



Revista de Investigación
en Ciencias Jurídicas

VOLUMEN 6 NÚMERO 22
OCTUBRE - DICIEMBRE 2023
ISSN: 2631-2735



EL DELITO

DE LA ESTAFA





Revista de Investigación
en Ciencias Jurídicas

VOLUMEN 6 NÚMERO 22
OCTUBRE - DICIEMBRE 2023
ISSN: 2631-2735



EL DELITO

DE LA ESTAFA



latindex
catálogo 2.0

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 Bernal Rojas, Universidad De Talca, Chile

COMITÉ CIENTÍFICO / SCIENTIFIC COMMITTEE

- 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 Artilles Santana, Universidad San Gregorio, Ecuador
- MSc. Simón Bolívar 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. Luz Elena Mira Olano, Tecnológico de Antioquia Institución Universitaria, Colombia
- Dr. Eudoro Echeverrri 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. Analía Soledad Márquez, Poder Judicial de Corrientes, Argentina

EQUIPO TÉCNICO / TECHNICAL TEAM

Diseñadora

Lcda. Betsabe Pari Quiñones

Diagramadora

Lcda. Alba Gil

Traductor

Dr. Emilio Arévalo

Contenido

238 **Presentación**

Investigación

240 **El principio jurídico del interés superior del menor ante la muerte de sus progenitores.**

The legal principle of the best interests of the child in the event of the death of parents.
O princípio legal do melhor interesse da criança no caso de morte dos pais.

María Angélica Cáceres Rivas; Lucero Rashel Vallejo Castillo, e Ivan Patricio Culcay Villavicencio

253 **Vulneración del consentimiento por la vinculación obligatoria a tribunales arbitrales deportivos dentro del fútbol ecuatoriano.**

Infringement of consent by the mandatory binding of sports arbitration tribunals in Ecuadorian soccer.

Violação do consentimento pela vinculação obrigatória a tribunais de arbitragem desportiva no futebol equatoriano.

Isaac Mateo Cabrera León y Luis Carpio Flores

269 **El principio de celeridad en la sustracción internacional de niños, niñas y adolescentes en Ecuador.**

The principle of celerity in the international abduction of children and adolescents in Ecuador.

O princípio da celeridade no sequestro internacional de crianças e adolescentes no Equador.

Andrea Carolina Subía Cabrera; Javier Alejandro Pinto Rodríguez, y David Isaías Jacho Chicaiza

282 **La mediación penal como instrumento de la justicia restaurativa en jóvenes adolescentes infractores.**

Criminal mediation as an instrument of restorative justice for young adolescent offenders.
A mediação penal como instrumento de justiça restaurativa para jovens adolescentes infratores.

Sandra Cecilia Puente Narváez



Contenido

296 **El delito de estafa con causa ilícita: Caso de estudio.**

The crime of fraud with unlawful cause: Case study.

O delito de fraude com causa ilícita: Estudo de caso.

Jorge Luis Villacreses Palomeque y José Manuel Villacreses Intriago

308 **Transición energética en México, retos y desafíos.**

Energy transition in Mexico, challenges.

Transição energética no México, desafios.

Nayeli Urbano Juárez

319 **Efecto de la monetización de datos personales, provenientes de plataformas digitales, sobre el derecho a la privacidad.**

Effect of the monetization of personal data from digital platforms on the right to privacy.

Juan Ricardo Alfonso Rojas; Sthefany Loriet Diaz, y Alvaro Hernando Ramírez Montúfar

333 **Currículo de autores**

337 **Políticas editoriales**

Presentación

Es un honor para nosotros presentar la vigésima segunda edición de la Revista Lex, cerrando el año 2023 con un conjunto diverso de artículos que abordan temas jurídicos de gran relevancia. En esta ocasión, nos complace compartir análisis exhaustivos sobre cuestiones legales cruciales que impactan directamente en la sociedad y el panorama jurídico actual. A continuación, destacamos los principales temas abordados en esta edición:

El principio jurídico del interés superior del menor ante la muerte de sus progenitores: Exploramos en detalle la aplicación de este principio fundamental en situaciones de extrema sensibilidad. Los autores ofrecen un análisis detenido sobre la protección legal de los menores afectados por la pérdida de sus progenitores, destacando la importancia de las leyes y políticas en la salvaguarda de su bienestar.

Vulneración del consentimiento por la vinculación obligatoria a tribunales arbitrales deportivos dentro del fútbol ecuatoriano: Enfocándonos en el ámbito deportivo, examinamos la obligatoriedad de los tribunales arbitrales en el fútbol ecuatoriano y cómo esta práctica puede vulnerar el consentimiento de los deportistas. Analizamos los límites éticos y legales de esta vinculación obligatoria, evaluando su impacto en la integridad del juego y la justicia deportiva.

El principio de celeridad en la sustracción internacional de niños, niñas y adolescentes en Ecuador: Abordamos la sustracción internacional de menores, destacando la importancia del principio de celeridad en su tratamiento legal. Los autores ofrecen una visión crítica de los mecanismos existentes y proponen reflexiones sobre cómo mejorar la eficacia de las respuestas legales ante estas situaciones delicadas.

La mediación penal como instrumento de la justicia restaurativa en jóvenes adolescentes infractores: Exploramos el papel de la mediación penal como herramienta para la justicia restaurativa en el contexto de jóvenes infractores. Los expertos analizan casos y resultados, destacando la importancia de enfoques más rehabilitadores en el sistema de justicia juvenil.

Presentación

El delito de estafa con causa ilícita: Caso de estudio: Ofrecemos un estudio detallado sobre el delito de estafa con causa ilícita, proporcionando una visión profunda de la complejidad de este tipo de delito. Los autores examinan cómo el sistema legal aborda casos específicos y proponen reflexiones sobre posibles mejoras en la prevención y persecución.

Transición energética en México, retos y desafíos: Nos sumergimos en el panorama de la transición energética en México, destacando los retos y desafíos que enfrenta el país en este proceso crucial. Los expertos ofrecen una visión panorámica de la situación actual y proponen perspectivas para avanzar hacia un futuro más sostenible.

Efecto de la monetización de datos personales, provenientes de plataformas digitales, sobre el derecho a la privacidad: Cerramos esta edición con un análisis profundo sobre el impacto de la monetización de datos personales en la era digital. Examinamos cómo esta práctica afecta el derecho a la privacidad y proponemos reflexiones sobre la necesidad de regulaciones más rigurosas para proteger la información personal de los usuarios.

En la Revista Lex, nos esforzamos por ofrecer contenidos de calidad que inspiren el debate y la reflexión en la comunidad jurídica. Agradecemos a nuestros colaboradores y lectores por su continuo apoyo, invitándolos a sumergirse en estos fascinantes análisis y contribuir al diálogo en torno a estos temas cruciales.

¡Gracias por ser parte de la comunidad Lex!



Escanea en tu dispositivo móvil
o revisa este artículo en:

<https://doi.org/10.33996/revistalex.v6i22.157>





El principio jurídico del interés superior del menor ante la muerte de sus progenitores

The legal principle of the best interests of the child in the event of the death of parents

O princípio legal do melhor interesse da criança no caso de morte dos pais

ARTÍCULO ORIGINAL

 **María Angélica Cáceres Rivas**
maria.caceres.43@est.ucacue.edu.ec

 **Lucero Rashed Vallejo Castillo**
vallejorashell@gmail.com

 **Ivan Patricio Culcay Villavicencio**
ivanculcayv@gmail.com

Universidad Católica de Cuenca. Cuenca, Ecuador



Escanea en tu dispositivo móvil
o revisa este artículo en:

<https://doi.org/10.33996/revistalex.v6i22.158>

Artículo recibido el 15 de mayo 2023 / Arbitrado el 26 de junio 2023 / Publicado el 03 de octubre 2023

RESUMEN

El principio jurídico del “interés superior del menor” es un concepto fundamental en el derecho de familia y en la protección de los derechos de los niños. El estudio tuvo objetivo analizar el principio jurídico del interés superior del menor ante la muerte de sus progenitores bajo el contexto ecuatoriano. En lo que respecta al proceso metodológico, se consideró dentro del marco de un estudio documental, sustentado en la literaturas y teorías existente, leyes y estudios jurídicos además de las regulaciones vigentes relacionadas con el principio jurídico del Interés Superior del Menor. Convirtiéndose en un estudio analítico-sintético. Como resultado se determinó la jerarquía de las normas jurídicas. El análisis de la información seleccionada permitió concluir que el principio jurídico del Interés Superior del Menor en Ecuador está orientado a garantizar el bienestar familiar, emocional y económico del menor en esta orfandad a través de los procesos de tutela o adopción.

Palabras clave: Principio jurídico; Interés superior del menor; leyes ecuatorianas

ABSTRACT

The legal principle of the “best interests of the child” is a fundamental concept in family law and in the protection of children’s rights. The objective of this study was to analyze the legal principle of the best interests of the child in the case of the death of the parents in the Ecuadorian context. Regarding the methodological process, it was considered within the framework of a documentary study, based on the existing literature and theories, laws and legal studies in addition to the current regulations related to the legal principle of the best interest of the child. It became an analytical-synthetic study. As a result, the hierarchy of legal norms was determined. The analysis of the selected information allowed concluding that the legal principle of the best interest of the minor in Ecuador is oriented to guarantee the family, emotional and economic well-being of the minor in this orphanage through the processes of guardianship or adoption.

Key words: Legal principle; Best interest of the minor; Ecuadorian laws

RESUMO

O princípio jurídico do “melhor interesse da criança” é um conceito fundamental no direito de família e na proteção dos direitos da criança. O objetivo do estudo foi analisar o princípio jurídico do melhor interesse da criança no contexto da morte dos pais no contexto ecuatoriano. Com relação ao processo metodológico, ele foi considerado no âmbito de um estudo documental, com base na literatura e nas teorias existentes, nas leis e nos estudos jurídicos, bem como nas normas vigentes relacionadas ao princípio jurídico do interesse superior da criança. Tornou-se um estudo analítico-sintético. Como resultado, foi determinada a hierarquia das normas legais. A análise das informações selecionadas levou à conclusão de que o princípio jurídico do interesse superior da criança no Equador visa a garantir o bem-estar familiar, emocional e econômico da criança órfã por meio dos processos de tutela ou adoção.

Palavras-chave: Princípio legal; Melhor interesse da criança; Leis equatorianas

INTRODUCCIÓN

El principio jurídico del “Interés Superior del Menor” es un concepto fundamental en el derecho de familia y en la protección de los derechos de los niños. Este principio establece que, en todas las decisiones, acciones judiciales o administrativas que afecten a un niño o menor de edad, se debe dar prioridad y consideración primordial a su bienestar y sus intereses por encima de cualquier otro interés, incluyendo los de los padres o tutores.

Cuando los progenitores de un menor fallecen, este principio sigue siendo aplicable. En tal situación, se busca garantizar que las decisiones tomadas en relación con el cuidado, la custodia, la educación y el entorno del menor estén enfocadas en su mejor interés. Esto puede implicar la designación de un tutor legal o la toma de otras medidas para asegurar que el menor continúe recibiendo el cuidado y la atención adecuados.

La aplicación del principio del Interés Superior del Menor puede variar según las leyes y regulaciones específicas de cada jurisdicción, pero su objetivo fundamental es asegurar que, incluso en circunstancias difíciles como la muerte de sus progenitores, el bienestar y los derechos del menor estén protegidos y priorizados en todas las decisiones legales y administrativas.

Al respecto, Anilema (2018) manifiesta que, en la historia de los derechos del menor de edad, este siempre ha sido vulnerable dentro de la sociedad, porque el sistema jurídico no estaba orientado a establecer u otorgar derechos que los protegieran y garantizarán su desarrollo integral, lo máximo a lo que se llegaba era que lo progenitores tuvieran un reconocimiento legal en materia de derechos.

Situación que, a partir de mediados del siglo XX ha ido cambiando. Este tema ha sido tratado con creciente interés por diversas instituciones como la ONU en 1989 y la UNESCO 1995; estableciendo un panorama dentro del ámbito jurídico interno de las naciones, las cuales al pesar de las décadas han mantenido una postura de reconocimiento, de protección y defensa amparados en el derecho humano de los grupos más sensibles sensible y vulnerables sujetos de derecho.

En este sentido, en muchos países se han creado leyes y políticas específicas para proteger los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Por ejemplo, la Convención sobre los Derechos del Niño establecidos por la ONU (1989) señalan que los derechos fundamentales de los menores, incluyendo el derecho a la salud, la educación, la explotación y protección contra la violencia, entre otros. Lo que, ha permitido que el sistema judicial en los países miembros haya evolucionado para proteger mejor a los menores.

En América Latina, la estructura y competencia de los tribunales especializados en casos de violencia contra menores o en conflictos familiares pueden variar de un país a otro. Sin embargo, muchos países de la región tienen sistemas judiciales que cuentan con juzgados o tribunales especializados en temas de familia, infancia y adolescencia, que se encargan de manejar casos relacionados con menores y asuntos familiares. Estos tribunales pueden tener diferentes nombres y competencias específicas, pero su objetivo principal es proteger los derechos de los niños y resolver disputas familiares de manera adecuada (UNICEF 2016).

Es fundamental reflexionar sobre lo que establece la legislación de Ecuador al respecto. En este contexto, es analizar el principio legal del Interés Superior del Menor cuando los padres fallecen en el contexto ecuatoriano (Código De La Niñez Y Adolescencia, Ley No. 2002-100; Constitución de la República Del Ecuador 2008).

Entendiendo este principio como el conjunto de acciones y procesos para garantizar un desarrollo integral y una vida digna, proveer las condiciones materiales para su bienestar. Por lo tanto, para determinar la mejor opción para un menor, se deben considerar los derechos y deberes de los parientes, o valorar el nuevo entorno de reinserción, que es la única forma de garantizar su desarrollo, por lo que su situación no debe ser estudiada aisladamente, sino en el contexto de sus interrelaciones con el Estado, la sociedad y la familia, en el marco del respeto sus derechos y las libertades, tal y como lo establece el artículo 44 de la Constitución de la República Del Ecuador (2008) y el artículo 11 Código De La Niñez y Adolescencia, Ley No. 2002-100.

MÉTODO

En lo que respecta al proceso metodológico, se realizó una investigación documental basada en la revisión de fuentes bibliográficas, utilizando un enfoque analítico-teórico y aplicando el método inductivo-deductivo con el fin de recopilar información y datos de la legislación ecuatoriana, leyes e informes relacionados con el Principio Jurídico del Interés Superior del Menor ante la muerte de sus progenitores en Ecuador, Constitución de la República del Ecuador estatus legales establecidos como la UNICEF, Unesco, Convención sobre los Derechos del Niño establecidos por la ONU.

El análisis se estructuró en tres etapas. La primera consistió en identificar la pregunta de investigación en relación con los problemas observados en la partición judicial, lo que permitió establecer el objetivo de la investigación. Luego, se llevó a cabo una búsqueda exhaustiva de fuentes en diversas bases de

datos, sitios web oficiales, libros y otros documentos, se organizó y clasificó esta información en una matriz utilizando un formato de registro de fuente con la aplicación Excel como segunda fase. En la tercera fase, se categorizaron las variables analizadas, que incluyeron como ser la custodia y cuidado de los menores, herencia y sucesión, protección legal de menores, adopción y tutela. Finalmente, se sintetizaron y analizaron las fuentes consultadas para formular conclusiones sobre el problema de la demora en la partición judicial.

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

Los derechos de los niños, niñas y adolescentes han sido por mucho tiempo un tema, aunque de debate muy descuidado en el sistema jurídico. Sin embargo, en la actualidad, hay un mayor reconocimiento a la importancia de proteger a los menores y garantizar su desarrollo integral. Sin duda alguna, a lo largo de la historia, el interés superior del infante ha sido tema de conversación social. Al respecto López (2001) manifiesta que, ya en la antigua Roma se distinguían una pluralidad de edades como infantes, hasta los siete años, considerados eran incapaces de realizar actos jurídicos; impúberes *infantia maiore*, eran niños con edades comprendidas entre siete y catorce años y eran vistos como hombres o mujeres y se les reconocía un mínimo de capacidad para ejecutar acciones que les representara un beneficio patrimonial; los púberes, que iba desde los catorce a los veinticuatro, a lo que se consideraba plenamente capaces para contraer matrimonio y para testar, y los mayores de veinticinco años, contaban con absoluta capacidad para obrar, no obstante esta mayoría de edad se estaba supeditada a la situación familiar; ya que, se hacía distinción entre dos hijos como Los *sui iuris*, que eran plenamente capaces, y los *alienni iuris*, que quedaban sometidos al *pater familias*, carecían de independencia jurídica y su capacidad estaba totalmente restringida. La patria potestad romana podía durar toda la vida, independientemente de la edad de los *filia*.

En este sentido, es importante destacar que desde los tiempos antiguos se distinguen claramente quienes son los menores, y pues de forma tácita se entiende que es toda persona de poca edad, que requiere cuidado de su familia para su desarrollo. Al realizar una revisión de la conceptualización sobre lo que es un menor de edad, el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico (2023) refiere como concepto general que no ha alcanzado la mayoría de edad. El Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (2016) conocida por siglas como UNICEF afirma que es toda persona menor de 18 años, aunque hace la salvedad que esto puede variar de acuerdo a la ley que le sea aplicable, reconociendo que algunos países y de acuerdo a las circunstancias un adolescente puede alcanzar la mayoría de edad

antes de llegar a los 18 años, la ONU (1989) establece como menor de edad toda persona menor de dieciocho años y el Código Civil (2005) en su artículo 21 señala que el menor de edad es todo individuo que no ha cumplido los dieciocho años de edad.

Dentro de lo que se ha definido como menor, desde el patrocinio constitucional se entiende que menor es toda persona que no ha cumplido su mayoría de edad y en el caso de fallecimiento de sus progenitores se encuentran en situación de doble vulnerabilidad es por ello que se le respalda en el Art. 35.- de la Constitución de la República del Ecuador (2008) que afirma que las personas adultas mayores, menores de edad, mujeres embarazadas, discapacitadas, privadas de libertad y que adolezcan de enfermedades graves o complejas, tendrán derecho al acceso organismos tanto públicos y privados para una atención prioritaria y especializada. La misma atención prioritaria recibirán las personas que se encuentren en situación de riesgo, las víctimas de violencia doméstica y sexual, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos. El Estado brindará especial atención y protección a las personas en condición de vulnerabilidad.

El significado jurídico de la edad se comprende fácilmente cuando se considera que esta es una razón general y universal a la que están sujetos todos los hombres y que la edad determina el momento en que pueden ejercerse los derechos, cuanto más trascendente, más difícil es de afirmar, porque entonces se refiere a acciones en las que aparecen todo tipo de intereses y que alientan todo tipo de pasiones.

Referente a lo que es Interés Superior del Menor, se define de acuerdo a lo planteado por la ONU (1989) como un conjunto de acciones y procesos destinados a velar o garantizar el desarrollo integral y una vida digna con condiciones materiales y afectivas que permitan que el menor este en completo bienestar físico y mental. Al respecto, la UNESCO (1995) agrega que el Interés Superior del niño debe estar orientado a garantizar el derecho del menor a participar y a expresar sus ideas y opiniones, al pleno ejercicio de su libertad de conciencia y a participar activamente en la comunidad a través de la libertad de asociación y expresión. Y la UNICEF (s/f) y Buaiz (2005) señala que es un principio dirigido a equilibrar y buscar el mejor bienestar y protección integral de los niños y adolescentes; lo que, significa que todas las instituciones bien sea públicas, privadas, judiciales, administrativas, legislativas y/o cualquier otra que preste servicios a menores edad deben tener presente los derechos del menor, de tal manera que toda decisión o medida este orientada a equilibrar, propiciar u optimizar el bienestar y protección integral de los menores de edad.

Se trata de una garantía en la que los menores poseen el derecho de que se promuevan y protegen sus derechos, en otras palabras, es un derecho, un principio y una norma de procedimiento que busca sobreponer intereses del menor sobre cualquier cuestión que le afecta, ser interpretado a través de la norma jurídica y tomar decisión en cuanto a los menores en las que determine como resultado un bienestar integral y un derecho a una vida digna. En cuanto a la norma ecuatoriana es importante mencionar que en el Art 11 del Código de la Niñez y Adolescencia (2003), menciona que es un principio que está orientado al ejercicio efectivo de los derechos del menor y las autoridades tienen la obligación de afinar sus decisiones para su cumplimiento.

La ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989) supuso un avance progresivo en la protección de los derechos de los menores, que fueron objeto de numerosas violaciones hasta el siglo XX, y que ahora se están extendiendo a gran escala ya que varios Estados partes de esta convención a reducir y eliminar posibles violaciones de los derechos humanos de los niños. Desde luego, la activación de la Convención ha llevado al reconocimiento y respeto de los instrumentos jurídicos aceptados por muchas leyes del mundo con el fin de desarrollar políticas públicas para la protección de los derechos de la niñez y para proteger a los menores de todas las formas de amenazas o violaciones de sus derechos fundamentales, en última instancia; los padres, las instituciones del Estado y la sociedad tienen la obligación de ayudarlos a ejercer sus derechos. En cuanto a la positivización de estos derechos, las afectaciones al Interés Superior de los Menores pueden manifestarse en situaciones de abandono, falta de acceso a derechos fundamentales, situaciones de violencia o abuso, aislamiento social, dificultades para mantener su bienestar emocional y/o fallecimiento de los progenitores.

Estas circunstancias de riesgo, pueden requerir medidas especiales por parte de las autoridades competentes, se entiende por menor, como ya se ha mencionado a todo individuo menor a 18 años, todo esto es de acuerdo a los derechos reconocidos en la Constitución, por otra parte, los menores se encuentran considerados dentro de un grupo vulnerable, que tiene prioridad de amparo para su crecimiento y desarrollo. Para ello, es importante enfatizar cuál es el estado de vulnerabilidad y porque afecta directamente al menor, que les genera y a que se exponen cuando no existe la intervención de un Estado garantista.

