuerpo del texto. La referencia de toda cita textual, idea o paráfrasis se añadirá al final de la misma, entre paréntesis, de acuerdo con los lineamientos de la American Psychological Association (APA).
- La lista de referencias bibliográficas también deberá estructurarse según las normas de la APA y cuidando que todos los términos (&, In, New York, etcétera) estén en español (y, En, Nueva York, etcétera).
- Todo artículo de revista digital que haya sido usado como referencia deberá llevar el DOI correspondiente, y los texto tomados de páginas web modificables se les añadirá la fecha de recuperación.

A continuación se ofrecen algunos ejemplos de presentación de referencias.

Libro

Skinner, B. F. (1971). Beyond freedom and dignity. Nueva York, N. Y.: Knopf.

Ayala de Garay, M. T., y Schvartzman, M. (1987). El joven dividido: La educación y los límites de la conciencia cívica. Asunción, pa: Centro Interdisciplinario de Derecho Social y Economía Política (CIDSEP).

Volumen 5, No. 16, abril-junio 2022, ISSN: 2631-2735, https://revistalex.org

Capítulo de libro

Helwig, C. C. (1995). Social context in social cognition: Psychological harm and civil liberties. En M. Killen y D. Hart (Eds.), Morality in everyday life: Developmental perspectives (pp. 166-200). Cambridge, ru: Cambridge University Press.

Artículo de revista

Gozálvez, V. (2011). Educación para la ciudadanía democrática en la cultura digital. Revista Científica de Educomunicación 36(18), 131-138.

Artículo de revista digital

Williams, J., Mark G., y Kabat-Zinn, J. (2011) Mindfulness: Diverse perspectives on its meaning, origins, and multiple applications at the intersection of science and dharma. Contemporary Buddhism 12(1), 1-18. Doi: 10.1080/14639947.2011.564811

Fuentes electrónicas

Sistema Regional de Evaluación y Desarrollo de Competencias Ciudadanas (2010). Sistema Regional de Evaluación y Desarrollo de Competencias Ciudadanas. Recuperado de: http://www.sredecc.org/imagenes/que_es/documentos/ SREDECC_febrero_2010.pdf

Ceragem. (n. d.). Support FAQ. Recuperado el 27 de julio de 2014, de: http://basic.ceragem.com/customer/customer04.asp

Frecuencia de publicación

La frecuencia de publicación es de carácter trimestral, con un volumen al año, por cuatro números, correspondiente a enero-marzo, abril-junio, julio-septiembre y octubre-diciembre.

Política de acceso abierto

La Revista de Investigación Ciencias Jurídicas Lex, en su misión de divulgar la investigación y apoyar el conocimiento y discusión en los campos de interés proporciona acceso libre, inmediato e irrestricto a su contenido de manera libre mediante la distribución de ejemplares digitales. Los investigadores pueden leer, descargar, guardar, copiar y distribuir, imprimir, usar, buscar o referenciar el texto completo o parcial de los artículos o de la totalidad de la Revista, promoviendo el intercambio del conocimiento global.

La Revista de Investigación Ciencias Jurídicas Lex, se acoge a una licencia Creative Commons (CC) de Atribución – No comercial – Compartir igual, 4.0 Internacional: “El material creado puede ser distribuido, copiado y exhibido por terceros si se muestra en los créditos. No se puede

obtener ningún beneficio comercial y las obras derivadas tienen que estar bajo los mismos términos de licencia que el trabajo original".

Para más información: http://co.creativecommons.org/tipos-de-licencias/ Las licencias CC se basan en el principio de la libertad creativa con fines académicos, científicos, culturales. Las licencias CC complementan el derecho de autor sin oponerse a este.