En torno al estudio del interés superior del menor, un punto importante es la familia; al respecto, es oportuno destacar lo planteado por Lares y Rodríguez (2021) quienes señalan a la familia nuclear como la unidad básica conformada por esposa, esposo e hijo(s), estos últimos incluyen tanto los procreados como los adoptados. La familia al ser tocada por el fallecimiento de alguno o ambos padres dejando

a menores en total estado de orfandad, pero quedando los abuelos vivos como fue muchas de las familias durante la pandemia por COVID-19, donde muchos abuelos superaron el mal de este suceso y en algunos casos se quedaron a cargo de sus nietos. Respecto a esta pandemia, la Organización Mundial de la Salud (2023) declaró el 13 de mayo 2023 el fin de la emergencia sanitario que se había declarado en marzo del 2020.

Sin embargo, de acuerdo a lo señalado por Coronel (2020) este no ha sido el único suceso de este tipo a lo largo de la humanidad, la historia señala que ha habido varias enfermedades; resaltando una de ellas que afectó una sociedad de manera considerable fue la gripe española conocida también Influenza virus A subtipo H1N1 la misma que se vivió en los años de 1918-1920 con síntomas similares a la pandemia por COVID-19, con una tasa de mortalidad sumamente elevada. Cuya pandemia dio origen cuatro años después de su culminación a la Declaración de Ginebra en el año 1924 protegiendo los derechos del niño por la gran cantidad de huérfanos. Luego de esto, y tras pasar veintiún años, se dio en San Francisco en 1945 la creación de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) lo que dio paso de forma diplomática al nacimiento a una organización dedicada a la salud y en 1948 surge la Organización Mundial de la Salud (OMS). En el caso de Ecuador el Interés Superior del menor se salvaguarda a través de los establecido en el Código Civil (2005) y Código del Niño y Adolescente, que son herramientas jurídicas de respaldo a la integridad física, moral y psicológica ante circunstancias de riesgo que requieran medidas especiales, como por ejemplo la pérdida de uno o de ambos progenitores.

El menor ante la muerte de sus progenitores se encuentra en estado de orfandad, incapaz de valerse por sí mismo, son incapaces de actuar en el mundo jurídico, deben hacerlo a través de la interpuesta de una persona; es decir, por medio de un representante legal. En el caso de los menores de edad (niños y adolescentes) los representantes naturales son los progenitores en ejercicio de la patria potestad. A falta de estos y también para el caso de incapacidad, esta representación es concedida a los guardadores. En Ecuador las guardas se catalogan en tutelas destinadas a los menores de edad o curatelas para los demás interdictos; es decir, por medio de un representante legal.

En el derecho ecuatoriano, tanto las tutelas como las curatelas pueden ser establecidas de tres maneras diferentes: testamentarias, legítimas o dativas. Las guardas, por otro lado, solo pueden ser ejercidas por personas naturales, lo que significa que las personas jurídicas sin ánimo de lucro no pueden actuar como tutores o curadores en Ecuador, a menos que esté específicamente permitido en sus estatutos. Cualquier persona capaz puede ejercer el cargo de tutor, a menos que la ley lo prohíba expresamente. Sin embargo, es importante tener en cuenta que el Código Civil (2005) en el artículo 398

establece que el cargo de tutor es obligatorio, excepto para aquellas personas a las que se les permite excusarse.

Es oportuno destacar que, dentro de la legislación ecuatoriana, la figura del tutor es esencial para proteger los intereses de los menores de edad o de personas que, por diversas razones, no pueden defenderse por sí mismas. Es por ello que, en este país, se han establecido ciertas restricciones para aquellas personas que pueden ejercer este cargo.

La primera restricción radica en que se prohíbe que la tutela pueda ser cedida al padrastro o madrastra sobre su hijastro/a, ocasionado por un conflicto de intereses que puede afectar la imparcialidad que se requiere en esta función. Además, los acreedores o deudores del pupilo no pueden ejercer la tutela, salvo que hayan sido nombrados en el testamento del fallecido y se hayan cumplido ciertos requisitos. Otra restricción es que se establece que no podrán ser tutores los miembros de la Policía ni de las Fuerzas Armadas en servicio activo, así como los médicos, cirujanos y otros profesionales vinculados a los cuerpos de línea o a las naves del Estado. Asimismo, se prohíbe la tutela para aquellos ciudadanos con cargos o comisión de largo tiempo fuera del territorio ecuatoriano. Por último, se determina que aquellos que hayan ejercido la tutela o curatela del pupilo por más de diez años pueden excusarse de continuar ejerciendo este cargo, salvo que se trate de sus ascendientes. Todas estas restricciones tienen como objetivo garantizar que la tutela se ejerza de manera imparcial y en beneficio del pupilo.

En Ecuador, el juez tiene la facultad de establecer las medidas de vigilancia y control que considere necesarias en beneficio del tutelado, tanto al momento de constituir la tutela como en un momento posterior. Además, el juez puede exigir al tutor que proporcione información sobre la situación del pupilo y la administración del patrimonio en cualquier momento. Después del nombramiento del tutor, el juez requerirá que se realice un inventario solemne de los bienes del menor. Es obligatorio para todo tutor presentar una fianza que garantice el cumplimiento de sus obligaciones, y es el juez quien determinará la modalidad y cantidad de la misma. Solo se exceptúan de esta obligación los ascendientes y los tutores que sean personas de conocida probidad y con suficientes facultades para responder por los bienes del tutelado en caso de que éste tenga pocos bienes. Es importante cumplir con estos requisitos para garantizar la protección y el bienestar del tutelado.

El tutor siempre ejercerá el cargo bajo la supervisión del Ministerio Público, que es el ente que actúa de oficio o a instancia de cualquier interesado, con especial atención a los casos de menores de edad. Éste podrá solicitar al tutor en el momento que considere que le informe sobre la situación del

menor y de las condiciones o detalles de la administración de la tutela. Es este punto, es importante mencionar que, el adolescente puede solicitar ante el Juez a quien desee como su tutor y este tiene la obligación de aceptarlo si es persona idónea de acuerdo a lo establecido en el artículo 459 del Código Civil.

Sin perjuicio de lo expresado hasta ahora, de igual manera se debe exigir la autorización judicial expresa para las siguientes actuaciones del tutor expresadas en el Código Civil (2005) y en los siguientes artículos: 1. Art. 297 enajenar o gravar bienes inmuebles, objetos preciosos y valores mobiliarios del tutelado; 2. Art. 422 el tutor No podrá repudiar la herencia del pupilo, ni aceptarla sin beneficio de inventario; 3. Art.1343 para proceder a la participación de la herencia o división de los bienes que el pupilo posee por indiviso. 4. Art. 5. 432 arrendar predios rústicos por tiempo superior a ocho años y predios urbanos por más de cinco años, de cualquier forma, el tutor no podrá nunca arrendar el mismo estos bienes. 6. Art. 437 ejecutar cualquier acto o contrato que directa o indirectamente tengan interés el tutor. 7. 435. Reembolsar los gastos que se haya ejecutado en beneficio del menor con los intereses estipulados en la ley. En caso de que el menor sea deudor del tutor a título de legado, fideicomiso, o cualquier otro, es necesario que la posesión ejecute al tutor por medio de los otros tutores o curadores generales en caso de que lo hubiera a través del juez.

Es importante destacar que antes de autorizar o aprobar cualquiera de estos actos, el Juez oír al tutelado, de acuerdo a lo planteado en el Art. 45 de la Constitución de la República del Ecuador (2008) y Art. 60 del Código de Niñez y Adolescencia que consagra el derecho del menor a ser escuchado en todos los asuntos que les compete y recabará los informes que le sean solicitados o considere pertinentes.

Asimismo, es válido mencionar las obligaciones del tutor en torno al tutelado; este, debe velar por su: 1. Integridad física y sus bienes; 2. Procurarle alimentación; 3. Educarlo integralmente y proveerles todos los bienes necesarios para su educación y 4. Mantener al Juez informado sobre su estado. Del mismo modo, se expresan a continuación las circunstancias por las que la tutela queda suspendida o sin efecto: 1. Cuando el tutelado alcanza la mayoría de edad, a menos que sea declarado con anterioridad judicialmente con alguna incapacidad. 2. Por la adopción del tutelado de acuerdo a lo establecido en el artículo 160 del Código de Niñez y Adolescencia y 3. Que contraiga matrimonio antes de la mayoría de edad. 4. Por fallecimiento del tutelado. 4. Por remoción del cargo decretado por alguna de las causas expresas en el artículo 558 del Código Civil. 5. Privación de libertad del tutor. Asimismo, vale la pena destacar que el tutor al finalizar en sus funciones está en la obligación de rendir cuenta general justificada de su administración ante el juez que lo designó.

Otra de las formas con las cuenta el Sistema Judicial ecuatoriano para velar por Interés Superior del Menor es través del proceso de adopción, que de acuerdo a lo planteado en el artículo 151 del Código de la Niñez y Adolescencia (2002) tiene como propósito garantizar una familia idónea, permanente y definitiva al menor siempre que esté en aptitud social y legal para ser adoptados siendo una de las causas para que el menor pase por un el proceso de adopción según lo establecido en el artículo 158 la orfandad. Asimismo, en el artículo 159 se establece que el adoptante debe contar con salud física y mental que le permita ejercer la paternidad o maternidad, disponer de recursos económicos que permita cubrir las necesidades del adoptado.

En definitiva, la adopción es un proceso legal en el cual se establece una relación filial entre una persona que desea adoptar a un menor y el menor que será adoptado. En Ecuador, este proceso está regulado por el Código de la Niñez y Adolescencia, el cual establece que el interés superior del menor es la consideración primordial en cualquier decisión que se tome en relación a su bienestar.

En el proceso de adopción, se busca garantizar que el menor tenga acceso a un ambiente familiar seguro y estable, donde pueda desarrollarse física, emocional y psicológicamente de manera adecuada. Para lograr esto, se realizan diferentes estudios y evaluaciones para determinar si la persona que desea adoptar al menor es apta y tiene las condiciones necesarias para brindarle un ambiente adecuado.

Es importante tener en cuenta que el proceso de adopción no solo se enfoca en los derechos de la persona que desea adoptar, sino también en los derechos del menor que será adoptado. Por lo tanto, se busca asegurar que este tenga acceso a una familia que pueda brindarle amor, cuidado y educación de calidad.

En definitiva, el Interés Superior del Menor es un factor fundamental en el proceso de adopción en Ecuador. Se busca garantizar que los niños y adolescentes tengan acceso a un ambiente familiar seguro y estable, donde puedan desarrollarse adecuadamente. Por lo tanto, es importante seguir las regulaciones establecidas en el Código de la Niñez y Adolescencia para asegurar que se protejan los derechos del menor en todo momento sobre todo en los estados de vulnerabilidad.

DISCUSIÓN

Lo expresado en el apartado de resultados es la esencia y espíritu del Principio de Interés Superior del Menor en Ecuador; el cual, se desarrolla de acuerdo a lo planteado en su ordenamiento jurídico. En este sentido, el cumplimiento de las normativas constitucionales relacionadas con los derechos de los niños, niñas y adolescentes en el Código de la Niñez y la Adolescencia promulgado en el 2003 se establece como máxima la protección integral del menor; en donde se tipifica que, el Estado, la sociedad y la familia deben garantizar al menor que reside en Ecuador su desarrollo integral y el disfrute pleno de sus derechos enmarcado en la libertad, dignidad y equidad.

En consecuencia, el estado ecuatoriano regula el goce y ejercicio de los derechos, deberes y responsabilidades del menor de edad y los medios para hacerlos efectivos, para garantizar y protegerlos de acuerdo al principio del interés superior de la niñez y adolescencia establecidas tanto en el Código de la Niñez y la Adolescencia (2003) como el Código Civil. En Ecuador el interés superior del infante y el adolescente es un principio destinado a la satisfacción del ejercicio efectivo de sus derechos. Por ello, exige a todas las autoridades: administrativas, judiciales, instituciones públicas y privadas, ajustar y coordinar sus decisiones y acciones para tal cumplimiento. Asimismo, el código señala que, el interés superior del menor es un principio de interpretación y que bajo ningún concepto nadie podrá invocarlo en contra de la norma y sin escuchar previamente la opinión del menor involucrado, siempre que este se encuentre en condiciones de expresarla.

De igual modo el Código Civil (2005) ecuatoriano se pronuncia en el caso de que los padres se encuentran inhabilitados como es el caso de orfandad un juez podrá confiar el cuidado del menor a otra persona o personas idóneas bajo la figura tutelas o adopción. Es importante destacar que en la elección de estas personas la ley establece que es preferible los consanguíneos más próximos, y, sobre todo, a los ascendientes, los abuelos, por ejemplo. El Código Civil de Ecuador (2005) reconoce la importancia de garantizar el bienestar y la seguridad de los niños cuyos padres no pueden cuidarlos debido a una discapacidad u otras circunstancias desafortunadas como la orfandad. En tales casos, la ley otorga a un juez la facultad de determinar la tutela o adopción del menor. Un aspecto crucial a considerar en el proceso de selección es la preferencia por parientes consanguíneos cercanos, particularmente ascendientes como los abuelos, por ejemplo.

Es evidente que, el Estado ecuatoriano trabaja por salvaguardar un sistema legislativo sistémico y sistemático, que responda al principio de Interés Superior del menor como expresión de las garantías

de sus derechos. Este principio es un concepto fundamental arraigado en el derecho internacional de los derechos humanos, particularmente expresado en la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), que Ecuador ratificó en 1990. Lo que, pone de manifiesto el entendimiento de que los niños y los adolescentes son más vulnerables y requieren mayor protección y de cuidados especiales para asegurar su bienestar y desarrollo integral.

CONCLUSIONES

A través de este estudio se pudo determinar con relación al Interés Superior del Menor en el sistema judicial ecuatoriano que al fallecer los padres, considerando la legislación nacional e internacional el Estado debe garantizar el bienestar familiar, emocional y económico del menor que queda en orfandad a través de los procesos de tutela o adopción. En el caso lamentable de la muerte de los padres, el sistema judicial ecuatoriano otorga como medida primordial velar por el interés superior del menor. Este enfoque está en consonancia con la legislación que rige los derechos y la protección de los niños, a saber, la Constitución de la República Del Ecuador (2008), el Código Civil (2005) y el Código de la Niñez y la Adolescencia (2003), así como de organismos internacionales tales, como la UNESCO, la UNICEF, la ONU y la OMS. En Ecuador, el bienestar integral del niño y el adolescente es priorizado por el sistema judicial en caso de fallecimiento de los padres. Este enfoque tiene sus raíces en la legislación tanto internacional como nacional, todas dirigidas a salvaguardar el interés superior del menor.

Para finalizar, es menester de las autoridades competentes garantizar el principio de bienestar integral de niño, niña y adolescente, el cual, establece que cualquier decisión o medida que se tome en relación a un menor debe tener en cuenta su bienestar y protección integral. En el caso de la muerte de los progenitores, este principio, garantizará situaciones de vulnerabilidad, protegerá, y cuidará de manera especial al menor. Por ello, se recomienda que ante la muerte de ambos progenitores se aborde la situación desde una perspectiva legal y humanitaria para poder establecer consolidar el bienestar del menor afectado. Por ello, es necesario garantizar y conocer las normas establecidas en la legislación en relación al sistema judicial ecuatoriano a fin de construir el bienestar integral pleno del menor.

CONFLICTO DE INTERESES. Los autores declaran que no existe conflicto de intereses para la publicación del presente artículo científico.

REFERENCIAS

- Anilema, R. (2018). *El principio de interés superior de niños, niñas y adolescentes, en los procesos jurídico-administrativos de la adopción internacional en el Ecuador*. [Proyecto de Investigación]. Pontificia Universidad Católica del Ecuador Ambato. <https://repositorio.pucesa.edu.ec/handle/123456789/2519>
- Buaziz, Y. (2005). *Todos tienen derechos*. UNICEF. <https://www.unicef.org/venezuela/media/1146/file/Todos%20los%20nin%C3%B1os%20y%20ni%C3%B1as%20tienen%20derechos.pdf>
- Código Civil. (22 de mayo de 2015) Congreso Nacional de Ecuador: La Comisión de Legislación y Codificación. Registro Oficial 506. https://www.registrocivil.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2017/05/Codificacion_del_Codigo_Civil.pdf.
- Código de la Niñez y Adolescencia. (3 de enero del 2003). Congreso Nacional de Ecuador. Ley No. 100 en Registro Oficial. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9503.pdf>
- Constitución de la República del Ecuador. (13 de julio de 2008). Decreto Legislativo. Registro Oficial 449. https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf
- Coronel, M. (2020). *Análisis de la Valoración de la tenencia del niño (a) favor de los abuelos en casos de pandemia Covid-19, región Arequipa 2020*. [Tesis de grado] Universidad Cesar Vallejo. <https://repositorio.ucv.edu.pe/handle/20.500.12692/71336>
- Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño. 28 de febrero de 1924. <https://n9.cl/roua>
- Kitchenham, B. (2004). Procedures for performing systematic reviews. *Keele, UK, Keele University*, 33(2004), 1-26. <https://n9.cl/5k0jh>
- Lares, R. Rodríguez, L. (2021). Hacia un nuevo concepto de familia: la familia individual. *Revista digital FILHA* 24, 1-15. <http://148.217.50.3/jspui/handle/20.500.11845/2219>
- López, R. (2001). *La capacidad contractual del menor*. Editorial Dykinson. <https://www.dykinson.com/libros/la-capacidad-contractual-del-menor/9788481558098/>
- ONU (1989). *Convención sobre los Derechos del Niño de la Organización de la Naciones Unidas*. <https://www.unicef.org/venezuela/informes/convenci%C3%B3n-sobre-los-derechos-del-ni%C3%B1o>
- ONU (2023). *Se acaba la emergencia por la pandemia, pero la COVID-19 continúa*. <https://www.paho.org/es/noticias/6-5-2023-se-acaba-emergencia-por-pandemia-pero-covid-19-continua>
- Real Academia Española (2023). *Diccionario panhispánico del español jurídico*. <https://dpej.rae.es/lema/menor-de-edad>.
- UNESCO (1995). *La Convención sobre los Derechos del Niño para Niños de 12 a 16 años (II)*. <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000231442>
- UNICEF (2016). *Las edades mínimas legales y la realización de los derechos de los y las adolescentes: Una revisión de la situación en América Latina y el Caribe*. <https://www.unicef.org/lac/media/6766/file/PDF%20Edades%20m%C3%ADnimas%20legales.pdf>
- UNICEF (s/f). *Interés superior del menor*. <https://n9.cl/6znjj>





Vulneración del consentimiento por la vinculación obligatoria a tribunales arbitrales deportivos dentro del fútbol ecuatoriano

Infringement of consent by the mandatory binding of sports arbitration tribunals in Ecuadorian soccer

Violação do consentimento pela vinculação obrigatória a tribunais de arbitragem desportiva no futebol equatoriano

ARTÍCULO ORIGINAL

 **Isaac Mateo Cabrera León**
iccabrera1421@gmail.com

 **Luis Carpio Flores**
lucarlo@hotmail.com

Universidad Católica de Cuenca. Cuenca, Ecuador



Escanea en tu dispositivo móvil
o revisa este artículo en:

<https://doi.org/10.33996/revistalex.v6i22.159>

Artículo recibido el 5 de septiembre 2023 / Arbitrado el 21 de septiembre 2023 / Publicado el 03 de octubre 2023

RESUMEN

El Derecho Deportivo ecuatoriano, presenta conflictos ante incumplimientos contractuales que se derivan entre las relaciones clubes-jugadores, la utilización del arbitraje es usada como mecanismo para la resolución de disputas, estableciendo en los contratos esta regulación. Para ello, es necesario analizar las cláusulas de los contratos deportivos en el fútbol ecuatoriano que obligan a jugadores y clubes profesionales a someterse a tribunales de arbitraje deportivos en caso de configurarse un conflicto. El estudio se llevó a cabo, bajo un enfoque cualitativo, de análisis descriptivo de tipo documental; fueron analizadas dos cuestiones en derecho como lo es el Consentimiento en los Contratos y la Teoría del Negocio Jurídico; y la Jurisprudencia sobre Casos en el Derecho Deportivo de Fútbol. Se concluye en que los contratos deportivos de fútbol prescriben cláusulas arbitrales predispuestas de índole obligatoria, que desnaturalizan el consentimiento como elemento fundamental del negocio jurídico, afectando así a jugadores profesionales que desempeñan su labor dentro de territorio ecuatoriano.

Palabras clave: Derecho deportivo; Futbol, Clausulas de Consentimiento en los Contratos; Arbitraje deportivo; Jurisprudencia

ABSTRACT

Ecuadorian sports law presents conflict in the event of contractual breaches arising from club-player relations, the use of arbitration is used as a mechanism for dispute resolution, establishing this regulation in the contracts. For this purpose, it is necessary to analyze the clauses of sports contracts in Ecuadorian soccer that oblige players and professional clubs to submit to sports arbitration tribunals in the event of a conflict. The study was carried out under a qualitative approach, descriptive analysis of documentary type; two issues were analyzed in law such as the Consent in Contracts and the Theory of the Legal Business; and the Jurisprudence on Cases in the Sports Law of Soccer. It is concluded that soccer sports contracts prescribe arbitration clauses of a mandatory nature, which denaturalize consent as a fundamental element of the legal business, thus affecting professional players who perform their work within the Ecuadorian territory.