Derechos de autor

Al enviar los artículos para su evaluación, los autores aceptan que transfieren los derechos de publicación a la Revista de Investigación Ciencias Jurídicas Lex, para su publicación en cualquier medio. Con el fin de aumentar su visibilidad, los documentos se envían a bases de datos y sistemas de indización, así mismo pueden ser consultados en la página web de la Revista: www.revistalex.org Por último, la Revista se acoge en todo lo que concierne a los derechos de autor, al reglamento de propiedad intelectual del Centro de Investigación y Desarrollo Ecuador el cual se encuentra en la siguiente dirección: www.cidecuador.org

Principios éticos y buenas prácticas

Los artículos publicados en la Revista de Investigación Ciencias Jurídicas Lex, son sometidos al cumplimiento de los principios éticos contenidos en las diferentes declaraciones y legislaciones sobre propiedad intelectual y derechos de autor específico del país donde se realizó el estudio. Por tal motivo, los investigadores o autores de los artículos aceptados para publicar y que presentan resultados de investigaciones, deben descargar y firmar la declaración de originalidad, de cesión de derechos y de cumplimiento total de los principios éticos y las legislaciones específicas.

Antiplagio

Todos los artículos sometidos a revisión en la Revista Lex son inspeccionados por una disciplinada política antiplagio que vela por la originalidad de los artículos. Para ello se utiliza el servicio de https://plag.co/ que analizan los textos en busca de coincidencias gramaticales y ortotipográficas, lo que garantiza que los trabajos sean inéditos y que cumplan con los estándares de calidad editorial que avalen producción científica propia.
La Revista Lex como publicación que busca excelencia a nivel internacional, se inspira en el código ético del Comité de Ética de Publicaciones (COPE), dirigido a editores, revisores y autores.

Responsabilidades de los autores

Los autores de los artículos enviados a Lex certifican que el trabajo es original e inédito, que no contiene partes de otros autores ni de trabajos ya publicados por los autores. Además, confirman la autenticidad de los datos y que no han sido alterados.

- El autor no debe publicar artículos en los que se repitan los mismos resultados en más de una revista científica u otra publicación académica o de otro carácter. La propuesta simultánea a múltiples revistas científicas de un mismo trabajo es considerada éticamente incorrecta y reprobable.
- El autor debe suministrar siempre la correcta indicación de las fuentes y aportes a los que se hace mención en el artículo.
- Los autores garantizan la inclusión de las personas que han contribuido de manera científica e intelectual en la conceptualización y la planificación del trabajo como en la interpretación de los resultados y en la redacción del mismo. Al mismo tiempo se jerarquiza el orden de aparición de los autores de acuerdo a su nivel de responsabilidad e implicación.
- En caso de que el Consejo Editorial lo considere apropiado, los autores de los artículos deben poner a disposición también las fuentes o datos en los que se basa la investigación, que puede conservarse durante un período razonable de tiempo después de la publicación y posiblemente hacerse accesible.
- Todos los autores están obligados a declarar explícitamente que no hay conflictos de intereses que puedan haber influido en los resultados obtenidos o las interpretaciones propuestas. Los autores también deben indicar cualquier financiación de agencias y/o de proyectos de los que surge el artículo de la investigación.
- Cuando un autor identifica un error en su artículo, deberá inmediatamente informar a los editores de la revista y proporcionar toda la información necesaria para realizar las correcciones pertinentes. - La responsabilidad del contenido de los artículos publicados en la Revista Lex es exclusiva de los autores.

Compromisos de los revisores

La revisión por pares a doble ciego es un procedimiento que ayuda a los editores para tomar decisiones sobre los artículos propuestos y también permite al autor mejorar la calidad de los artículos enviados para su publicación. Los revisores asumen el compromiso de realizar una revisión crítica, honesta, constructiva y sin sesgo, tanto de la calidad científica como de la calidad literaria del escrito en el campo de sus conocimientos y habilidades.

El revisor que no se sienta competente en la temática a revisar o que no pueda terminar la evaluación en el tiempo programado, deberá notificar de inmediato a los editores. Los revisores se comprometen a evaluar los trabajos en el menor tiempo posible para respetar los plazos de entrega, dado que en Lex los límites de custodia de los manuscritos en espera son limitados e inflexibles por respeto a los autores y sus trabajos.

- Cada manuscrito asignado debe ser considerado como confidencial. Por lo tanto, estos textos no se deben discutir con otras personas sin el consentimiento expreso de los editores. Impugnables.