Key words: Sports Law; Soccer, Consent Clauses in Contracts; Sports Arbitration; Jurisprudence

RESUMO

O Direito Desportivo equatoriano apresenta conflitos em caso de descumprimentos contratuais decorrentes das relações clube-jogador, o uso da arbitragem é utilizado como mecanismo de solução de controvérsias, estabelecendo essa regulamentação nos contratos. Para tanto, é necessário analisar as cláusulas dos contratos esportivos no futebol equatoriano que obrigam jogadores e clubes profissionais a se submeterem a tribunais de arbitragem esportiva em caso de conflito. O estudo foi realizado sob um enfoque qualitativo, análise descritiva de tipo documental; foram analisadas duas questões de direito, como o Consentimento nos Contratos e a Teoria do Negócio Jurídico; e a Jurisprudência sobre Casos no Direito Esportivo do Futebol. Conclui-se que os contratos esportivos de futebol prescrevem cláusulas de arbitragem de caráter obrigatório, que desnaturalizam o consentimento como elemento fundamental do negócio jurídico, afetando, assim, os jogadores profissionais que realizam seu trabalho no território equatoriano.

Palavras-chave: Direito esportivo; Futebol; Cláusulas de consentimento em contratos; Arbitragem esportiva; Jurisprudência

INTRODUCCIÓN

El derecho deportivo en Ecuador está regulado por varias leyes, reglamentos y normativas específicas. Estas regulaciones establecen los procedimientos para resolver conflictos relacionados con el deporte, como disputas entre deportistas, clubes, federaciones deportivas y otras partes interesadas. A lo largo de los años, ha existido un desarrollo normativo procesal que ha devengado en la existencia de varios mecanismos jurídicos de resolución de conflictos, en este sentido y en virtud de avances normativos contemporáneos, se ha podido evidenciar que el arbitraje es usado como un medio alternativo a la solución de conflictos, convirtiéndose en un elemento de gran ayuda frente a aquel cúmulo de controversias que pueden ser resueltas por medio de la transacción deportiva.

En lo que respecta, el fútbol, también presenta conflictos ante incumplimientos contractuales que se derivan entre las relaciones clubes-jugadores, para tal efecto, la utilización del arbitraje es utilizada como un mecanismo de resolución de disputas, pero más que un mecanismo se ha vuelto una obligación dentro de las cláusulas de los contratos deportivos de los clubes de Fútbol.

Es por ello, que en el fútbol profesional de Ecuador abordan las disputas relacionadas con los equipos y jugadores. Se menciona que existen mecanismos nacionales e internacionales para resolver estas disputas. Además, hay problemas que pueden surgir entre las directivas de los equipos y los jugadores los cuales podrían estar relacionados con asuntos contractuales, disciplinarios o financieros. Por eso, utilizan procedimientos de arbitraje para resolver disputas, en lugar de recurrir a los tribunales judiciales convencionales. Debido a que el TAS actúa como un tribunal independiente de las federaciones, asociaciones, confederaciones u otras organizaciones deportivas porque actúa como un medio imparcial y neutral para resolver disputas en el ámbito contractual deportivo. Esto implica que las partes involucradas pueden recurrir al TAS para resolver conflictos en un entorno justo y libre de influencias externas (Vela, 2021).

En Ecuador la Ley del Futbolista Profesional (2001) en su artículo 37 determina que, ante todo conflicto contractual entre el jugador y el club deportivo, deberá recurrirse de forma inmediata al Tribunal Arbitral Especial de la Federación Ecuatoriana de Fútbol, esto trae como consecuencia la limitación y el acceso por la vía judicial ordinaria como derecho constitucional establecido, debido a que vincula a los clubes y jugadores a establecer en sus contratos de fútbol la obligatoriedad del arbitraje como medio alternativo de solución de conflictos.

Una de las características fundamentales del arbitraje, radica en el hecho de que el mismo es voluntario, por consiguiente, si se impone la obligatoriedad en las cláusulas de los contratos deportivos de clubes dentro de los negocios jurídicos se estaría afectando de forma directa al consentimiento como elemento esencial del contrato, lo cual podría acarrear la nulidad de la cláusula arbitral en el negocio jurídico, ya que no necesariamente la misma englobaría la voluntad de las partes contratantes.

Por tanto, existe un marco contextual que justifica la necesidad de realizar un análisis normativo nacional y doctrinal, por ejemplo, el Tribunal Arbitral del Deporte (TAS) el cual tiene la autoridad para resolver disputas relacionadas con equipos de fútbol profesional en Ecuador. Esta sumisión al arbitraje es resultado del consentimiento requerido y forzado, establecido por organismos internacionales que regulan el fútbol profesional, y que han generado que la misma Ley de Fútbol Profesional en Ecuador acoja dichas disposiciones arbitrarias (Vela, 2021).

Esta es la razón por la cual, el arbitraje deportivo, en particular el ejercido por el Tribunal Arbitral del Deporte (TAS), ha enfrentado críticas debido a la pérdida del elemento esencial del consentimiento. Esta falta de consentimiento hace que las partes cuestionen las atribuciones del TAS, la seguridad legal y su imparcialidad (Vela, 2021). Por lo tanto, el presente estudio tiene la finalidad de analizar las cláusulas de los contratos deportivos en el fútbol ecuatoriano que obligan a jugadores y clubes profesionales a someterse a tribunales de arbitraje deportivos en caso de configurarse un conflicto.

MÉTODO

Para el análisis de la información se construyó una investigación documental, bajo el enfoque cualitativo, con diseño descriptivo interpretativo. Esta metodología permitió abordar de manera integral el objetivo proporcionando una comprensión profunda de cómo las cláusulas de arbitraje pueden influir en el consentimiento de los contratos deportivos de fútbol, contribuyendo así al desarrollo y clarificación de este tema en el ámbito jurídico y deportivo. Con relación al análisis se consideraron dos aspectos como lo es:

El Consentimiento en los Contratos y la Teoría del Negocio Jurídico. En esta etapa, se llevó a cabo una revisión exhaustiva de la literatura académica especializada en el ámbito del Derecho Civil, centrándose en el concepto del consentimiento como elemento esencial en la formación de contratos. Fueron analizadas y relacionada teorías y enfoques relevantes relacionados con el consentimiento y cómo se aplica éste en los contratos de los clubes deportivos. Esto permitió establecer una base sólida para

entender el papel fundamental del consentimiento en las transacciones legales y contractuales dentro del derecho deportivo.

Jurisprudencia sobre Casos en el Derecho Deportivo de Fútbol. En esta fase, se llevó a cabo un análisis detallado de casos judiciales en el ámbito del Derecho deportivo de fútbol en los que las cláusulas de arbitraje han sido objeto de controversia. Se presenta especial atención a los casos, en donde fue alegado el consentimiento para someterse a tribunales de arbitraje deportivo. Se revisaron sentencias y decisiones judiciales relevantes para identificar patrones y tendencias en la jurisprudencia en relación con este tema.

Posteriormente, para construcción de análisis fueron consideradas las siguientes etapas:

Recolección de Fuentes: fueron recopilados libros, leyes, casos de jurisprudencia, dentro la legislación ecuatoriana y el sistema de arbitraje internacional, para fundamentar los conceptos de consentimiento en contratos y teoría del negocio jurídico, así como casos de jurisprudencia en Derecho deportivo de fútbol relacionados con las cláusulas de arbitraje.

Análisis documental: después de la clasificación de las fuentes recopiladas se estableció la unidad análisis con la construcción de tres categorías: a). Elementos esenciales del negocio jurídico y su especial análisis en el consentimiento y sus características; b). Arbitraje como una forma alternativa de dirimir controversias en la normativa ecuatoriana, y c). La obligatoriedad del arbitraje en los contratos deportivos de fútbol y su incidencia en el consentimiento contractual.

Identificación de Patrones y Tendencias: fueron comparado los hallazgos de la literatura académica con los casos de jurisprudencia identificados. Donde se establecieron patrones, de tendencias y relaciones entre las cláusulas de arbitraje y el consentimiento en contratos deportivos.

HALLAZGOS Y DISCUSIÓN

Elementos esenciales del negocio jurídico y análisis en el consentimiento y sus características

A lo largo de los años se ha buscado establecer un concepto de contrato que abarque todos los elementos que debe revestir un negocio jurídico para ostentar validez. Es por ello, que Jiménez (2020) expone que el contrato se conceptualiza como una exteriorización de la voluntad libre de varios sujetos, a fin de

generar un régimen normativo que constituya, modifique o extinga vínculos legales que tienen por objeto otorgar, no hacer o realizar.

Al respecto, el contrato constituye un verdadero acto de naturaleza jurídica, el cual tiene por objeto crear obligaciones que deben ser cumplidas por los individuos o sujetos que han decidido suscribir el negocio normativo referido. Para Shina (2022) señala que, en el Derecho Contractual, la función judicial únicamente puede resolver situaciones contractuales cuando las mismas partes, por su propio consentimiento, deciden acudir a la misma para que dirima una controversia. Esto se debe a que, el principio de autonomía de la voluntad, impera en todo margen de contratación privada, por lo que el Estado no puede intervenir en las relaciones jurídicas particulares a menos que así lo deseen los involucrados.

Por lo tanto, el concepto de contrato se puede establecer como un negocio jurídico en un acto de naturaleza legal, que emerge a razón en que las personas mediante la exteriorización libre de su voluntad, decidan establecer un marco legal propio para crear, cambiar o eliminar obligaciones que pueden residir en acciones para realizar, no efectuar o entregar algo.

De esta manera, es necesario enfatizar que, dentro de la legislación ecuatoriana como por ejemplo el Código Civil del 2019 refleja ciertas deficiencias al momento de encontrar un concepto claro que diferencie contrato de obligación. El artículo 1454 de la norma referida confunde el concepto de obligación con el de contrato, pues la disposición mencionada, establece que el negocio jurídico, es el vínculo legal de dar, hacer o no hacer algo (Código Civil, 2019), sin embargo, esa conceptualización obedece a la de obligación más no a la de contrato.

Por otra parte, para que un negocio jurídico tenga validez, es indispensable que el mismo ostente ciertos presupuestos esenciales en conformidad a lo que determina el Derecho Civil. Dichos elementos son cuatro y se clasifican de la siguiente manera en conformidad a Hoyos y Tovar (2021):

Capacidad. Este elemento refiere a la facultad legal que deben tener las personas para poder no solo ser acreedores de derechos, sino también, poder contraer obligaciones dentro de una relación jurídica bilateral.

Consentimiento. Este elemento refiere a la debida configuración de dos o más voluntades que desean suscribir el negocio jurídico pretendido. Para que opere el consentimiento es trascendental que el elemento voluntad haya sido expedido de forma libre, sin ningún tipo de vicio que lo desnaturalice o extinga.

Objeto lícito. Este elemento refiere al contenido mismo del negocio jurídico, es decir, consiste en las prestaciones que cada uno de los individuos contratantes debe observar una vez que se haya creado el contrato. No obstante, para que este elemento se cumpla es indispensable que las obligaciones que contiene el contrato no ostenten antijuridicidad, es decir, no sean contrarias al ordenamiento jurídico vigente.

Causa lícita. Este elemento refiere al móvil que ha llevado a las partes contractuales a suscribir el negocio jurídico. Esta motivación no debe ser bajo ningún aspecto contrario a las finalidades e intereses que persigue el contrato que se suscribe, pues si la causa contractual difiere de la naturaleza o esencia del contrato, se generaría el incumplimiento de este elemento esencial que se contextualiza.

A lo largo de este estudio se ha examinado el consentimiento como elemento indispensable del contrato para verificar si este se ve afectado en los negocios jurídicos de contratación del fútbol profesional ecuatoriano. De esta manera, Echeverri (2010) señala que el consentimiento es uno de los elementos del contrato que mayor estudio presenta dentro del régimen jurídico contractual. Además, destaca que es trascendental que la unión de las voluntades exteriorizadas por las partes se encuentre debidamente conformada a fin de evitar una posible nulidad.

Por tal razón, se han determinado como vicios del consentimiento al error, fuerza y dolo, entendidos estos como hechos que impiden que ese acuerdo de voluntades ostente pureza y liberalidad al momento de buscar el perfeccionamiento del consentimiento contractual. El error consiste en el yerro de que una de las partes contractuales tiene con respecto a la persona o el objeto contractual. En conformidad con la normativa ecuatoriana, la existencia de error en el contrato, únicamente genera nulidad relativa, a menos que dicho fallo sea trascendental en el cumplimiento del objeto del negocio jurídico.

Sumado a ello, se encuentra la fuerza que consiste en toda clase de coacción, ya sea de naturaleza física o cognitiva que tienda a presionar a una persona para que suscriba un negocio jurídico. Esta clase de vicio en el elemento consentimiento, también genera como consecuencia nulidad relativa, en virtud de que el individuo que ha sido sometido a dicha coacción puede en cualquier momento convalidar de forma libre la voluntad exteriorizada.

Finalmente, en relación al dolo, se establece que consiste dentro del Derecho Civil a la intención maliciosa que tiene una persona de producir un daño mediante la suscripción de un negocio jurídico bilateral.

El arbitraje como una forma alternativa para dirimir controversias en la normativa ecuatoriana

Según Bermeo (2023) la función judicial, no ha sido el único mecanismo por medio del cual las personas podían acudir a solicitar una respuesta para dirimir sus problemas sociales. Esto se debe a que la aparición de mecanismos auto compositivos de solución de controversias dio origen a alternativas que permiten a los ciudadanos por medio de la voluntad solucionar sus conflictos.

Seguidamente, Vistin (2016) menciona que el arbitraje ha sido un mecanismo para solucionar problemas entre particulares que encuentra su origen aproximadamente en el año 1520 a.c, siendo el pueblo griego quién promovió la práctica para esta forma de administrar justicia ante los problemas sociales. Para tales efectos, los griegos constituyeron un denominado Consejo Anfictiónicos, quienes tenían competencia para conocer todas las peticiones de conflictos que se presentaban en la población referida. Dicho consejo lo integraban un total de 12 individuos de edad avanzada quienes debían encontrar una respuesta objetiva e imparcial que dirima los problemas de las personas.

Es así como el arbitraje procedió a desarrollarse a lo largo de los años, hasta ser reconocido dentro de las diversas legislaciones en el mundo. A lo que Andrade (2015) menciona que el arbitraje conjuntamente con la mediación llegó a Latinoamérica a partir de la década de los años noventa, siendo adoptados los métodos auto compositivos de resolución de problemas sociales en países como Argentina, Ecuador, Colombia y Chile. En el caso ecuatoriano se reconoce el arbitraje con la entrada en vigor de la Ley de Arbitraje y Mediación a partir del año 1997, materializándose el primer cuerpo normativo que pretendía otorgar a la población ecuatoriana un mecanismo diverso a la función judicial para resolver todo tipo de controversias que tengan por objeto la satisfacción de derechos.

De igual forma es a partir de la Constitución de la República del Ecuador, promulgada en el año 2008 en Montecristi, que se produce la constitucionalización del arbitraje y la mediación dentro del ordenamiento legal vigente. Esto se debe a que, el artículo 190 de la norma fundamental mencionada, determina que tanto el arbitraje como la mediación deben ser reconocidos como formas idóneas para poner fin a todo tipo de conflicto de intereses que se presente entre los miembros de la población ecuatoriana, produciéndose un cambio de paradigma dentro del pluralismo jurídico que forma parte de la teoría Neoconstitucional.

Por consiguiente, una vez determinados los antecedentes del arbitraje en el mundo y en Ecuador, es indispensable establecer un concepto claro del mismo que permita delimitar debidamente su

organización, funcionamiento y alcance. Una definición sugerida puede encontrarse en el artículo 1 de la Ley de Arbitraje y Mediación (2015) donde se establece que:

El sistema arbitral es un mecanismo alternativo de solución de conflictos al cual las partes pueden someter de mutuo acuerdo, las controversias susceptibles de transacción, existentes o futuras para que sean resueltas por los tribunales de arbitraje administrado o por árbitros independientes que se conformaren para conocer dichas controversias (p. 2).

En esta definición se han evidenciado ciertas características especiales que ostenta el arbitraje frente a otros medios de resolución de conflictos. Uno de los elementos importantes, radica en que el arbitraje debe ser compuesto por un tribunal, quienes se encargarán de dirimir el litigio entre las partes ya sea en equidad o en derecho, según lo hayan estipulado los sujetos en conflicto.

Por otro parte, es necesario mencionar los requisitos para que surja un convenio arbitral en base a la voluntad libre de vicios de los intervinientes. Dichos presupuestos se encuentran prescritos en el artículo 4 de la Ley de Arbitraje y Mediación (2015) en este subtítulo:

- El convenio arbitral debe ser estipulado de forma previa a la concurrencia del problema que se desea resolver.
- El vínculo legal que ha dado origen al problema, tiene que ostentar una naturaleza contractual.
- Es indispensable que en el convenio arbitral se determine de forma clara y debida cómo debe gestionarse el proceso de selección de árbitros que conformarán el tribunal competente.
- En caso de que el convenio arbitral sea suscrito con una institución estatal, esta tiene que ser firmada por quien represente a la entidad gubernamental establecida.

De igual manera, el artículo 5 de la Ley de Arbitraje y Mediación (2015) establece claramente que el convenio arbitral consiste en un acuerdo bilateral que para que ostente validez debe constar siempre por escrito, debiendo seguir las mismas reglas esenciales del negocio jurídico para producir efectos jurídicos. En caso de que el convenio no cumpla con las características mencionadas se generará la nulidad. Además, la disposición examinada establece que el convenio debe tener de forma clara e inequívoca la denominación de las partes involucradas y el objeto contractual sobre el cuál se aplica.

Entonces, examinando el alcance, naturaleza y constitución del convenio arbitral, se puede inferir que el mismo necesita de la materialización del consentimiento para su configuración válida. En donde Ludeña y Alvarado (2023) fortalecen indicando que el arbitraje presenta una esencia auto compositiva por medio de la cual, la concurrencia de la voluntad libre de vicios es trascendental para que el convenio arbitral se perfeccione y genere efectos jurídicos válidos.

También es necesario recordar que la trascendencia del arbitraje radica en el hecho de que consiste en una clase de jurisdicción convencional, por medio de la cual las partes limitan que la controversia la conozca la justicia ordinaria y prorrogan la competencia hacia un tribunal especial y particular que busca resolver el conflicto de una forma más eficaz y ágil que la común. Ahora bien, a pesar de que el convenio arbitral debe constar siempre por escrito, el artículo 6 de la Ley de Arbitraje y Mediación del 2015 indica de forma clara que esta clase de convenio también se materializa en aquellos supuestos en los cuales exista constancia de un intercambio de correspondencia o cualquier forma de comunicación por escrito que evidencie la conformación del consentimiento de los sujetos contractuales para formar parte de un convenio arbitral en caso de que surja una controversia.

Para cerrar se establece que el arbitraje consiste en un medio o instrumento auto compositivo que busca otorgar una solución a intereses contrapuestos entre personas, mediante la elección libre y voluntaria de los involucrados de someterse a dicho sistema de justicia alternativo de resolución de controversias. El arbitraje se encuentra organizado por un tribunal de individuos denominados árbitros quienes son escogidos por las partes contractuales que están frente a un problema. Así mismo, la voluntad es indispensable para la existencia del convenio arbitral, razón por la que, esta debe constar siempre por escrito y debe delimitar debidamente la identidad de los sujetos que la componen y el objeto a resolver.

La obligatoriedad del arbitraje en los contratos deportivos de fútbol y su incidencia en el consentimiento contractual

En el fútbol existen entidades internacionales que se dedican a organizar, promover y regular este evento deportivo a nivel profesional (FIFA, CONMEBOL, CONCACAF, UEFA, ETC), para lo cual se ha determinado que debe ser imperante que quienes forman parte de esta comunidad deportiva deban someter el cúmulo de conflictos contractuales a la resolución de tribunales arbitrales debidamente acreditados (Estrella, 2013). Por tal razón, se ha constituido el Tribunal de Arbitraje Deportivo (TAS), ubicado en Suiza, el cual tiene vínculos con diversos tribunales arbitrales esparcidos por el mundo, cuyo objeto central se enfoca en resolver los problemas que nacen de los desacuerdos contractuales del fútbol profesional.

Bajo esta premisa, se ha generado que el artículo 37 de la Ley Profesional de Fútbol ecuatoriana, determine de forma textual que el arbitraje es la vía por la que debe sustanciar todo conflicto de negocios jurídicos que se derive entre jugadores y clubes, o clubes y organismos internacionales de fútbol profesional.

Además, existen otros cuerpos normativos que determinan la obligatoriedad del arbitraje dentro de las relaciones contractuales deportivas de fútbol en Ecuador. Esto se debe a que, a partir del año 2019 la Federación Ecuatoriana de Fútbol dejó de tener competencias para organizar y regular el campeonato nacional de fútbol de primera y segunda división en Ecuador, sino que dicha función quedó relegada a la entidad denominada Liga Profesional de Fútbol de Ecuador. Sucede que, en el artículo 58 del Estatuto de constitución de la Entidad mencionada se determina que todos los clubes y jugadores deben someterse a la jurisdicción del TAS en toda situación que englobe conflictos de intereses contractuales.

Entonces, es bajo esta disposición jurídica que el sometimiento a tribunales arbitrales deja de ostentar una característica voluntaria y empieza a configurarse como una jurisdicción coercitiva que se impone a través de cuerpos legales que se oponen al principio de autonomía de la voluntad. De igual manera, la Confederación Sudamericana de Fútbol (CONMEBOL) también reconoce al TAS como la instancia jurisdiccional acreditada para dirimir los conflictos deportivos que se derivan de los contratos de fútbol, en razón de lo que prescribe el artículo 62 de su Estatuto de constitución.

Por las consideraciones mencionadas, los clubes de fútbol ecuatorianos se han visto en la necesidad de crear cláusulas arbitrales obligatorias en todos los contratos que engloban la prestación de servicios deportivos entre clubes, jugadores, cuerpo técnico y personal deportivo. Esto se debe a que, al formar parte estos clubes tanto de la Liga Profesional de Fútbol Ecuatoriana como de la CONMEBOL, adquieren la obligación inmediata de aceptar la vía arbitral y renunciar a la justicia ordinaria, caso contrario no podrían formar parte de estas entidades de fútbol profesional.

A lo largo de este trabajo, se ha determinado que la autonomía de la voluntad es el pilar fundamental por el cuál debe configurarse el arbitraje para poder dirimir los conflictos sociales. Al respecto Fernández (2017) determina que el elemento volitivo es la base fundamental por la cual se erige la institución jurídica del arbitraje, razón por la cual constituye un mecanismo auto compositivo y no hetero compositivo como la función judicial. Sin embargo, parece ser que el arbitraje deportivo de fútbol ha olvidado esta característica fundamental porque prácticamente se obliga a los clubes y jugadores a someterse a la jurisdicción del TAS con la consecuencia de que el no hacerlo implicaría no formar parte del fútbol profesional. Incluso, el artículo 27 del Código de Arbitraje que rige el TAS,

determina que la competencia de dicho órgano de justicia sólo se configurará en caso de que las partes lo hayan acordado previamente. Por consiguiente, las prácticas de las entidades de fútbol profesional de determinar cláusulas predispuestas con convenios arbitrales obligatorios desnaturalizan la esencia misma de la regulación del TAS.

Lo descrito previamente es compartido por Rosero (2017) quién determina que el elemento consensual en el arbitraje deportivo se encuentra desnaturalizado a tal punto que ha devengado en un indebido abuso de poder contractual. Las razones que justifican esta aseveración, el autor las encuentra en el hecho de que los jugadores siempre se encuentran en una situación de desventaja frente a los clubes y entidades deportivas, en razón de que necesariamente deben aceptar dichas cláusulas predispuestas para poder tener la oportunidad de tener un lugar en el fútbol profesional.

Estas son las razones por las cuales tanto la Liga de Fútbol Profesional, la Federación Ecuatoriana de Fútbol y la CONMEBOL, obligan a clubes y jugadores a generar contratos de adhesión con cláusulas predispuestas que sometan a la justicia arbitral todos los problemas que se derivan de los contratos deportivos de fútbol (Vela, 2021).

Sin embargo, primero hay que establecer como señala De La Maza (2013) que el negocio jurídico de adhesión es aquel en el cuál una de las partes contractuales al ostentar una mayor jerarquía económica le presenta a la otra un contrato con cláusulas establecidas dentro del proceso de negociación, por lo que la parte contractual más débil no le queda otra opción más que aceptar dicho negocio o rechazarlo.

A lo largo de los años, siempre se ha criticado el alcance de los contratos de adhesión en cuanto a determinar si existe o no un vicio en el consentimiento por medio de una especie de fuerza psicológica. Para tales efectos, la Ley Orgánica de Defensa al Consumidor del 2021 y 2006, ha intentado regular el alcance de estos negocios jurídicos a fin de no generar vicios que afecten la validez de los contratos. Incluso el artículo 40 del Reglamento a la Ley mencionada, establece que los convenios arbitrales en los contratos de adhesión necesitan de ratificación expresa de los contratantes, demostrando la importancia y trascendencia de la voluntad al momento de configurar la jurisdicción arbitral.

No obstante, el problema no se encuentra solo en el hecho de que existan cláusulas arbitrales contractuales sino trasciende a los ya mencionados estatutos de obligación arbitral. Esto se debe a que, entidades como la CONMEBOL, FIFA o la Liga Profesional de Fútbol ecuatoriana, determinan en sus cuerpos normativos estatutarios que todo aquel que desee formar parte de estas sociedades deportivas necesariamente debe aceptar la jurisdicción arbitral. Por consiguiente, como bien menciona

Vela (2021) el consentimiento como elemento esencial de los negocios jurídicos se ve viciado por una fuerza coercitiva de carácter psicológica.

El autor Carazo (2005) menciona que los socios de una entidad de fútbol profesional empiezan a aceptar la jurisdicción arbitral con base a mecanismos de adhesión obligatorios que desnaturalizan el consentimiento y la liberalidad de la voluntad dentro de la aceptación del arbitraje dentro del fútbol profesional. Por ende, las entidades de fútbol profesional no le permiten en razón de sus estatutos a sus afiliados el poder promover o proponer opciones diferentes en cuanto a la clase de órgano de justicia que debe dirimir los conflictos deportivos que se derivan de los contratos de fútbol, viciando así el consentimiento de las partes involucradas, ya que en caso de no aceptar no pueden acceder a una oportunidad de participar en el fútbol profesional.

Con el objeto de fortalecer los argumentos planteados, se procede a exponer el caso “SERAING”, el cual tuvo por objeto al club de fútbol Royal Football Club Seraing, el cual forma parte de la Liga Profesional de Fútbol de Bélgica. Lo suscitado en el presente caso radica en el hecho de que la FIFA prohíbe toda clase de financiamiento de inversores privados tendiente a otorgar capital para fichajes, pago de salarios y primas de jugadores, a cambio de en un futuro recibir porcentajes económicos por el traspaso de dichos futbolistas (Zarra, 2018).

Análisis de Jurisprudencia caso SERAING

Refiere a una disputa relacionada con la prohibición de las prácticas de Third Party Ownership/Investment (TPO/TPI) en el fútbol, y cómo se han desarrollado los procesos tanto a través de vías arbitrales como judiciales en Bélgica y Suiza.

El caso se origina en el contexto de las prácticas de TPO/TPI, en las cuales inversores privados financiaban clubes de fútbol y recibían a cambio un porcentaje de las futuras ventas de jugadores. FIFA prohibió esta práctica a través del artículo 18 de las Normas para el Estado y la Transferencia de Jugadores (RSTP).

El RFC Seraing, un club de la tercera división belga, fue sancionado por FIFA por continuar utilizando TPO/TPI y por no cooperar con la investigación. La sanción incluyó la imposibilidad de inscribir jugadores durante un período de tiempo y una multa.

El RFC Seraing y Doyen Sports apelaron la sanción a través de diferentes vías, tanto en la jurisdicción deportiva como en la justicia belga. Estos procedimientos incluyeron la apelación al Tribunal de Arbitraje del Deporte (TAS) y al Tribunal Federal Suizo (SFT).

El TAS confirmó parcialmente la sanción de FIFA, reduciendo la prohibición de inscribir jugadores de cuatro a tres “ventanas de fichajes”. También se consideró que la sanción no violaba el derecho al libre movimiento del capital.

El SFT, el tribunal de apelación suizo, desestimó los argumentos presentados por los apelantes, incluyendo la alegación de que el TAS no era independiente de FIFA. El SFT respaldó la independencia del TAS y lo consideró un “tribunal arbitral genuino, independiente e imparcial.”

Paralelamente a los procedimientos en la jurisdicción deportiva, el RFC Seraing y Doyen Sports llevaron su caso ante la justicia belga. Esto incluyó la solicitud de medidas cautelares ante el tribunal de Primera Instancia de Lieja y la solicitud de anulación de la prohibición de FIFA sobre TPO ante el Tribunal de Apelación de Bruselas.

El Tribunal de Apelación de Bruselas consideró que tenía jurisdicción para abordar el caso. Sin embargo, no aplicó medidas cautelares ni abordó el fondo del asunto en esta etapa.

El tribunal belga cuestionó la amplitud de la cláusula de arbitraje, argumentando que una cláusula que abarque todas las posibles disputas sin una relación jurídica específica no es válida según la ley belga.

Para finalizar, el caso concluye con la decisión del Tribunal de Apelación de Bruselas de cuestionar la amplitud de la cláusula de arbitraje, donde destaca la importancia de redactar cláusulas de arbitraje de manera precisa y específica para evitar futuras disputas sobre su alcance.

Esta norma de prohibición deportiva, impide lo que se denomina propiedad de terceros. Sin embargo, el club de fútbol mencionado decidió inobservar esta regla deportiva y comenzó a aceptar el financiamiento de terceros en el pago de fichajes de jugadores de fútbol. La FIFA mediante su Comité Disciplinario procedió a sancionar al club Seraing por haber inobservado el artículo 18 del RSTP, que normaba la forma en cómo debe producirse el traspaso de jugadores de fútbol. En base a los convenios arbitrales estatutarios ya referidos, el club sancionado decidió apelar dicha sanción ante el TAS ya que a su criterio la norma de propiedad de terceros se encontraba en plena oposición a las normas contractuales prescritas por la Unión Europea (Álvarez, 2018).

A pesar de lo acontecido el TAS decidió rechazar la apelación del club de fútbol Seraing, lo cual generó que dicha entidad deportiva acuda ante la justicia ordinaria de Bélgica para obtener una respuesta debida. Es así como la Corte de Bruselas decidió sustanciar el caso y determinó un análisis frente a las excepciones de incompetencia que plantearon las entidades demandadas (FIFA, UEFA, FIFPRO Y AFB). Bajo este examen la Corte de Bruselas determinó que tenía plena competencia y jurisdicción para sustanciar dicha causa judicial ya que las cláusulas arbitrales estatutarias de la FIFA, ostentaban

demasiada generalidad lo cual desnaturalizaba la liberalidad y voluntad necesaria para el consentimiento de las partes involucradas. Razón por la que se menciona que el caso “Seraing” ha puesto en tela de duda la validez del arbitraje deportivo de fútbol (Torres, 2021).

CONCLUSIÓN

A lo largo de esta investigación, se han examinado en detalle los contratos preestablecidos por las entidades de fútbol profesional y sus instituciones, con especial énfasis en las cláusulas arbitrales obligatorias, con el objetivo de determinar si estas cláusulas desnaturalizan la naturaleza autocompositiva del arbitraje y vician el consentimiento en estos acuerdos.

Los hallazgos de este estudio indican que efectivamente existen indicios significativos de que los contratos deportivos en el ámbito del fútbol profesional en el Ecuador contienen cláusulas arbitrales obligatorias que pueden afectar el consentimiento de las partes involucradas. La revisión de los contratos y las prácticas comunes en la industria del fútbol revela que los jugadores y cuerpos técnicos se enfrentan a una presión considerable para aceptar estas cláusulas, lo que pone en duda la autenticidad y la voluntariedad de su consentimiento.

Uno de los problemas fundamentales identificados en este trabajo radica en la falta de claridad y transparencia en la interpretación del elemento del consentimiento dentro de los contratos deportivos. A menudo, las cláusulas arbitrales son presentadas como una condición inalterable para la celebración del contrato, lo que limita la capacidad de las partes para negociar términos y condiciones que consideren justos y equitativos. Esta falta de equidad en la negociación y la percepción de que el consentimiento es coaccionado o viciado por la presión económica y contractual socava la integridad de los contratos deportivos.

Por consiguiente, el vicio en el consentimiento dentro de los contratos deportivos de fútbol, en particular en relación con las cláusulas arbitrales obligatorias, es una cuestión que merece una atención cuidadosa y una revisión profunda. Las recomendaciones propuestas tienen como objetivo abordar este problema y garantizar que los contratos deportivos de fútbol se basen en un consentimiento genuino y voluntario por parte de todas las partes involucradas. El fomento de prácticas contractuales justas y éticas es esencial para preservar la integridad y la equidad en la industria del fútbol profesional en el Ecuador.

CONFLICTO DE INTERESES. No existe conflicto de intereses.

REFERENCIAS

- Álvarez Rubio, J. J. (2018). Extensión y límites de la especificidad del deporte: arbitraje deportivo (TAS), normas FIFA sobre TPO y Derecho europeo. *Arbitraje*, vol. XI, no 3, 2018, pp. 703–734 ISSN 1888–5373 DOI 10.19194/arbitrajeraci.11.03.02
- Andrade Correa, D. E. (2015). La mediación y el arbitraje como métodos alternativos de solución de conflictos en los contratos administrativos (Bachelor's thesis, Quito: UCE).
- Asamblea Constituyente (25 de enero de 2021). Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (8 de marzo de 2001). Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, Registro Oficial nro. 280.
- Asamblea Nacional. (08 de julio de 2019). Código Civil del Ecuador, Registro Oficial 46.
- Asamblea Nacional. (14 de mayo de 2001). Ley del Futbolista Profesional, Registro Oficial Suplemento 462.
- Asamblea Nacional del Ecuador (22 de mayo de 2015). Ley de arbitraje y mediación, Registro Oficial nro. 417. <https://www.funcionjudicial.gob.ec/pdf/Ley%20de%20Arbitraje%20y%20Mediaci%C3%B3n.pdf>
- Bermeo Guambaña, M. V. (2023). *La mediación prejudicial en el derecho de familia ecuatoriano a la luz del principio de interés superior del niño* (Master's thesis, Universidad del Azuay).
- Carazo, M. (2005). *El Arbitraje Societario*. Marcial Pons.
- Decreto Ejecutivo 1314. (21 de marzo de 2006). Reglamento a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, Registro Oficial nro. 287.
- Estrella Enríquez, J. C. (2013). La violación al debido proceso en la justicia deportiva ecuatoriana mediante la inapelabilidad de las resoluciones de la Cámara de Mediación y Resolución de Disputas de la Federación Ecuatoriana de Fútbol (Bachelor's thesis, Pontificia Universidad Católica del Ecuador). <http://repositorio.puce.edu.ec/handle/22000/7005>
- Fernández, A. (2017). *El arbitraje entre la autonomía de la voluntad de las partes y el control judicial*. JM Bosch. <https://n9.cl/xbu2e>
- Hoyos, E., y Tovar, J. (2020). Análisis de la ilicitud disciplinaria en los contratos estatales de prestación de servicios en Colombia. Universidad Santiago de Cali. Cali: Colombia.
- Jiménez, J. M. L. (2020). La extinción voluntaria del contrato de trabajo a instancias del trabajador. Dykinson. <https://n9.cl/3rcdf>
- Ludeña Bustán, E., y Alvarado Verdezoto, J. (2023). La eficacia de los métodos autocompositivos para la solución de controversias de contratación pública en Ecuador. *Polo del Conocimiento*, 8(6), 825-841. <https://polodelconocimiento.com/ojs/index.php/es/article/view/5717>
- Rosero Espinosa, N. (2017). Arbitraje deportivo: la experiencia del tribunal Arbitral du sport. *THEMIS Revista de Derecho*, (71), 33-46.
- Savigny, Friedrich (1878). Sistema de Derecho Romano Actual. Traducido del alemán al francés por Charles Guenoux y traducido al español por Jacinto Mesía y Manuel Poley. Prólogo de Manuel Durán y Bas. Góngora y Compañía Editores. <https://www.cervantesvirtual.com/obra/sistema-del-derecho-romano-actual-1064115/>
- Shina, F. E. (2022). Una nueva teoría general de los contratos. Dossier doctrinario. Autores de Chubut, 726. https://www.juschubut.gov.ar/images/Dossier_Shina__segunda_parte.pdf#page=728
- Torres Manrique, J. I. (2021). Hacia la deportivización del Derecho Deportivo contemporáneo: Agenda pendiente y perspectivas desde el balcón de la interdisciplinariedad1. *Revista Intercontinental de Gestão Desportiva*, 11(1). <https://doi.org/10.5335/rjd.v34i3.12301>
- Vela, G. (2021). El fútbol profesional en Ecuador y la obligatoriedad de sometimiento al Tribunal Arbitral del Deporte. *USFQ Law Review*, 8(1), 285–310. <https://doi.org/10.18272/ulr.v8i1.2196>

Vistin, M. J. (2016). Aplicación de la ley de arbitraje y mediación para la solución de conflictos en el Cantón Guaranda. (Tesis previa a la obtención del título de abogada). Universidad Central del Ecuador. <http://www.dspace.uce.edu.ec/handle/25000/5905>

Zarra, G. (2018). La (in) validità della clausola arbitrale FIFA (e UEFA) alla prova delle corti belghe. Il caso Seraing ed i suoi potenziali effetti. RASSEGNA DI DIRITTO ED ECONOMIA DELLO SPORT, 457-474. <https://www.iris.unina.it/handle/11588/762902>



El principio de celeridad en la sustracción internacional de niños, niñas y adolescentes en Ecuador

The principle of celerity in the international abduction of children and adolescents in Ecuador

O princípio da celeridade no sequestro internacional de crianças e adolescentes no Equador

ARTÍCULO ORIGINAL

Andrea Carolina Subía Cabrera¹
javier.pinto@cortenacional.com

Javier Alejandro Pinto Rodríguez²
asubia@uotavalo.edu.ec

David Isaías Jacho Chicaiza²
davidjacho.lex@hotmail.com

¹Universidad de Otavalo. Otavalo, Ecuador

²Corte Nacional de Justicia. Quito, Ecuador



Escanea en tu dispositivo móvil
o revisa este artículo en:

<https://doi.org/10.33996/revistalex.v6i22.160>

Artículo recibido el 5 de septiembre 2023 / Arbitrado el 21 de septiembre 2023 / Publicado el 03 de octubre 2023

RESUMEN

El Estado ecuatoriano dentro de su ordenamiento jurídico ha suscrito diversos tratados internacionales referentes a la sustracción, retención ilícita y restitución de niños, niñas y adolescentes, frente a estos casos por la debida urgencia a diligenciar, el estudio se centra en identificar el procedimiento adoptado en Ecuador, con fundamento en el principio de celeridad, debido a que no existe una codificación de derecho internacional privado que lo regule. El estudio se abordó desde un enfoque cualitativo una investigación de diseño documental, de tipo analítico, con fundamento en los métodos analítico y comparativo, que concluyó, desde el año 2021 la Corte Nacional de Justicia ha definido el trámite sumario con fundamento en la diligencia excepcional y celeridad a fin de que las solicitudes de restitución internacional procedan de forma diligente en virtud del principio, derecho y norma del interés superior.

Palabras clave: interés superior; Sustracción; Retención ilícita; Restitución, Celeridad

ABSTRACT

The Ecuadorian State within its legal system has signed several international treaties concerning the abduction, illicit retention and restitution of children and adolescents, facing these cases due to the urgency to diligence, the study focuses on identifying the procedure adopted in Ecuador, based on the principle of celerity, because there is no codification of private international law that regulates it. The study was approached from a qualitative approach a documentary design research, of analytical type, based on the analytical and comparative methods, which concluded, since 2021 the National Court of Justice has defined the summary procedure based on the exceptional diligence and celerity in order that the international restitution requests proceed diligently under the principle, law and rule of best interest.

Key words: best interests; Abduction; Unlawful retention; Restitution; Expediency

RESUMO

O Estado equatoriano dentro de seu sistema jurídico assinou vários tratados internacionais relativos ao sequestro, retenção ilícita e restituição de crianças e adolescentes, diante desses casos devido à urgência de diligência, o estudo se concentra em identificar o procedimento adotado no Equador, com base no princípio da celeridade, porque não há codificação do direito internacional privado que o regule. O estudo foi abordado a partir de um enfoque qualitativo, uma pesquisa de desenho documental, de tipo analítico, com base nos métodos analítico e comparativo, que concluiu que, desde 2021, a Corte Nacional de Justiça definiu o procedimento sumário com base na diligência e celeridade excepcionais para que os pedidos de restituição internacional prossigam diligentemente sob o princípio, a lei e a regra do melhor interesse.

Palavras-chave: Melhores interesses; Sequestro; Retenção indevida; Devolução; Agilidade

INTRODUCCIÓN

En el contexto familiar, una relación jurídica iusprivatista, cada vez más frecuente es el cambio de domicilio o residencia habitual de un país, por factores diversos como motivaciones socioeconómicas, políticas, e inclusive debido a conflictos familiares, suele suceder que cuando existe ruptura de la familia y existen hijos dependientes pueden suscitarse casos de sustracción y retención ilícita de niños, niñas y adolescentes (NNA), por lo que, esta compleja realidad requiere de la regulación dentro del marco normativo internacional y nacional.

Dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en el informe 298/2020 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos dispone la adopción de medidas hacia el cumplimiento del interés superior del niño (ISN), con fundamento en el principio de celeridad y de diligencia excepcional cuando (NNA) se encuentran en situación de vulnerabilidad. En el sistema jurídico ecuatoriano la Constitución de la República del Ecuador (2008) los protege como un grupo de atención prioritaria, hacia el respeto y garantía de sus derechos.

A pesar de aquello, en el caso ecuatoriano no se prevé un procedimiento especial detallado que regule el accionar de cada una de las instituciones en el ámbito administrativo y judicial, sobre la sustracción y restitución internacional de NNA, debido a ello, las diligencias respectivas de restitución internacional, poseen dilaciones superfluas, por lo que, la pregunta de investigación se centra en aclarar: ¿el Estado ecuatoriano ha adoptado un procedimiento que garantice el principio de celeridad en los casos de sustracción y restitución internacional de niños, niñas y adolescentes? De tal forma, el objetivo es identificar el procedimiento adoptado en los casos de sustracción y restitución internacional de NNA con fundamento del respeto del principio de celeridad dentro del sistema jurídico ecuatoriano.

MÉTODO

El estudio se abordó desde un enfoque cualitativo una investigación de diseño documental, de tipo analítico, con fundamento en los métodos analítico y comparativo, para lo cual se revisó información documental, en el marco normativo se interpretaron instrumentos internacionales como la Convención de los Derechos del Niño (1989), el Convenio de la Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (1980) junto a sus guías de buenas prácticas, al igual que normativa nacional, el Código de la Niñez y Adolescencia (2003) y el Código Orgánico General de Procesos (2015, 2018), en cuanto a la doctrina de autores referentes que desarrollan la institución de sustracción y restitución

internacional se encuentran Dreyzin de Klor (2020), Simon (2014) y Uriondo (2021). Se compararon dos precedentes jurisprudenciales de Argentina (caso 62230/2019) y de Ecuador (caso No. 0112-2012), al igual que la Resolución No. 08-2021 emitida por la Corte Nacional de Justicia referente a la absolución de consulta del trámite en casos de sustracción internacional.