- La revisión por pares a doble ciego debe realizarse de manera objetiva. Los revisores están obligados a dar razones suficientes para cada una de sus valoraciones, utilizando siempre la plantilla de revisión. Los revisores entregarán un informe crítico completo con referencias adecuadas según protocolo de revisiones de Lex y las normativas públicas para los revisores; especialmente si se propone que el trabajo sea rechazado. Están obligados a advertir a los editores si partes sustanciales del trabajo ya han sido publicadas o están bajo revisión para otra publicación.
- Los revisores se comprometen a indicar con precisión las referencias bibliográficas de obras fundamentales posiblemente olvidadas por el autor. El revisor también debe informar a los editores de cualquier similitud o solapamientos del manuscrito con otros trabajos publicados.
- Para garantizar que el proceso de revisión sea lo más objetivo, imparcial y transparente posible, la identidad de los autores se suprime antes de ser enviados los trabajos a revisión por pares a doble ciego. Si se da el caso de que por alguna razón se ha visto comprometida la identidad de los autores, sus filiaciones institucionales o algún otro dato que ponga en riesgo la anonimidad del documento, el revisor debe notificar de inmediato a los editores.

Visibilidad

Financiada por el Centro de Investigación y Desarrollo del Ecuador (CIDE)
Publicada bajo la licencia Creative Commons

Autoarchivo

Una vez se disponga del documento en PDF editado, el autoarchivo se deposita en los sistemas de información:

- Open Journal System (OJS).
- Repositorio del Centro de Investigación y Desarrollo del Ecuador (CIDE)

Estadísticas

Lista de comprobación para la preparación de envíos

Como parte del proceso de envío, los autores/as están obligados a comprobar que su envío cumpla todos los elementos que se muestran a continuación. Se devolverán a los autores/as aquellos envíos que no cumplan estas directrices:

- Se debe adjuntar una carta de presentación del artículo dirigida al editor de la Revista de Investigación en Ciencias Jurídicas, Lex firmada por todos los autores del mismo, en la cual se indique que el documento es original, que no ha sido publicado y que no se ha presentado simultáneamente a otra revista para su publicación.

- El archivo de envío está en formato Open Office, Microsoft Word, WordPerfect.
- Siempre que sea posible, se proporcionan direcciones URL para las referencias.
- El texto tiene interlineado doble; 12 puntos de tamaño de fuente; se utiliza cursiva en lugar de subrayado (excepto en las direcciones URL); y todas las ilustraciones, figuras y tablas se encuentran colocadas en los lugares del texto apropiados (no al final).
- El texto se adhiere a los requisitos estilísticos y referenciales resumidos en las Directrices del autor, que aparecen en el enlace "Acerca de la revista".
- Se debe adjuntar, en un documento diferente, una página de presentación con los nombres de los autores, su filiación académica y los datos del autor de contacto.
- Se debe registrar en el sistema OJS todos los metadatos de cada uno de los autores del artículo (nombres completos, código ORCID, datos de contacto, formación académica, índice H, entre otros).

Aviso de derechos de autor/a

Al enviar los artículos para su evaluación, los autores aceptan que transfieren los derechos de publicación a la Revista de Investigación en Ciencias Jurídicas, Lex para su publicación en cualquier medio. Con el fin de aumentar su visibilidad, los documentos se envían a bases de datos y sistemas de indización, así mismo pueden ser consultados en la página web de la Revista: http://revistalex.org Por último, la Revista se acoge en todo lo que concierne a los derechos de autor, al reglamento de propiedad intelectual del Centro de Investigación y Desarrollo del Ecuador (CIDE), el cual se encuentra en la siguiente dirección: https://www.cidecuador.org

Declaración de privacidad

Los nombres y las direcciones de correo electrónico introducidos en esta revista se usarán exclusivamente para los fines establecidos en ella y no se proporcionarán a terceros o para su uso con otros fines. Además la Revista Lex no se hace responsable por las opiniones de juicios emitidos por los autores y resultados de sus investigaciones.

LEX

Revista de Investigación en Ciencias Jurídicas

VOLUMEN 5 NÚMERO 16
ABRIL - JUNIO 2022

ISSN: 2631-2735

CIDE

CET-BOLIVIA