Marco referencial: el principio del interés superior enmarcado en la doctrina de protección integral

En primer lugar, es preciso invocar el principio del interés superior de NNA, como principio rector de los derechos humanos de la niñez, el cual permea todo el corpus juris de la normativa internacional y nacional. Siempre que se legisle, juzgue o se establezca una política pública referente a las niñas, niños o adolescentes, deberá interpretarse a la luz de dicho principio, según Simon (2014) constituye la piedra angular alrededor de la cual giran todas las instituciones de “protección de los menores de edad” (p. 27); es un concepto jurídico indeterminado.

Desde el siglo XX hasta la actualidad la noción de ISN surge con la vigencia de la Convención de los Derechos del Niño (CDN, 1989) conocida como la “carta magna de la infancia y adolescencia” (Simon, 2014, p. 34), instrumento suscrito y ratificado por Ecuador. Acorde a lo consagrado en el artículo 3 de la CDN (1989) todas las acciones enfocadas en la protección de los derechos de NNA giran alrededor de su interés superior. En el caso ecuatoriano fue, a partir del Código de la Niñez y Adolescencia (CONA), vigente desde el 2003, que se garantiza el respeto, cuidado y protección de NNA con fundamento en la doctrina de protección integral y el interés superior, de conformidad con los artículos 1 y 11. De forma particular, la Constitución del Ecuador (2008) en el artículo 40 consagra la protección de las familias transnacionales y los derechos de sus miembros, al mismo tiempo, el artículo 44 determina que el Estado, sociedad y familia promoverán el desarrollo integral de niños, niñas y adolescentes.

En cuanto al criterio de la Corte Constitucional (2021) el ISN se encuentra enmarcado en la doctrina de protección integral ya que su orientación se centra en el ejercicio efectivo del conjunto de derechos de NNA, a considerarse en toda decisión de autoridad administrativa y judicial. De conformidad con los parámetros del Comité de Naciones Unidas citados por la Corte Constitucional ecuatoriana (2021) el interés superior de niños, niñas y adolescentes (ISN) posee una triple dimensión ya que constituye un derecho (sustantivo), un principio (interpretativo) y una norma de procedimiento (evaluación y determinación del ISN), es decir, el interés superior tutela el desarrollo integral de NNA con fundamento en la doctrina de protección integral.

En esa misma línea, asegura Uriondo (2021) que este principio regula en especial los derechos de los niños, niñas y adolescentes con fundamento en la dignidad del ser humano. La doctrina de protección integral constituye el fundamento por el cual surgen los derechos de NNA (Uriondo, 2021), constituye el parámetro que evita discrecionalidad de las autoridades en la adopción de decisiones que se refieren a derechos de este grupo social, por consiguiente, constituyen sujetos plenos y titulares de derechos humanos, en general, y por su rango etario de derechos específicos, en particular.

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

La sustracción internacional y restitución de niñas, niños y adolescentes

Ecuador ha suscrito y ratificado instrumentos de Derecho Internacional Privado, que regulan relaciones iusprivatistas y de forma particular el caso de la sustracción internacional y restitución de NNA, principalmente es el Convenio de la Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (CH), donde se establece la obligación general de la restitución inmediata en caso de sustracción, las excepciones a dicha regla general son el grave riesgo, la negativa del menor o las normas de derechos humanos del Estado requerido con fundamento en el principio del ISN. Dicho instrumento en el sistema jurídico ecuatoriano es de directa e inmediata aplicación conforme lo establece el artículo 417 de la Constitución ecuatoriana (2008).

Dreyzin de Klor (2020) con fundamento en la CH (1980) señala que un NNA puede ser objeto de sustracción cuando uno de sus progenitores, su representante legal o guardador, lo traslada a un país distinto al lugar donde se encontraba su centro de vida o residencia habitual, e inclusive cuando quien ejerciese el derecho de visita, no lo restituye en el tiempo acordado. La sustracción y restitución internacional de NNA es una institución de derecho internacional privado cuya fuente del derecho se encuentra contenida en fuente convencional dentro de los tratados internacionales, al igual que, el derecho interno de los Estados como fuente autónoma.

De manera adicional el sistema universal de derechos humanos ha institucionalizado como fuente soft law las guías de buenas prácticas que nacen de la CH, en 6 ediciones, como de detallan: la primera guía (Guía de buenas prácticas en virtud del Convenio de la Haya (1980) sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, 2003), indica la necesidad de la cooperación internacional y comunicación asertiva entre las autoridades centrales, locales, policía, trabajadores sociales, tribunales,

Interpol. Además, resalta la necesidad de la utilización de formularios modelos para las solicitudes de retorno y un modelo de petición de derecho de visita. En su segunda edición la guía determina la necesidad de un procedimiento de recurso acelerado, en ese sentido, un tratamiento expedito en los procesos debe acelerarse tanto en la solicitud como en la etapa de apelación, a fin de que no exista retraso en el retorno del NNA.

En su tercera edición la guía prevé la disminución del riesgo de sustracción a través procedimientos administrativos comunes que regularicen el traslado internacional de NNA, esto es, la emisión de documentos de viaje, exigencia de consentimiento parental y los controles fronterizos. En su cuarta versión la guía (2011) se centra en la cooperación internacional/transfronteriza de los Estados hacia la restitución de un NNA. La quinta edición de la guía (2012) promueve la adopción de mecanismos de soluciones amistosas de controversias familiares, como garantía de la salud psicológica del grupo familiar tendiente a mantener el contacto directo con los familiares.

Recientemente, se emitió en el año 2021 la guía referente a la “Parte VI: Artículo 13(1)(b)” que interpreta el contenido y alcance de la excepción de grave riesgo, precisa que la decisión judicial de restitución no determina ni hace referencia al derecho de custodia. En el contexto regional, se encuentra vigente desde 1989 la Convención Interamericana que tiene por objeto asegurar la pronta restitución de menores de edad quienes fueron trasladados ilegalmente de un país, adoptada en la Cuarta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-V) ratificada por Ecuador en el año 1998.

En el marco normativo autónomo, se encuentra que los aspectos administrativos y judiciales en la sustracción y restitución internacional de NNA se encuentran diversificado en distintos cuerpos legales: Código Orgánico de la Función Judicial, Código de la Niñez y Adolescencia, Código Civil, Código Orgánico Integral Penal, Ley Orgánica de Movilidad Humana y su Reglamento, Código Orgánico General de Procesos. De forma particular, el artículo 77 del Código de la Niñez y Adolescencia (2003), determina la protección contra el traslado y retención ilícitos de niños, niñas y adolescentes cuando se infringe el ejercicio de la patria potestad o se incumple con el régimen de visitas y las normas de autorización de salida del país. Esta normativa especial, de derecho sustantivo, ha adoptado los criterios internacionales delimitados anteriormente en la CH (1980) en cuanto a sustracción y restitución internacional de NNA.

Actualmente, la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, emitió la Resolución No. 08-2021, sobre “Los procesos judiciales de traslado y retención ilícita de niñas, niños y adolescentes se tramitarán mediante el proceso sumario de tiempo reducido, de conformidad con lo previsto en los artículos 332 numeral

3 y 333 numerales 3 y 4 del Código Orgánico General de Procesos, aplicando diligencia excepcional y celeridad”, la cual significó un avance importante frente al extendido procedimiento judicial que significaba la tramitación de estos casos en procedimiento ordinario, representando un desgaste para los padres y madres, y transgredía los derechos de NNA, y se encontraba en total detrimento del principio de celeridad.

Sin embargo, es necesario avanzar en muchos aspectos en las dos fases administrativas y judiciales. Cuando se suscitan estos casos será necesario que los NNA sean reintegrados a su familia, gozando del derecho de visitas de sus familiares y parientes. Adicional a ello, los artículos 121 y 125 del Código de la Niñez y Adolescencia (2003) de manera concordante señalan que los organismos competentes del Estado adoptarán todas las medidas necesarias que garanticen el retorno de un NNA al territorio nacional, y en referencia a la retención indebida del NNA se asume que la persona que retenga a su hijo o hija, cuya patria potestad y tenencia sea encargada a otro, y que obstaculice el derecho de visitas, será requerido judicialmente, y deberá cancelar gastos de indemnización. En caso de que sea necesario se dictará medida de apremio y allanamiento para lograr la restitución, es importante comprender que existen dos fases en la sustracción y restitución internacional de NNA conforme se detalla:

Fase administrativa en caso de sustracción internacional de NNA

El Servicio de Restitución y Régimen de Visitas Internacionales de Niños, Niñas y Adolescentes está a cargo del Ministerio de la Mujer y Derechos Humanos, esta fase en términos prácticos, en aplicación del CH (1980) inicia por medio de un formulario o solicitud, con firma física o electrónica, y a la cual se adjuntan elementos probatorios, como sentencias, permisos de salidas, fotografías entre otros; información relevante de la ubicación del NNA y de las traducciones (no oficiales), cuando un NNA ha sido sustraído o retenido fuera de su lugar de residencia habitual.

Tabla 1. Fase administrativa en caso de sustracción internacional de NNA.

1	Presentación de solicitud= formulario (físico o electrónico)	Se adjuntan pruebas. Ubicación del NNA, traducciones no oficiales.
2	Revisión de documentación y se avoca conocimiento (CH, 1980, Art. 7)	Autoridad Central oficia a Ministerio de Gobierno por control migratorio y a UNIPEN por localización de NNA
3	Petición de solución amigable	Compromiso de la partes, retorno del NNA
4	En caso de incumplimiento	Autoridad de control notifica para ejecutar vía judicial, y oficia a UNIPEN para localización de NNA

Fuente. Convenio de la Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (1980).

En este contexto el órgano administrativo recepta la solicitud, y procede a oficiar al Ministerio del Interior a fin de reconocer el movimiento migratorio, y a la Unidad Nacional de Policía Especializada para Niños, Niñas y Adolescentes (UNIPEN) para la localización del NNA. En este punto, el órgano administrativo buscará una solución amigable y compromisos de las partes en bienestar el NNA, no obstante, si no existe acuerdo se ejecuta la vía judicial.

Fase judicial en caso de sustracción internacional de NNA

Sobre el procedimiento judicial se precisa indicar que en virtud de lo resuelto por la Corte Nacional de Justicia en la Resolución No. 08-2021 corresponde aplicar el proceso sumario, conforme lo previsto en el artículo 332.3 del Código Orgánico General de Procesos (2015, 2018), entendiéndose que, refiere esta norma a aquellos casos determinados en el Código de la Niñez y Adolescencia, entre ellos, el traslado y retención ilícita de niñas, niños y adolescentes. Además, deberá aplicarse la reducción de términos como lo delimita el artículo 333 numeral 3 y 4 segundo inciso.

Tabla 2. Fase judicial en caso de sustracción internacional de NNA

1	Autoridad de control notifica para ejecutar vía judicial	Se remite expediente íntegro. Defensoría Pública asigna defensa técnica.
2	Presentación de la demanda	Unidad judicial de instancia competente. Procedimiento sumario.
3	Emisión de resolución judicial	Se ordena restitución internacional de NNA

Fuente. Convenio de la Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (1980), Art. 23; Convención Interamericana sobre restitución de menores de edad (1989), Art. 9 núm. 4.

En términos concretos si un NNA es sustraído al Ecuador sin el consentimiento de su padre, madre, familia o quien esté a su cargo, las y los jueces tramitarán y resolverán el caso con el procedimiento más sencillo, actuando con la mayor rapidez, a fin de que el NNA pueda regresar a su hogar.

DERECHO COMPARADO: ARGENTINA Y ECUADOR

Argentina: caso 62230/2019

Conforme se revisa la sentencia emitida por los tribunales de feria de la Cámara Civil del poder judicial de la nación de Argentina, del caso 62230/2019, se desprende que los progenitores, aunque contrajeron matrimonio en Argentina en marzo del 2018, cambiaron de domicilio en septiembre del mismo año a la ciudad de Burdeos, Francia. En el mes de enero del 2019 la madre viajó con su hija con autorización de su padre con fines de visita a Argentina y Chile, el viaje planificado hasta el mes de marzo fue interrumpido, la madre decidió de forma unilateral que no regresaría a su domicilio en Francia.

La denuncia de sustracción internacional de menores inició en Francia, la madre negó los hechos asegurando que su domicilio fue Argentina, por lo que, la sentencia de primer nivel rechazó la demanda presentada por el padre con fundamento en la CEDAW (1979) y la Convención de los Derechos del Niño ([CDN]1989) respecto a un caso violencia psicológica y de género en contra de la madre de la niña. El actor del recurso el 18 de agosto del 2019 apeló la decisión emitida por jueces de primer nivel, con fundamento en la CH (1980), solicitando se ordene la restitución de su hija de dos años, quien fue retenida de forma ilícita por su madre en Buenos Aires.

En ese sentido, el padre junto con el apoyo de la Defensoría Pública coadyuvante solicitó se revocara la sentencia debido a que el viaje a Francia no tuvo fines turísticos. Conforme el Tribunal de feria el marco jurídico del debate refiere a la fuerza de la norma convencional en la que los Estados deberán garantizar el bienestar del niño o niña “volviendo al statu quo anterior al desplazamiento o retención ilícitos” (Tribunal de Feria caso 62230/2019, 2020, p. 9). Respecto a la sustracción y restitución internacional en el artículo 2610 del Código Civil y Comercial de Argentina señala en la o el juez deberán supervisar el retorno del NNA con fundamento en el principio del interés superior.

El aspecto esencial que resalta el Tribunal de Feria se centró en la noción de residencia habitual o centro de vida de la niña anterior al traslado junto a su madre, así logró determinar que su madre había solicitado una visa de residencia permanente a Francia, país que le brindó seguridad social, cobertura médica y un ingreso mínimo familiar; además, en el caso no encontraron elementos probatorios que reflejen alguna situación de discriminación en contra de la madre ni que la niña se encuentre afectada en su salud motivo que desaconseje la restitución a su padre, por lo que, los fundamentos planteados por la madre como excepciones fueron desestimados.

En ese sentido, la conducta de la madre se calificó como ilícita respecto al traslado de su hija de conformidad con el artículo 3 de la CH (1980), inmediatamente se ordenó el reintegro de la niña a Francia a fin de evitar que el transcurso del tiempo produzca la consolidación del lugar de la retención como centro de residencia habitual, además el Art. 10 de la CH (1980) determina que la autoridad central del Estado debe adoptar todas las medidas necesarias que garanticen la restitución de un NNA, a fin de evitar una experiencia conflictiva que afecte el ISN.

Ecuador: caso No. 0112-2012

El caso No. 0112-2012 suscitado en el año 2012, permite verificar el desgastante juicio, que se solía aplicar frente a la ausencia de una normativa que identifique el procedimiento a seguir y que ante dicho vacío, se aplicaba el procedimiento ordinario, el cual por su naturaleza es el más extenso, sumado a que lejos de comprender la realidad a la cual se enfrentan muchos padres, niños y adolescentes que se encuentran fuera del territorio, se requerían todos los ritualismos y anacronismos propios del sistema, que iban en detrimento de los derechos de los NNA.

Este proceso paso las dos instancias y llegó a sede casacional ante la Corte Nacional de Justicia, en la cual un niño fue trasladado desde Chile hasta Ecuador con su madre y se había resuelto por los jueces de primer y segundo nivel, la improcedencia de la demanda del padre. Para el Recurso de Casación, el padre recurrente, alegó que se ha interpretado erróneamente la Constitución ecuatoriana frente a los tratados internacionales de derechos humanos, respecto a la restitución de NNA trasladados y retenidos de forma ilícita, se fundamenta en la CH (1980) que ordena el reintegro de NNA que han sido trasladados de su residencia habitual, en su interpretación el artículo 12 de la convención refiere a la presentación de la demanda misma que debe realizarse antes del transcurso de un año desde la sustracción y retención, a fin de que se ordene la restitución.

En su análisis del caso la Sala de la Familia, Niñez y Adolescencia de la Corte Nacional de Justicia (2012) referente al traslado ilícito de un niño sustraído por su madre desde Chile hacia Ecuador se encontró que se afectó el derecho del padre a la de patria potestad. No obstante, con fundamento en el principio de ISN la Sala resuelve que habiendo transcurrido más tiempo desde el momento en que se suscitó la sustracción internacional y pese a que la retención fue ilícita el niño se encontraba integrado a su nuevo entorno familiar, motivo por el cual, no se casa el auto definitivo de la Sala de la Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha.

En este caso en particular, al igual que en el caso de Argentina 62230/2019 se confunde que la solicitud de sustracción, retención y restitución ilícita de NNA discute el derecho de custodia. En cuanto a lo que señala Uriondo (2021) es necesario de una interpretación crítica, rigurosa y estricta respecto al literal b del artículo 13 de la CH (1980) respecto a la excepción de grave riesgo, es decir, que el tribunal en su decisión se niegue a ordenar la restitución del NNA hacia su residencia habitual, ya que en el análisis no se debe desvirtuar respecto al derecho de guarda y custodia, conforme el Art. 16 de la CH (1980), únicamente es válida la disposición de negativa de aceptar la solicitud, cuando se demuestre una situación extrema de grave perturbación que afecte el IS del NNA.

Del caso se observa además el enervamiento del principio de celeridad, por una aproximación equivocada hacia los verdaderos fines del Convenio, ya que la autoridad judicial que conoce sobre sustracción ilícita no debería verificar aspectos, tales como, de la custodia o tenencia de un NNA. No obstante, cabe precisar que el caso se resuelve en aplicación directa de la CH (1980), instrumento internacional de derechos humanos que constituye una doble garantía de protección, aunque dilucida la ausencia en el ámbito nacional de una codificación de derecho internacional privado.

El principio de celeridad en la sustracción y restitución internacional de NNA

La celeridad implica, rapidez instada a aparecer en la justificación del proceso; independientemente del área del derecho en cuestión, el Código Orgánico de la Función Judicial (2009) en su artículo 20 establece que la administración de justicia será rápida y oportuna. Asimismo, la Constitución de la República (2008), en los artículos 75 y 169, consagra este principio como un medio para garantizar la justicia. La celeridad está vinculada a la esencia misma de los derechos humanos, los conflictos sociales deben resolverse lo más rápido posible para que la ley cumpla su función de estabilizar las expectativas individuales y colectivas. El principio de celeridad reduce el tiempo requerido para completar las diversas fases del proceso y evita extensiones o demoras innecesarias del mismo período, genera ahorros procesales al permitir que las quejas se presenten a tiempo (Alonso, 2019).

Cabe mencionar que conforme al artículo 289 (COGEP, 2016) todas aquellas pretensiones que no tengan previsto un trámite especial para su sustanciación se tramitarán por procedimiento ordinario. Particularmente, frente a la ausencia de determinación de codificación especial de derecho internacional privado, en el año 2021 mediante Resolución No. 08-2021 Corte Nacional de Justicia absolvió mediante consulta referente a procesos judiciales de traslado y retención ilícita de NNA, citando al caso Forneron e hija vs Argentina del año 2011, señala que los procedimientos de sustracción y restitución internacional

de NNA tanto en el ámbito administrativo como en el judicial, requieren diligenciarse con celeridad, especialmente cuando existe separación de los progenitores o familiares.

Por lo que, la Corte en su decisión determina que se tramitarán mediante proceso sumario de tiempo reducido, de conformidad con lo previsto en los artículos 332 numeral 3 y 333 numerales 3 y 4 del COGEP, aplicando diligencia excepcional y celeridad. Con este instrumento jurídico, a través del pleno de la Corte Nacional de Justicia en el sistema jurídico ecuatoriano se logró solventar un vacío normativo, al aclarar argumentos equívocos que hacían que los casos de sustracción internacional de NNA se tramiten mediante trámite ordinario, ello debido a la ausencia de normativa nacional al respecto.

Con la Resolución del Pleno de la Corte Nacional, se logró identificar al procedimiento sumario como más idóneo para proceder en casos de sustracción internacional, ya que es corto, eficiente y no implica ritualismos innecesarios, se reducen las condiciones y se necesitan menos actividades y celebraciones que contribuyen a los ahorros de procedimiento. Es especial: tiene diferentes fases y condiciones de procedimiento que los procedimientos ordinarios, porque en los procedimientos simplificados el litigio se justifica por el hecho de que requieren un trato especial y una rápida restauración de los derechos.

Por otra parte, en lo referente al proceso judicial hacia la restitución de NNA, precisa Uriondo (2021) que la edad y el paso del tiempo son cruciales en la afectividad y consolidación de vínculos familiares, la formación de la identidad, por lo que, el deber de diligencia excepcional y celeridad son esenciales hacia la precaución de daños psicológicos y emocionales de los NNA. Es decir, que el transcurso del tiempo afecta el derecho a la unidad familiar, es necesario que analicen por parte de los jueces que conocen las solicitudes de sustracción los criterios de gravedad, urgencia e irreparabilidad, se requieren adoptar medidas de protección “necesarias, adecuadas y efectivas” (Uriondo, 2021, p. 241).

Finalmente, desde la pandemia COVID-19 con el cierre de fronteras, los sistemas de justicia de los Estados deberán cooperar en el uso de plataformas digitales. Una justicia abierta a través del uso de nuevas tecnologías de la información y comunicación, por ejemplo, el uso del correo electrónico en las notificaciones judiciales, garantizando el derecho a la justicia célere y eficiente. No obstante de lo indicado es preciso comprender que si bien se han logrado avances, es necesario un detalle de procedimientos apegados a la dispensa de legalización y el no requerimiento de formalidades análogas, en el marco de lo establecido en el CH (1980), las cuales se observan aún en la práctica en unidades judiciales de instancia, como requerimiento de copias certificadas, procuraciones judiciales, documentos notariados y demás formalismos que significan retrasos que transgreden el principio de celeridad, al igual que el ISN, lo que se traduce en afectación de los derechos de NNA.

CONCLUSIONES

En el análisis del proceso a trámite en casos de sustracción y restitución internacional de NNA en el ordenamiento jurídico ecuatoriano se observa que a pesar de los instrumentos internacionales suscritos y ratificados por el Estado ecuatoriano, como es la CDN (1989), la CH (1980) y sus guías de buenas prácticas que definen la urgencia de un trámite célere y de diligencia excepcional, en el caso ecuatoriano existe un vacío normativo vinculado a la ausencia de codificación de derecho internacional privado.

Sin embargo, es en el año 2021 mediante Resolución No. 08-2021 que la Corte Nacional de Justicia, define el trámite sumario como el procedimiento que garantizaría el principio de celeridad y de diligencia excepcional como una de las medidas que el Estado ha adoptado hacia la plena interpretación de la CH (1980). Con lo que se concluye, se requiere de una norma compleja que prevea relaciones iusprivatistas en el ámbito de familia y niñez referente a procesos en los que los derechos de los NNA se encuentran en conflicto, al igual que, prevea mayor cooperación y asistencia judicial internacional acorde a un sistema de justicia actualizado, con el uso de medios telemáticos que promueven la celeridad judicial hacia una justicia abierta.

CONFLICTO DE INTERESES. Los autores declaran que no existe conflicto de intereses para la publicación del presente artículo científico.

REFERENCIAS

- Cabanellas, G. (1993). Diccionario jurídico elemental. Editorial Heliasta S.R.L <https://n9.cl/qtojy>
- CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL (2009). Registro Oficial Suplemento 544 de 09-mar.-2009. https://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/normativa/codigo_organico_fj.pdf
- CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS (2015). Registro Oficial Suplemento 506 de 22-may.-2015. Última modificación: 21-ago.-2018. <https://www.telecomunicaciones.gob.ec/wp-content/uploads/2018/09/Codigo-Org%C3%A1nico-General-de-Procesos.pdf>
- CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA (2003). Registro Oficial 737 de 03-ene.-2003. Última modificación: 07-jul.-2014. https://www.igualdad.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2017/11/codigo_ninezyadolescencia.pdf
- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR (2008). Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.
- CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (1989). <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>
- CONVENIO SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES. (1980). https://www.oas.org/dil/esp/convenio_

de_la_haya_sobre_los_aspectos_civiles_de_la_sustraccion_internacional_de_menores.pdf

Corte Nacional de Justicia (2012). Caso 0112-2012 de Sala de la Familia, Niñez y Adolescencia de la Corte Nacional de Justicia (2012), 7 de mayo de 2012. <https://vlex.ec/vid/-414682738>

Corte Nacional de Justicia (2021). Resolución 08-2021 sobre los procesos de traslado y retención ilícita de niñas, niños y adolescentes. <https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/resoluciones/2021/2021-08-Restitucion-internacional-de-menores.pdf>

Dreyzin de Klor, A. (2020). Implicancias de la pandemia covid-19 en el derecho internacional privado. Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, Argentina, Tomo III.

Guía de buenas prácticas en virtud del Convenio de la Haya (1980) sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. (2003). Primera parte: Práctica de las autoridades centrales. <https://assets.hcch.net/docs/9fb7e7f3-0b62-4a15-8570-048a841d2ed6.pdf>

Guía de buenas prácticas en virtud del Convenio de la Haya (1980) sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. (2003). Segunda parte: Medidas de aplicación. <https://assets.hcch.net/docs/36d44ecb-6864-403d-ae50-fe38211516e8.pdf>

Contacto Transfronterizo relativo a los Niños: Principios Generales y Guía de Buenas Prácticas. (2010). <https://assets.hcch.net/docs/230b60d3-0418-4cc0-a2f1-fdcb6add9605.pdf>

Guía de buenas prácticas en virtud del Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. (2011). Tercera parte: Medidas de prevención. <https://assets.hcch.net/docs/04e14dc3-14a7-4d40-965b-1655124489b0.pdf>

Guía de buenas prácticas en virtud del Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. (2011). Cuarta parte: ejecución <https://assets.hcch.net/docs/0ee87b01-cfcb-40be-a988-836eb074fbfd.pdf>

Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. (2012). Quinta: Mediación. <https://assets.hcch.net/docs/b9315187-a07c-4f4f-a6c4-f764701bd80a.pdf>

Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Parte VI: Artículo 13(1)(b). (2021). <https://assets.hcch.net/docs/6de308cc-a588-4154-acc0-bf8c15c51b12.pdf>

Simon, F. (2014). Interés superior del niño: técnicas de reducción de la discrecionalidad abusiva. Ediciones Iuris Dictio: Universidad San Francisco de Quito.

Tribunales de ferias de la Cámara Civil del poder judicial de la Nación argentina. Caso 62230/2019.

Uriondo, A. (2021). Sustracción internacional de niños en tiempos de pandemia COVID-19. Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, vol. 25. <https://ihladi.net/wp-content/uploads/2021/12/13.-Arti%CC%81culo-Amalia-Utiondo-Martinoli.pdf>



La mediación penal como instrumento de la justicia restaurativa en jóvenes adolescentes infractores

Criminal mediation as an instrument of restorative justice for young adolescent offenders

A mediação penal como instrumento de justiça restaurativa para jovens adolescentes infratores

ARTÍCULO ORIGINAL

Sandra Cecilia Puente Narváez
puente67sandra@gmail.com
Universidad Indoamérica. Quito, Ecuador



Escanea en tu dispositivo móvil
o revisa este artículo en:

<https://doi.org/10.33996/revistalex.v6i22.161>

Artículo recibido el 5 de septiembre 2023 / Arbitrado el 21 de septiembre 2023 / Publicado el 03 de octubre 2023

RESUMEN

La mediación penal como elemento de la justicia restaurativa para jóvenes infractores se mantiene bajo el control del Consejo de la Judicatura lo que limita su aplicabilidad y reduce su alcance. El objetivo es evaluar la aplicación de la mediación penal como instrumento de justicia restaurativa en jóvenes adolescentes infractores haciendo un análisis acerca de la regulación legal vigente en Ecuador. Se realizó un estudio documental descriptivo-interpretativo. Donde se abordaron perspectivas teóricas y los datos y cifras otorgadas por el Consejo Nacional de la Judicatura. Entre los principales resultados resalta el establecimiento de la mediación penal como una gran herramienta de la justicia restaurativa, y la recomendación de amplificar su uso con el fin de descongestionar el sistema penal ecuatoriano en materia de adolescentes infractores. Se concluye indicando que existe la necesidad de implementar continuamente la mediación como una estrategia en el sistema de justicia, porque fomenta la restauración, resolución pacífica de conflictos y contribuye al bienestar de los jóvenes involucrados.

Palabras clave: Mediación Penal; Justicia Restaurativa; Adolescentes Infractores; Sistema Penal

ABSTRACT

Criminal mediation as an element of restorative justice for young offenders remains under the control of the Judiciary Council, which limits its applicability and reduces its scope. The objective is to evaluate the application of penal mediation as an instrument of restorative justice in young adolescent offenders by analyzing the current legal regulation in Ecuador. A descriptive-interpretative documentary study was conducted. Theoretical perspectives and data and figures provided by the National Council of the Judiciary were addressed. Among the main results is the establishment of penal mediation as a great tool of restorative justice, and the recommendation to amplify its use in order to decongest the Ecuadorian penal system for adolescent offenders. It is concluded by indicating that there is a need to continuously implement mediation as a strategy in the justice system, because it promotes restorative, peaceful conflict resolution and contributes to the welfare of the young people involved.

Key words: Criminal Mediation; Restorative Justice; Adolescent Offenders; Penal System

RESUMO

A mediação penal como elemento de justiça restaurativa para jovens infratores permanece sob o controle do Conselho da Magistratura, o que limita sua aplicabilidade e reduz seu escopo. O objetivo é avaliar a aplicação da mediação penal como instrumento de justiça restaurativa para jovens adolescentes infratores, analisando as normas legais vigentes no Equador. Foram abordadas perspectivas teóricas e dados e números fornecidos pelo Conselho Nacional do Poder Judiciário. Os principais resultados incluem o estabelecimento da mediação penal como uma ferramenta importante da justiça restaurativa e a recomendação de ampliar seu uso para descongestionar o sistema penal equatoriano para adolescentes infratores. Conclui-se indicando que há necessidade de implementar continuamente a mediação como estratégia no sistema de justiça, pois ela promove a resolução restaurativa e pacífica de conflitos e contribui para o bem-estar dos jovens envolvidos.

Palavras-chave: Mediação penal; Justiça restaurativa; Adolescentes infratores; Sistema pena

INTRODUCCIÓN

Cuando se habla de adolescentes que cometen actos que están estipulados como delitos según el Código Orgánico Integral Penal en Ecuador (2014), lo primero que se analiza es la aplicación de un castigo, usando como herramienta la privación de libertad del adolescente, omitiéndose la alternativa de métodos alternos de resolución de conflictos que permitan al menor redimirse con la sociedad y con la víctima. Dejando de lado el uso de la mediación como recurso.

En cuanto a ello, el sistema penal ecuatoriano, utiliza la mediación como un recurso complementario limitado, en lugar de ser la opción preferencial. Esto se debe a las restricciones legales que la colocan detrás de otras medidas punitivas, contribuyendo así a un aumento innecesario del ejercicio ius puniendi. Esta situación puede comprometer la obtención de respuestas adecuadas para la sociedad, como también descuida la vulnerabilidad de los jóvenes sometidos al proceso penal. El Estado tiene la responsabilidad de asegurar un proceso de rehabilitación y reinserción social que permita a los jóvenes infractores reparar el daño causado y redimirse no solo ante la víctima, sino también ante la sociedad, con el objetivo de convertirse en miembros productivos de la misma.

Para estos fines, Estado ecuatoriano cuenta con en el Reglamento de Mediación en asuntos relacionados con el Adolescente Infractor (2014), expedido por el pleno del Consejo de la Judicatura con número de resolución 138-2014, en el cual se dicta que las mediaciones en las que intervienen los adolescentes infractores deben ser presididas por mediadores especializados acreditados por el Consejo de la Judicatura y que los casos derivados a estos centros especializados serán llevados a cabo única y exclusivamente en el Centro de Mediación de la Función Judicial, como dicta el Artículo 3 del mismo reglamento.

Por otra parte, las condiciones en las que se desarrolla la sociedad y el sistema penal ecuatoriano en respuesta a los jóvenes adolescentes infractores, en algunos casos si consideran la aplicación de la mediación penal, pero esta tiene solo un enfoque retributivo (Ramírez, 2019). Enfoque en el cual se da una respuesta concreta a una conducta ilícita por medio del castigo sobre quien cometió el acto ilícito y la compensación para las víctimas. En países como Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, España, México, Panamá y Perú, se plantea la mediación como un enfoque alternativo para la resolución de conflictos, y estos países hacen uso y han demostrado resultados positivos (Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos, 2020).

Bajo la problemática establecida, se establece como propósito conocer los beneficios que conllevan el uso de la mediación penal como mecanismo de la justicia restaurativa, misma que busca un correcto proceso de rehabilitación y reinserción social. Durante el desarrollo del estudio, se genera la interrogante: ¿Cómo puede la mediación penal servir como instrumento de justicia restaurativa en jóvenes adolescentes infractores? Precisando que el uso de la mediación penal como instrumento de la justicia restaurativa, puede no solo poner fin de una manera eficaz al conflicto, sino que también ofrece otros beneficios para la sociedad, como lo es la disminución de la carga procesal del sistema de justicia y permite realizar el seguimiento del joven infractor garantizando la rehabilitación y la reinserción en la sociedad.

Según lo señalado, este estudio tiene como objetivo evaluar la aplicación de la mediación penal como instrumento de justicia restaurativa en jóvenes adolescentes infractores haciendo un análisis acerca de la regulación legal vigente en Ecuador.

MÉTODO

Para llevar a cabo este estudio de análisis jurídico sobre la mediación penal en casos de adolescentes infractores, se empleó principalmente el método documental de tipo descriptivo-interpretativo. Este enfoque de investigación implicó la revisión exhaustiva de textos jurídicos existentes, que incluyen la Constitución de la República del Ecuador (2008), el Código Orgánico Integral Penal (2014) y reformas al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia (2003). Además, se examinaron otras fuentes legales, como jurisprudencia relevante y documentos oficiales, así como la creación y aplicación de una matriz de análisis de datos. La matriz de análisis se diseñó para clasificar y organizar sistemáticamente la información recopilada de fuentes legales, jurisprudencia y documentos oficiales. Cada celda de la matriz representó una disposición legal o un aspecto relevante relacionado con la mediación penal y la justicia restaurativa. Esta herramienta proporcionó una estructura clara para la comparación y evaluación de datos, lo que permitió identificar patrones, tendencias y relaciones significativas entre las leyes vigentes y los objetivos de la justicia restaurativa en el contexto de los adolescentes infractores. La utilización de la matriz de análisis fue fundamental para lograr una comprensión más profunda y organizada de la información legal, facilitando así la formulación de conclusiones informadas en este estudio.

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

Conforme lo determina la Constitución de la República del Ecuador (2008) la cual señala reconoce al arbitraje, mediación como a otros ordenamientos jurídicos como alternativa para la solución de conflictos, (Art. 190) y también que “estos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que su naturaleza se pueda transigir” (Art. 190), además de lo determinado dentro de la Ley de Arbitraje y Mediación (2006). El mediador debe ser una persona neutral y debe ser un profesional que cumpla con ciertas competencias y actúe de manera imparcial. No puede imponer su criterio ni tomar decisiones, debe únicamente limitarse a asistir a las partes para que estas puedan restablecer la comunicación por medio de la facilitación de un espacio con un clima neutral y tranquilo, fomentando de esta manera, el diálogo, la empatía, el asertividad y dirigiendo el proceso para no perder el objetivo inicial que es que las partes lleguen a un acuerdo que ponga fin al conflicto de una manera más eficaz. Dentro de la mediación las partes pueden llegar a acuerdos totales o parciales. También existen ocasiones en las que se puede dar por finalizado el proceso sin acuerdos, sin embargo, aunque no se llegue al resultado esperado, este no es un resultado negativo ya que resulta positivo desde el punto de vista en el cual se ayudó al restablecimiento de la comunicación de las partes siempre desde el respeto.

Ante la prioridad que debería darse para garantizar la protección tanto la protección de la víctima como la oportunidad al agresor de redimirse y resarcir el daño causado, permitiendo acudir a la justicia restaurativa por medio de la mediación como herramienta para lograr su cometido. Actualmente en Ecuador la mediación penal en casos de adolescentes infractores se encuentra restringida en el Reglamento de Mediación en Asuntos relacionados con el Adolescente Infractor en el cual se detalla el proceso a seguir en estos casos y se manifiesta que el único Centro de Mediación que puede realizar mediaciones en casos de adolescentes infractores es el Centro de Mediación de la Función Judicial.

Al hablar de Justicia restaurativa es difícil no referenciar a Zehr (2005) quien al final de la década de 1970, inició su carrera como practicante y defensor de los fundamentos de un concepto recién desarrollado relacionado con la justicia restaurativa estableciendo que, es un enfoque que busca, en la medida de lo posible, la participación de todas las partes interesadas en una ofensa específica. Su objetivo principal es identificar y abordar de manera colectiva los perjuicios, necesidades y responsabilidades que surgen de dicha ofensa, con la intención de promover la recuperación y la corrección de los daños de la manera más efectiva posible.

En estudios previos se explica que la Justicia Restaurativa surge como parte del movimiento político-criminal que busca dar prioridad a la víctima y restablecer su papel en el proceso penal. Este enfoque representa un punto de partida para una visión renovada de la justicia en un país específico, siendo la mediación su herramienta central de intervención (Fernández, 2018).

La mediación centra sus esfuerzos a convertirse en el principal instrumento de la justicia restaurativa, ya que por su naturaleza jurídica la mediación brinda las herramientas necesarias para cumplir el propósito principal de la justicia restaurativa de sanar y enmendar los daños garantizando el bienestar de las partes.

En el contexto de la justicia restaurativa en Ecuador, se busca que las partes afectadas participen en un diálogo estructurado y mediado por un facilitador neutral. Durante este proceso, se alienta a la víctima a expresar sus sentimientos y necesidades, mientras que el infractor es incentivado a asumir responsabilidad por sus acciones y buscar formas de reparar el daño causado. La justicia restaurativa en Ecuador reconoce que el delito no solo afecta a la víctima, sino también a la comunidad en general. Por lo tanto, se busca la participación de la comunidad en la búsqueda de soluciones y la promoción de la reconciliación.

La justicia restaurativa en Ecuador complementa el sistema de justicia penal tradicional y busca brindar alternativas a la respuesta punitiva, promoviendo la reparación del daño y la construcción de una sociedad más inclusiva y pacífica.

Para cumplir con el propósito de sanar y enmendar los daños garantizando el bienestar de las partes, la justicia restaurativa se apoya en instrumentos en los que destacan la mediación entre la víctima y el ofensor, las conferencias familiares y los círculos de diálogo. Estos tres métodos son mencionados por Naciones Unidas dentro del primer I Congreso Internacional sobre Justicia Restaurativa y Mediación Penal (2022) celebrado en Burgos en el año 2010, como los más idóneos para su aplicación en los distintos Estados.

Es primordial entender que la mediación penal es un instrumento de la justicia restaurativa que permite la solución de conflictos penales en el cual las partes acompañadas de una persona neutral llamada mediador, buscan poner fin a un conflicto por medio del intercambio de opiniones entre la víctima y la persona sometida al proceso penal. Este sistema busca restablecer las relaciones entre las partes y la redención del agresor con la víctima y la sociedad de una manera rápida, eficiente y evitando así la confrontación entre las dos partes.

Por ende, es necesario analizar a la mediación en la legislación ecuatoriana y su aplicación en relación con los diversos principios en los que puede apoyarse como lo son los principios de oportunidad y el de mínima intervención:

Considerando que la mínima intervención presupone que el derecho penal vaya encaminado en perseguir los delitos más graves o aquellos en que no se pudiese solucionar mediante otros medios alternativos en el proceso penal ordinario en consecuencia este principio busca que el Estado priorice en el juzgamiento de las infracciones más graves, procurando devolver al ciudadano común la alternativa de solucionar sus controversias en materia penal mediante otra vía que no sea el proceso penal (Delgado, 2018).

En lo que respecta a la legislación ecuatoriana, el Código Orgánico Integral Penal (2014) que contiene las reformas al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia (2003) en el cual ya se prevén otros métodos de resolución de conflictos al añadirse a continuación del artículo 348 los artículos que van del literal “a” al literal “d”, en los cuales determina definiciones reglas y efectos de este método alternativo de resolución de conflictos, señalando que:

Mediación penal. Es un proceso que facilita la comunicación entre la víctima y el adolescente implicado en un conflicto legal. Durante este proceso, se fomenta el intercambio de puntos de vista para encontrar soluciones al conflicto, que pueden incluir la reparación de daños, la realización o abstención de ciertas acciones y la prestación de servicios a la comunidad. En algunos casos, la mediación penal puede ser equivalente a la conciliación (Código Orgánico Integral Penal Art. 348-a., 2014, Ramírez Freire, 2019).

Esta finalidad de la mediación penal en jóvenes adolescentes infractores tiene el objetivo de buscar la mentada justicia restaurativa. De ahí que, la mediación debería ser el principal instrumento utilizado para permitirle al joven adolescente infractor un proceso de rehabilitación y reinserción social que le posibilite reparar el daño causado y redimirse con la víctima y con la sociedad en general.

Es preciso tratar de comprender las acciones de los jóvenes adolescentes infractores como seres cuya edad esta entre los 12 y los 18 años y han entrado en conflicto con la normativa penal. Estos seres humanos cumplen con las condiciones necesarias para aplicar medidas socio-educativas, las cuales se encuentran establecidas en la legislación ecuatoriana y podrán ser clasificadas según el Artículo 372 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia (2003) como privativas de libertad y no privativas de libertad. Medidas que serán impuestas de manera proporcional al delito cometido por el joven adolescente infractor, cumpliéndose así una de las garantías básicas establecidas en el Artículo 77 de la Constitución de la República del Ecuador (2008).

Las bandas delictivas recurren actualmente al reclutamiento de jóvenes adolescentes para el cometimiento de actos ilícitos, dado que por el hecho de ser menores de edad son inimputables y cuentan con un mayor grado de flexibilidad al momento de ser juzgados por sus actos (Torres Castro, 2022). En este sentido, la sociedad exige que el sistema penal juzgue y sancione a estos jóvenes como si fuesen adultos, lo cual lejos de generar una solución representa una amenaza que puede agravar la problemática. Al ser juzgado como adulto se le niega al joven adolescente infractor la oportunidad de redimirse con la víctima y reinsertarse en la sociedad, masificando así una posible reincidencia.

La mediación penal establecida con las reformas a la legislación ecuatoriana nace como respuesta a una problemática social. Es el Estado quien debe garantizar el diseño de un sistema penal de adolescentes infractores, que cumpla con características específicas acorde a la realidad propia de los adolescentes de nuestro país. Al hablar de la aparición de un nuevo sistema penal que responda a la necesidad de los jóvenes adolescente infractores y a la realidad en la que viven, no quiere decir que se sugiere la eliminación del actual sistema penal, únicamente se menciona que el actual sistema debe implementar programas que ofrezcan alternativas reales basados en justicia restaurativa (Gavrielides, 2007). Esto propone que la justicia restaurativa y el sistema penal pueden convivir mediante mecanismos de integración que le permitan a la persona que ha infringido la ley la aplicación de medidas alternativas al sistema penal tradicional. Opciones que busquen alcanzar un resarcimiento al daño causado a la víctima y una integración del adolescente en conflicto con la norma penal a la sociedad.

La inimputabilidad más que una condición es la condición jurídica que se le puede atribuir al menor que habiendo cometido un acto delictivo no tenía la capacidad de comprender la ilegalidad del acto o de dirigir su conducta de acuerdo con esa comprensión, debido a factores como la inmadurez psicológica, problemas de salud mental o circunstancias socioculturales particulares (Trespacios, 2015).

Para comprender la diferencia que supone el proceso de imputabilidad entre adultos y adolescentes infractores, es necesario mencionar que las reglas establecidas en el actual Código Orgánico Integral Penal (2014) cristalizan el proceso de un modelo de justicia. Mediante el cual se realiza la prosecución de las infracciones en las que incurren las personas mayores de 18 años, proceso que tiene como finalidad castigar al delincuente, principalmente con la privación de libertad por el delito cometido y el daño ocasionado.

El Código Orgánico de Niñez y Adolescencia (2003) apoyándose en la normativa internacional que se cuenta para esta materia, dispone que para poder realizar un proceso efectivo de juzgamiento de los adolescentes infractores primero se deben investigar los pormenores del hecho, además de los factores

que también afectan el accionar del adolescente como lo son: el medio; tanto familiar como social en el que se desenvuelve, la personalidad y su conducta.

Los jóvenes adolescentes son considerados legalmente no responsables penalmente, lo que significa que no serán sometidos a juicio por tribunales penales convencionales ni estarán sujetos a las penalidades estipuladas en las leyes penales (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2003, Art. 305)

Por lo cual se establece que los jóvenes adolescentes que entren en conflicto con la ley penal establecida en el Código Orgánico Integral Penal (2014), no serán sancionados en base a esta ley, ya que se les aplicara las disposiciones ya establecidas como medidas socio-educativas del Código Orgánico de Niñez y Adolescencia (2003).

La mediación al contar con cualidades que aseguran el respeto de las garantías de los jóvenes adolescentes infractores ayuda a la justicia restaurativa desde el respeto a las partes. Permitirle al adolescente en estos casos ofensor reparar el daño causado a la víctima al darle una salida no penal al conflicto, y de esta forma permitirle al joven participar en procesos de reinserción en la sociedad.

La mediación en temas de jóvenes adolescentes infractores va de la mano con el principio de mínima intervención del derecho penal y el principio de interés superior del niño. Busca precisamente darle otra salida al conflicto, evitando así el recorte de garantías constitucionales y procesales e incremento de penas desproporcionales en menores infractores (Galarza, 2018)

En Ecuador los procesos de mediación en materia de Adolescentes infractores están estipulados en el Reglamento de Mediación en Asuntos relacionados con el Adolescente Infractor (2014) Como se detalla en el siguiente gráfico:

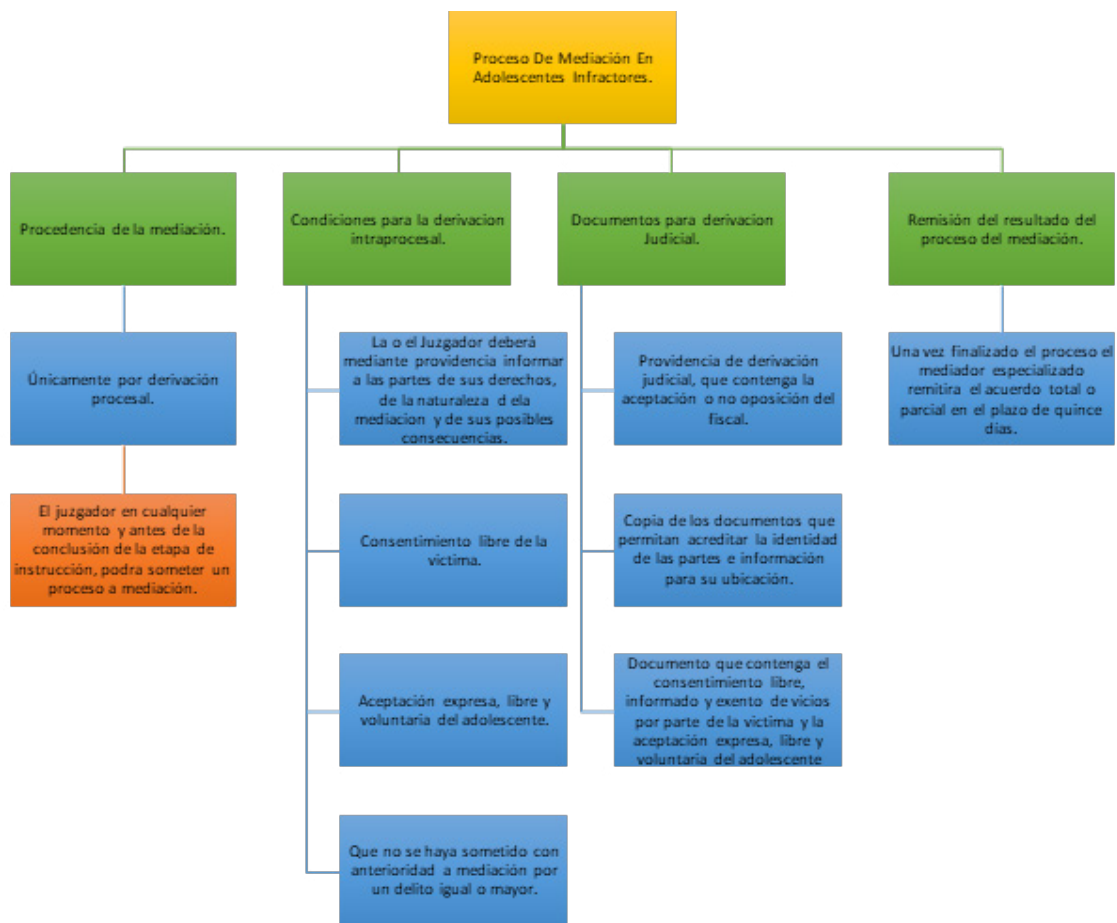


Figura 1. Proceso De Mediación En Adolescentes Infractores. (Fuente: Reglamento de Mediación en Asuntos relacionados con el Adolescente Infractor (2014))

Como se puede observar en la Figura 1 se detallan las fases del proceso de mediación en asuntos de adolescentes infractores, en el cual se establece que la única vía para la procedencia de la mediación es por derivación procesal y las condiciones y documentos necesarios para realizar dicha derivación, y la fase final en la cual se da un plazo de 15 días para que el mediador especializado remita el acuerdo total o parcial, como se encuentra establecido el Reglamento de Mediación en Asuntos relacionados con el Adolescente Infractor (2014) en su artículo 12. Remisión del resultado del proceso de mediación.

En este sentido para los fines de la mediación penal en adolescentes infractores el reglamento es claro y nos brinda las condiciones entre las cuales resalta que para la procedencia del proceso de mediación el adolescente infractor no se haya sometido con anterioridad a mediación por un delito igual o mayor. También especifica los documentos necesarios para llevar a cabo la mediación y hasta qué momento se puede someter el proceso a mediación.

Se puede establecer que el interés público acerca del cometimiento de un delito y de su autor, tienden a ir de la mano con la gravedad del delito, pero ¿Qué es lo que se trata de decir con esto? Para contar con un mejor entendimiento es necesario expresar que:

A medida que la gravedad de un delito aumenta, también lo hace el interés público en su enjuiciamiento y la posibilidad de que el legislador permita al Fiscal seguir procedimientos alternativos o archivar el caso de manera definitiva disminuye. Por otro lado, cuando la gravedad del delito es menor, el interés público en su persecución también disminuye, ya que en estos casos se reconoce que el interés público se centra en la protección de otros valores sociales importantes. Estos valores incluyen la rehabilitación del infractor y la compensación de los daños a la víctima, que se consideran objetivos esenciales de un sistema de justicia penal (Salinas, 2015).

A pesar de los beneficios que otorga la mediación sobre todo en un contexto nacional actual en el cual se cuenta con una saturación del sistema judicial, el cual se puede apoyar de los centros de mediación para alivianar esta. Las cifras que maneja el Centro de mediación de la Función Judicial revelan la brecha entre la teoría y la implementación, esto se ve reflejado en la tabla 1 con datos otorgados por el Centro de Mediación del Consejo de la Judicatura del año 2014 a octubre del 2022:

Tabla 1. Casos de Adolescentes Infractores Atendidos en el Centro de Mediación de la Función Judicial a nivel nacional.

Año	Casos Atendidos	Audiencias Instaladas	Porcentaje Audiencias Instaladas	Acuerdos Logrados	Porcentaje De Acuerdos Logrados
2014	4	0	0,00%	0	0,00%
2015	7	4	57,14%	3	75,00%
2016	8	6	75,00%	6	100,00%
2017	18	13	72,22%	13	100,00%
2018	10	5	50,00%	5	100,00%
2019	10	6	60,00%	5	83,33%
2020	1	1	100,00%	0	0,00%
2021	2	1	50,00%	1	100,00%
2022	5	2	40,00%	1	50,00%
Total, General	65	38	58,46%	34	89,47%

Fuente. Datos otorgados por el Consejo de la Judicatura a solicitud.

Al contrarrestar con datos como los publicados por la Dirección Nacional de Acceso a los Servicios de Justicia en su “INFORME DE LA SITUACIÓN DE ADOLESCENTES EN CONFLICTO CON LA LEY DURANTE EL PERIODO DE EMERGENCIA SANITARIA” se detalla el número de causas ingresadas en materia de Adolescentes Infractores dando un total de 220 causas ingresadas en el período del 16 de marzo al 05 de junio de 2020 en todo el territorio ecuatoriano, año en el cual únicamente se atendió 1 caso en el centro de mediación de la función Judicial (Corte Nacional De Justicia, 2020)..

Esta información se hace más preocupante al observar en la tabla 1 que durante nueve años apenas se registraron 65 casos atendidos los cuales al dividirse para el número de años manifiestan que se derivaron una media de 7,22 casos por año en lo que respecta a mediaciones con adolescentes infractores, de estos 65 casos se logró instalar el 58,46% de audiencias y el 41,54% no pudo ser llevado al proceso de mediación.

De las 38 audiencias instaladas durante este periodo del 2014 al 2022 que responden a una media de 4,22 audiencias instaladas al año, pese a ser pocas durante nueve años se ven reflejados resultados sumamente positivos ya que se logró llegar a un acuerdo en el proceso de mediación en el 89,47% de los casos tratados, esto traducido a números nos indica que de 38 audiencias instaladas se pudo llegar a un acuerdo en 34, demostrando eso que la mediación resulta en un instrumento de la justicia restaurativa eficiente a pesar de su no implementación como método para solucionar conflictos en casos de adolescentes infractores.

Discusión

El actual régimen penitenciario en Ecuador, así como el sistema penal, han demostrado que existe una deficiente forma de manejar el sistema de rehabilitación penitenciaria; más aún, cuando se hace referencia a los adolescentes infractores, es por ello que la mediación penal debería ser puesta a consideración como un instrumento legal a nivel nacional para que pueda ser utilizado en casos determinados en los distintos centros de mediación habilitados, tanto públicos como privados, a fin de permitirle al adolescente infractor dentro de un proceso de rehabilitación y reinserción social, reparar el daño causado y redimirse con la víctima así como con la sociedad en general a través de un método alternativo no punitivo y más bien encaminado a generar una solución viable para ambas partes en los que sus derechos no sean vulnerados y tampoco exista afectación a las garantías y derechos precautelados a las partes constitucionalmente.

El proceso de mediación y los objetivos que este conlleva permiten que el joven adolescente infractor sea consciente del impacto del delito cometido y le da la oportunidad de concientizar acerca del daño causado por medio de sus acciones, creando de esta manera un mayor nivel de responsabilidad al momento de cumplir sus obligaciones de restitución, siendo así una de las mejores alternativas de la justicia restaurativa, ya que tanto la mediación como la justicia restaurativa los beneficios que esta representados y fomentando los valores y comportamientos que favorecen al comportamiento del individuo rechazando la violencia, previniendo de esta forma los conflictos (Caamaño et al., 2019)

Es precisamente en casos de adolescentes infractores que las autoridades y el sistema penal existente recurren a prácticas tradicionales, las cuales crean estigmas y que ven su importancia en torno al castigo como modo de hacer justicia (Graziano, 2020). Ante estas características del actual sistema penal, la mediación se presenta con un enfoque de aprendizaje el cual le permite al joven adolescente infractor un proceso de moralización interna, para que entienda que sus actos tienen una consecuencia y que en este proceso se den cuenta de que hay otra persona a la cual le causó daño, que este daño merece ser reparado y se comprometa con esta reparación del daño.

Los datos tomados en cuenta en el artículo, reafirman que pese al bajo porcentaje de derivación a proceso de mediación en casos de adolescentes infractores en el centro de mediación de la Función Judicial este método alternativo de solución de conflictos demuestra su eficiencia al momento de concretar acuerdos y permitirle al joven infractor resarcir el daño causado a la víctima y a la sociedad, siendo este el principal objetivo de la justicia restaurativa.

CONCLUSIONES

Optar por la Mediación Penal como instrumento de Justicia restaurativa en los procesos contra adolescentes infractores, evita que el joven adolescente involucrado en una determinada contravención o delito tenga que someterse a la deficiente rehabilitación que existe actualmente en el Ecuador, por el contrario generan que al estar involucrado con personas que han cometido infracciones o delitos de mayor afectación genere una corrupción en las ideas de quienes no cometieron infracciones o delitos graves impidiendo el adecuado cumplimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes que se hallan garantizados por la norma Constitucional Ecuatoriana.

En la actualidad existen diversas razones que dificultan la aplicación de la mediación en adolescentes infractores. Estas barreras representan desafíos significativos que deben abordarse para promover una mayor implementación de la mediación en el sistema de justicia juvenil, uno de los principales obstáculos es la falta de conciencia y comprensión sobre la mediación como alternativa a los procesos judiciales tradicionales, esto ya que muchos actores clave en el sistema de justicia, como jueces, fiscales y abogados, pueden tener una formación limitada en mediación y una mentalidad arraigada en el enfoque punitivo.

Las dificultades en la aplicación de la mediación en adolescentes infractores en el mundo actual se derivan de la falta de conciencia y comprensión, la disponibilidad limitada de mediadores capacitados, la complejidad de los casos y la falta de recursos y apoyo institucional. Abordar estos desafíos requerirá un esfuerzo concertado de los sistemas de justicia juvenil, los profesionales involucrados y los responsables de la toma de decisiones para promover la mediación como una herramienta eficaz y centrada en el bienestar de los adolescentes infractores.

Además, los datos estadísticos presentados en el artículo respaldan de manera contundente la eficacia de la mediación en el contexto de los adolescentes infractores en el Ecuador. Durante un período de nueve años, se registraron solamente 65 casos atendidos, lo que equivale a una media de 7,22 casos por año en mediaciones. A pesar de ser un número relativamente bajo, el hecho de que el 58,46% de los casos lograron instalar audiencias de mediación es un indicador prometedor. Ya que, de las 38 audiencias instaladas en ese mismo período, se logró llegar a un acuerdo en el 89,47% de los casos tratados. Estos resultados demuestran la eficiencia de la mediación como instrumento de justicia restaurativa. Es importante resaltar que, aunque se realizaron pocas audiencias instaladas al año (4,22 en promedio), el alto porcentaje de acuerdos alcanzados (34 de 38) subraya el impacto positivo de la mediación en la resolución de conflictos relacionados con los adolescentes infractores.

Concluyendo gracias a los datos estadísticos que la mediación ha sido efectiva para abordar los casos de adolescentes infractores en el Ecuador. Estos resultados respaldan la implementación continua de la mediación como una estrategia prometedora en el sistema de justicia, ya que fomenta la restauración, la resolución pacífica de conflictos y contribuye al bienestar de los jóvenes involucrados.

CONFLICTO DE INTERESES. El autor declara que no existe conflicto de intereses para la publicación del presente artículo científico.

REFERENCIAS

- Asamblea Nacional (10 de febrero de 2014). Código Orgánico Integral Penal. Quito: RO
- Asamblea Nacional Constituyente (2008). Constitución de la República del Ecuador. Ecuador: Registro Oficial No. 449.
- Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos (2020). informe sobre “mediación penal juvenil y acuerdos restaurativos”. Naciones Unidas. <https://www.aiamp.info/images/AInformes/informe-ilanud-aiamp-gjir-28-de-octubre-2020.pdf>
- Caamaño, N., Díaz, S., Luna, M., & Salazar, P. (2020). Mediación y justicia restaurativa en una cultura de educación para la paz. *Orbis: revista de Ciencias Humanas*, 16(47), 98-106. file:///D:/DESCARGAS/Dialnet-MediacionYJusticiaRestaurativaEnUnaCulturaDeEducac-7673071.pdf
- Congreso Nacional (2002). Código Orgánico De La Niñez y Adolescencia. <https://www.registrocivil.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2014/01/este-es-06-C%3%93DIGO-DE-LA-NI%3%91EZ-Y-ADOLESCENCIA-Leyes-conexas.pdf>
- Consejo de la Judicatura. (2014). Reglamento de Mediación en Asuntos relacionados con el Adolescente Infractor. Quito. https://www.funcionjudicial.gob.ec/mediacion/images/documentos/138-2014_-_reglamento_adolescentes_infractores.pdf
- Corte Nacional De Justicia (2020). Absolución De Causas. https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/consultas_absueltas/Penales/adolescentes_infractores/001.pdf
- Delgado, V. A. (19 de abril de 2018). Mediación en el COIP y la aplicación del principio de oportunidad y mínima intervención. *Espiritu Emprendedor TES*, Vol. 2(No. 2), 35-46. <https://doi.org/https://doi.org/10.33970/eetes.v2.n2.2018.70>
- Fernández, M. A. (19 de enero de 2018). La Mediación Penal y el Nuevo Modelo de Justicia. *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, p. 3. <https://doi.org/> <https://doi.org/10.25115/ridj.v0i7>
- Galarza, J. L. (2018). Sistema penal juvenil en Ecuador. Quito. <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/6700/1/T2907-MDPE-Ortega-Sistema.pdf>
- Gavrielides, T. (2007). *Restorative Justice Theory and Practice*: Helsinki: Academic Bookstore. https://ub01.uni-tuebingen.de/xmlui/bitstream/handle/10900/82708/HEUNI_report_52.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Graziano, M. F. (2020). La mediación como una instancia de la justicia restaurativa: sentidos, interpretaciones y valoraciones. *Cuestiones Criminales*, 322-345.
- I Congreso internacional sobre justicia restaurativa y mediación penal. (12 de octubre de 2022). <http://www.justiciarestaurativa.org>
- Ramírez Coque, G. E. (2019). La mediación como herramienta de la justicia restaurativa en casos de adolescentes infractores. [Tesis de Pregrado]. Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Ambato, Ecuador. <https://repositorio.pucesa.edu.ec/handle/123456789/2798>
- Ramírez Freire, G. D. (2019). Implementación de justicia restaurativa mediante Mediación Penal en delitos menores (Bachelor's thesis, Quito). <https://repositorio.usfq.edu.ec/handle/23000/9436>
- Salinas, C. C. (2015). La Mediación: ¿Una Alternativa Real al Proceso Penal? *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 01-17. <http://criminnet.ugr.es/recpc/17/recpc17-01.pdf>
- Torres Castro, N. V. (2022). Análisis Jurídico de la Violencia Intrafamiliar y el Cometimiento De Infracciones Penales de Menores [Tesis de Licenciatura]. Universidad de Guayaquil, Guayaquil.
- Trespalcios, J. G. (1 de diciembre de 2015). La inimputabilidad: concepto y alcance. *Revista Colombiana de Psiquiatría*, XXXIV(1), 26-48. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=80617859005>
- Zehr, H. (2005). *El pequeño libro de la justicia restaurativa*. Good Books.



El delito de estafa con causa ilícita: Caso de estudio

The crime of fraud with unlawful cause: Case study

O delito de fraude com causa ilícita: Estudo de caso

ARTÍCULO DE REVISIÓN

 **Jorge Luis Villacreses Palomeque**
jlvacreses@sangregorio.edu.ec

 **José Manuel Villacreses Intriago**
josemanuelvi@icloud.com

Universidad San Gregorio de Portoviejo, Portoviejo, Ecuador



Escanea en tu dispositivo móvil
o revisa este artículo en:

<https://doi.org/10.33996/revistalex.v6i22.162>

Artículo recibido el 15 de mayo 2022 / Arbitrado el 5 de junio 2023 / Publicado el 03 de octubre 2023

RESUMEN

Ecuador es un país garante de los derechos de sus ciudadanos, especialmente en el ámbito penal, el cual destaca por mantener la importancia del principio de mínima intervención en la justicia penal y velar por los derechos de sus ciudadanos consagrados en la norma suprema denominada constitución. Se llevó a cabo un estudio de caso acerca la sentencia emitida por estafa nro. n°13823-2018-0186, en donde se determina argumentado que la legislación ecuatoriana no está en línea con este principio, ya que se han tipificado demasiadas conductas como delitos y hay escasos mecanismos de prevención. Además, que la interpretación y aplicación de este principio en la legislación y en la toma de decisiones judiciales deben ser revisadas y ajustadas para garantizar una mayor congruencia con los principios rectores del sistema penal.

Palabras clave: Delito por estada; Principio de mínima intervención; Legislación ecuatoriana

ABSTRACT

Ecuador is a country guarantor of the rights of its citizens, especially in the criminal field, which stands out for maintaining the importance of the principle of minimum intervention in criminal justice and ensure the rights of its citizens enshrined in the supreme norm called constitution. A case study was carried out about the sentence issued for swindle No. 13823-2018-0186, where it is determined argued that Ecuadorian legislation is not in line with this principle, since too many behaviors have been typified as crimes and there are few prevention mechanisms. Furthermore, the interpretation and application of this principle in legislation and judicial decision-making should be reviewed and adjusted to ensure greater consistency with the guiding principles of the criminal justice system.

Key words: Statutory crime; Principle of minimum intervention; Ecuadorian legislation

RESUMO

O Equador é um país garantidor dos direitos de seus cidadãos, especialmente no âmbito penal, que se destaca por manter a importância do princípio da intervenção mínima na justiça penal e garantir os direitos de seus cidadãos consagrados na norma suprema denominada constituição. Foi realizado um estudo de caso sobre a sentença emitida pela fraude n° 13823-2018-0186, onde se argumenta que a legislação equatoriana não está em consonância com esse princípio, pois foram criminalizadas muitas condutas e há poucos mecanismos de prevenção. Além disso, a interpretação e a aplicação desse princípio na legislação e na tomada de decisões judiciais devem ser revisadas e ajustadas para garantir maior consistência com os princípios orientadores do sistema de justiça criminal.

Palavras-chave: Crime estatutário; Princípio da intervenção mínima; Legislação equatoriana

INTRODUCCIÓN

Ecuador es un país garante de los derechos de sus ciudadanos, especialmente en el ámbito penal, el cual destaca por mantener la importancia del principio de mínima intervención en la justicia penal y velar por los derechos de sus ciudadanos consagrados en la norma suprema denominada constitución. Esto implica proteger y garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos, como segunda función debe asegurarse de que los operadores de justicia no violen estos derechos en su actividad judicial, independientemente del área en la que trabajen (Asamblea Constituyente, 2008).

Es por ello, que el principio de mínima intervención es fundamental en el ámbito penal. Este principio implica que el Estado y los legisladores solo deben intervenir en el ámbito penal cuando sea estrictamente necesario, limitando la aplicación del derecho penal a casos en los que no existan otras alternativas viables. Este principio busca evitar la sobrecriminalización y garantizar la proporcionalidad de las sanciones. A pesar de lo señalado, en Ecuador se percibe que se incumple con frecuencia el principio de mínima intervención. Esto puede llevar a que los jueces y legisladores entren en la esfera del derecho penal de manera excesiva, lo que puede tener consecuencias negativas (Asamblea Constituyente, 2008).

Bajo ese entendido, se presenta bajo el contexto ecuatoriano el caso sobre el proceso n°13823-2018-01861 en el que se acusa al señor Ángel M de estafa. A través de diagnóstico se pudo observar que los jueces que analizaron el caso no tomaron en cuenta el principio de mínima intervención penal, lo que llevó a una declaración de culpabilidad, a pesar de que la causa de la supuesta estafa era cuestionable (Corte Nacional de Justicia, 2019).

De esta manera, el presente estudio tiene como finalidad presentar un análisis de caso para determinar las fallas e interpretaciones inadecuada sobre la aplicación del principio de mínima intervención penal en los procesos penales, y cuanto puede afectar a la sociedad que se utilice al derecho penal como el principal mecanismo de control social, que en el ámbito legislativo podría desencadenar en una sobrecarga de delitos en el sistema.

DESCRIPCIÓN DEL CASO

El presente caso penal, signado con el número 13823-2018-01861 llega a conocimiento del Juez de Garantías Penales por medio de una denuncia realizada por parte de los ciudadanos el Sr. Vicente V. y otros 16 afectados. Una vez determinado y expuesto el caso y presentadas las pruebas de la fiscalía se pauta la audiencia ante el juez de garantías penales.

De alegatos de la defensa y Fiscalía

Terminada la deliberación, el tribunal de garantías penales se declara por unanimidad la culpabilidad del procesado ANGEL M., en calidad de autor directo del delito tipificado y sancionado en el artículo 186 inciso 1 y 3 imponiéndole una pena privativa de libertad de 7 años y la suma de 20 salarios básicos unificados.

Respecto a la reparación integral de las víctimas, el tribunal tomo en consideración una jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en sentencia de 3 de diciembre del 2001 (Caso Cantoral Benavides vs Perú) sobre las Reparaciones, ha indicado: “Su naturaleza y monto dependen del daño ocasionado en el plano material como inmaterial. Las reparaciones no pueden implicar ni enriquecimiento, ni empobrecimiento para la víctima o sus sucesores”. En tal sentido se impone la multa de \$20.000 Dólares americanos que deberá pagar el sentenciado a las víctimas.

Fiscalía sustenta su acusación en el delito de estafa tipificado en el artículo 186, respecto a la calificación jurídica del delito acusado y del bien jurídico protegido el tribunal de garantías menciona lo siguiente:

(...) COMO SE OBSERVA EL DELITO DE ESTAFA ESTÁ COMPUESTO DE LOS SIGUIENTES ELEMENTOS ESTRUCTURALES: 1.-) PRESENCIA DE ARTIFICIOS O ENGAÑOS, CON LOS CUALES EL AGENTE ALTERA LA VERDAD, MUESTRA UNA REALIDAD FICTICIA Y CREA CIRCUNSTANCIAS ESPECIALES INEXISTENTES; 2) EN VIRTUD DE AQUELLOS, LOGRA INDUCIR EN ERROR O MANTENER EN EL MISMO A LA VÍCTIMA, ESTO ES, LA CONVINCE, O LA DISUADE CON EL PROPÓSITO DE QUE SE EQUIVOQUE AL DAR POR CIERTO LO FALSO, VEA GANANCIA DONDE HAY PÉRDIDA; 3) CONFORME A LO ANTERIOR, ÉSTA TOMA DECISIONES, SE COMPROMETE Y SIGUE EL SENDERO TRAZADO POR EL DELINCUENTE; 4) EL AGENTE LOGRA EL FIN PERSEGUIDO, CON EL CORRELATIVO PERJUICIO DEL DAMNIFICADO (...)

En el caso de estudio no se pretende entrar en controversia respecto a los elementos estructurales de la estafa, entendiendo que sí se configura el engaño y el perjuicio patrimonial. Aunque como podría configurarse el engaño en un supuesto en el que las víctimas proponen el negocio a sabiendas de su ilicitud; está prácticamente implícito que, al ser un negocio ilícito, su realización es incierta, por lo que las víctimas no tendrían derecho alguno a reclamar ni por el cumplimiento del servicio, ni por la devolución del dinero entregado, entonces sería difícil establecer como un engaño un riesgo que están tomando las víctimas.

El tribunal hace una aclaración de los elementos de la tipicidad, refiriéndose que:

(...) NÚCLEO: HACERSE ENTREGAR; OBJETO: FONDOS (DINERO), MUEBLES, OBLIGACIONES (DOCUMENTOS QUE LAS CREAN), FINIQUITOS (DOCUMENTOS QUE LA EXTINGUEN) Y RECIBOS (DOCUMENTOS QUE ESTABLECEN LA RECEPCIÓN DE DINEROS O BIENES); ACTOS ENGAÑOSOS: FALSOS NOMBRES O FALSAS CALIDADES, EMPLEO DE MANEJOS FRAUDULENTOS, QUE DA LUGAR A VARIAS POSIBILIDADES COMO HACER CREER LA EXISTENCIA DE FALSAS EMPRESAS, DE UN PODER, O DE UN CRÉDITO IMAGINARIO, PARA INFUNDIR LA ESPERANZA O EL TEMOR DE UN SUCESO, ACCIDENTE O CUALQUIER OTRO ACONTECIMIENTO QUIMÉRICO; Y FINALMENTE, RECURRIENDO A UN PROCEDIMIENTO ANALÓGICO “PARA ABUSAR DE OTRO MODO DE LA CONFIANZA O DE LA CREDULIDAD”; ELEMENTO SUBJETIVO: FRAUDULENTAMENTE Y CON ÁNIMO DE APROPIARSE. ESTABLECIÉNDOSE POR PARTE DE LA JURISPRUDENCIA NACIONAL EN FORMA UNÍVOCA QUE EL DELITO DE ESTAFA ES ESENCIALMENTE DOLOSO Y CON DOLO DIRECTO (...)

De forma acertada el tribunal aclara como se adecuan los elementos de la tipicidad al caso que les compete, haciendo hincapié en el carácter doloso del delito de estafa, y respecto al dolo el código dice que “Actúa con dolo la persona que tiene el designio de causar daño”

Entender el dolo en un contexto plenamente normativo y bajo el esquema constitucionalista abre paso a examinar la doctrina que estructura verdaderamente el dolo penal dentro del sistema acusatorio adversarial; es por ejemplo que: “Las teorías de la voluntad exigen, además del conocimiento de los elementos del tipo, el elemento de la voluntad consistente en que el sujeto quiera o por lo menos acepte como segura o eventual la realización de la infracción penal” (Díaz-Pita, 1994).

Respecto al bien jurídico protegido, La Convención Americana Sobre Derechos Humanos (1969), señala: “Artículo 21.- Derechos a la propiedad privada: 2.- Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razón de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley”

En la valoración de la prueba, el tribunal refirió lo siguiente:

(...) SE CONSTATA QUE LA PERSONA PROCESADA ÁNGEL M, PRACTICÓ ACTOS IDÓNEOS Y CONDUCENTES DE UN MODO INEQUÍVOCO A LA REALIZACIÓN DEL DELITO QUE EN ESTE CASO ES LA ESTAFA, LO CUAL SE DESPRENDE DE LA SIGUIENTE MANERA: CON LOS TESTIMONIOS RENDIDOS EN LA AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO POR LAS VÍCTIMAS VÍCTOR V., et al., QUIENES DE FORMA CLARA, COHERENTE Y CONCORDANTE RELATAN LOS HECHOS OCURRIDOS EN LOS MESES DE FEBRERO, Y MARZO DEL AÑO 2016. (...)

Los testimonios de todas las víctimas fueron concordantes también en reconocer que conocían la ilicitud del negocio que se propuso con el señor ANGEL M., pero el tribunal tacha de irrelevante este hecho que fue básicamente la piedra angular del contra examen realizado por el abogado defensor. Así mismo en su calificación se hace una aclaración del momento de consumación de la estafa y como funciona su configuración:

(...) LA ESTAFA SE CONSUMA EN EL MOMENTO EN QUE OPERA EL PERJUICIO PATRIMONIAL INHERENTE A LA DISPOSICIÓN PATRIMONIAL HECHA POR LA VÍCTIMA; QUE PARA LA CONFIGURACIÓN DEL TIPO OBJETIVO DE ESTAFA ES SUFICIENTE CON LA CONSTATAción DE LA EXISTENCIA DE UNA DECLARACIÓN FALSA SOBRE UN HECHO CUYA ÚNICA EXIGENCIA DE TIPICIDAD ES QUE PRODUZCA UN ERROR EN OTRO; VALE DECIR, EN EL SUJETO PASIVO O TERCERO QUE LO REPRESENTA; DE ALLÍ QUE, EL SEGUNDO DE LOS ELEMENTOS OBJETIVOS DEL TIPO DE ESTAFA, QUE ES EL ERROR EN EL QUE HA DE DISPONER EL SUJETO DISPONENTE, ENTENDIÉNDOSE POR TAL, EL CONOCIMIENTO VICIADO O LA FALSA REPRESENTACIÓN DE LA REALIDAD EN QUE DICHO SUJETO INCURRE COMO CONSECUENCIA DE LA DECLARACIÓN FALSA Y QUE ES PRECISAMENTE, LO QUE DETERMINA, LA REALIZACIÓN DEL ACTO DISPOSITIVO PERJUDICIAL; EN EL PRESENTE CASO, HA OPERADO CUANDO AQUEL OFRECIMIENTO DE OBTENER UN CUPO PARA INGRESAR A LA POLICÍA NACIONAL NO SE CRISTALIZÓ, PESE A QUE SE ENTREGÓ EL “PRECIO DE LOS TRÁMITES ALUDIDOS (...)

Si bien es cierto la existencia del engaño es la característica principal en la configuración de la estafa, entendiendo que de esta se desprende la disposición patrimonial, si el negocio que se propone es ilícito, como se configura el engaño, si la víctima es consciente de ello. Pese a esto, no se discute sobre la existencia de elementos del tipo, si no sobre la imposibilidad de acción del Derecho Penal sobre estafas con objetos contrarios a derecho.

La defensa en su intervención alego diversas cosas, entre ellas el incumplimiento del debido proceso por haber violado el principio de no doble juzgamiento, ante esto el tribunal expreso:

(...) EFECTIVAMENTE EL PROCESADO SE SOMETIÓ A DICHO PROCEDIMIENTO EN EL CUAL HA RECIBIDO UNA SENTENCIA CONDENATORIA EN SU CONTRA PERO DENTRO DE UN DELITO DIFERENTE AL QUE HOY NOS OCUPA EN ESTA CAUSA, CON HECHOS QUE NO SE RELACIONAN, EN EL CUAL EL JUEZ SENTENCIADOR TOMA COMO ELEMENTO PARA JUZGAR EL INFORME PERICIAL DE INTERCEPTACIONES TELEFÓNICAS ELABORADO POR EL PERITO DE CRIMINALÍSTICA LEONARDO S., QUIEN BRINDÓ SU TESTIMONIO ANTE ESTE TRIBUNAL, TESTIMONIO QUE NO HA SIDO VALORADO POR EL TRIBUNAL COMO MEDIO DE PRUEBA PARA SUSTENTAR LA PRESENTE SENTENCIA (...)

Acertadamente el tribunal rechaza esta postura, y aclara por que no corresponde la aplicación del principio de no doble juzgamiento, entendiendo que las pruebas valoradas no han sido las mismas, ni tampoco el delito por el que se procesó. Estamos de acuerdo con el tribunal en este sentido, y creemos que el argumento es débil por que los elementos de convicción que motivaron la acusación del proceso de asociación ilícito no son concordantes con el proceso actual.

(...) EN CUANTO AL ARGUMENTO DE LA DEFENSA RESPECTO A QUE LAS VÍCTIMAS CONOCÍAN QUE ENTREGAR DINERO PARA TRAMITAR LOS CUPOS DE INGRESO A LA ESCUELA DE FORMACIÓN DE LA POLICÍA NACIONAL ERA UN ACTO ILÍCITO, QUE MAL PODRÍA LA CONSTITUCIÓN Y EL ORDENAMIENTO JURÍDICO AMPARAR SE RECLAME ALGO ILÍCITO. ESTE TRIBUNAL ESTIMA QUE MUCHOS CONSIDERAN QUE EL ESTADO NO DEBE PRESTAR SU TUTELA A QUIENES ACTÚAN CON FINES ILÍCITOS, YA QUE ELLO SIGNIFICARÍA CAMBIAR EL SENTIDO DE LA SANCIÓN PENAL. DESDE ESTE PUNTO DE VISTA CUANDO EL ENGAÑO SE COMETE EN EL MARCO DE UN NEGOCIO ILÍCITO NO PODRÍA AFIRMARSE LA EXISTENCIA DE UNA ESTAFA (...)

Esta postura es a la que nos suscribimos nosotros, entendiendo que el carácter subsidiario del Derecho Penal, lo limita a actuar cuando los demás mecanismos de control social no logran resolver el problema, y no pretendiendo activar el aparato jurisdiccional penal en casos que los que las demás ramas del derecho no protegen dichos actos. A lo opuesto también explica la teoría que busca sancionar estas clases de estafa:

(...) AL ANALIZAR EL BIEN JURÍDICO PARA RESOLVER LA CUESTIÓN, LO IMPORTANTE ES DETERMINAR SI EL OBJETO SOBRE EL CUAL RECAE LA ESTAFA ES DECIR, EL BIEN DEFRAUDADO- PUEDE O NO REPUTARSE INCORPORADO AL PATRIMONIO DEL SUJETO PASIVO "SIN CONTRADICCIÓN CON LOS VALORES FUNDAMENTALES DE LA CONSTITUCIÓN Y EL SISTEMA JURÍDICO GENERAL". ELLO NOS OBLIGA A DIFERENCIAR DOS SITUACIONES: 1) SI EL OBJETO DE LA DISPOSICIÓN PATRIMONIAL SE HALLA RECONOCIDO Y AMPARADO JURÍDICAMENTE EXISTE ESTAFA, AUNQUE LA VÍCTIMA HAYA OBRADO TAMBIÉN CON LA FINALIDAD DE REALIZAR LA CONDUCTA ILÍCITA (...)

Debemos ser claros con esto, y es que el tribunal aclara que, si el patrimonio es legítimo, su protección también lo será, pero cuando dice sin contradicción con los valores de la constitución y el sistema jurídico general, nos preguntamos, acaso en el caso de estafa con causa ilícita no estaría actuando en desarmonía con las disposiciones del Derecho Civil respecto a la no protección que se les brinda a los negocios con causa ilícita.

(...) ES IMPORTANTE SEÑALAR QUE LA EVENTUAL ESTAFA NO EXCLUYE EN ABSOLUTO LA RESPONSABILIDAD DEL ENGAÑADO EN EL HECHO ILÍCITO QUE QUERÍA PERPETRAR, AUNQUE, CLARO ESTÁ, ÚNICAMENTE COMO AUTOR DE TENTATIVA INIDÓNEA, PUES A PESAR DE SU DOLO, LA ACCIÓN BAJO NINGUNA CIRCUNSTANCIA PUEDE CONDUCIR A LA CONSUMACIÓN DEL DELITO (...) Y AÑADE (...) SE DEBE APRECIAR ESTAFA ENTONCES EN LOS CASOS EN QUE, POR EJEMPLO, EL AUTOR SE HACE PASAR FRAUDULENTAMENTE POR UN FUNCIONARIO PÚBLICO Y RECLAMA UN PAGO “INDEBIDO”, AUNQUE LA VÍCTIMA DEBA RESPONDER TAMBIÉN POR EL EVENTUAL DELITO DE COHECHO EN GRADO DE TENTATIVA INIDÓNEA. (...)

Los jueces pretender decir que, en los casos de estafa con causa ilícita, la víctima deberá también ser sancionada por el ilícito del cual nace el engaño, lo cual resulta simplemente absurdo bajo la lógica de la mínima intervención penal. El Derecho Penal dejó de ser ese ente sancionador que busca controlar a la sociedad mediante la imposición de sanciones por lo que rechazamos totalmente esta teoría que busca sancionar tanto al que actor como a la víctima en los delitos de estafa con causa ilícita.

Finalmente, el tribunal aterriza en el caso en concreto y se refiere a la estafa de la siguiente manera:

(...) NO PUEDE DESCONOCERSE LA AUTONOMÍA DEL DERECHO PENAL QUE NO PUEDE DEJAR DE SANCIONAR A UN ESTAFADOR PORQUE EL MEDIO DE QUE SE VALGA PARA OBTENER LA DISPOSICIÓN PATRIMONIAL SEA EL ASEGURAR OBTENER EL CUPO MEDIANTE ACTOS REÑIDOS CON LA LEY, TODA VEZ, QUE EL OBJETO DE LA DISPOSICIÓN PATRIMONIAL (DINERO LÍCITAMENTE OBTENIDO POR LAS VÍCTIMAS) SI ESTÁ RECONOCIDO Y AMPARADO JURÍDICAMENTE, SIN PERJUICIO DE LA NO EXIGIBILIDAD DE LA ENTREGA DE LA LICENCIA; NO OBSTANTE, EN EL CASO EN CONCRETO, NO SE HA JUSTIFICADO POR NINGÚN MEDIO PROBATORIO, QUE EL DINERO ENTREGADO ERA PARA OBTENER UN CUPO EN LA ESCUELA DE FORMACIÓN DE LA POLICÍA NACIONAL Y LUEGO FORMAR PARTE DE LA INSTITUCIÓN POLICIAL, PERO PODRÍA CONSIDERARSE UN ACTO REÑIDO CON LA MORAL ESTE TIPO DE ACCIONES POR PARTE DE LOS SUJETOS PASIVOS DEL DELITO, PERO EN NUESTRA LEGISLACIÓN COMO HA QUEDADO ANALIZADO ESTO NO ANULA, MENOSCABA, EXIME, DISMINUYE LA GRAVEDAD, O ATENÚA LA

EXISTENCIA DEL ACTO TÍPICO, ANTIJURÍDICO Y CULPABLE, QUE ES LA ESTAFA, PUES EL BIEN JURÍDICO QUE ES EL PATRIMONIO SE HAYA RECONOCIDO CONSTITUCIONAL Y LEGALMENTE (...)

Si bien es cierto, que el Derecho Penal es autónomo, esto no significa que puede actuar en contra de una disposición civil. El tribunal se enfoca en la licitud del patrimonio entregado por las víctimas, lo cual considero un argumento débil, porque en el momento que ese patrimonio es invertido en un negocio ilícito, pierde protección jurídica. Y además de eso hace referencia a que no pudo probarse que

ese dinero entregado fue usado para obtener el cupo, pero aun no comprendo la relevancia de este argumento para justificar la existencia de estafa.

(...) EN EL PRESENTE CASO, EL PROCESADO ÁNGEL M., SE DESEMPEÑABA COMO POLICÍA NACIONAL EN SERVICIO ACTIVO, INCLUSO EJERCÍA SUS LABORES EN LA FISCALÍA DEL CANTÓN ROCAFUERTE, DONDE ALGUNAS DE LAS VÍCTIMAS LLEGARON A ENTREGARLE EL DINERO Y CONFIARON POR HABER SIDO RECOMENDADO POR COMPAÑEROS DE LAS MISMAS VÍCTIMAS, Y ES ALLÍ DONDE SE APROVECHA DE ESA CONFIANZA Y CREDULIDAD, PARA MEDIANTE ENGAÑOS ASENTIR QUE PODÍA REALIZAR LOS TRÁMITES SOLICITADOS (...)

Es necesario hacer énfasis en la palabra que usa el tribunal, confiaron, porque en efecto las víctimas, que fueron quienes se acercaron al procesado a proponer el ilícito, confiaron que podían pasar por encima del sistema de ingreso, y es ahí donde realmente se configura el error de las víctimas, cuando se entiende que cualquier negocio ilícito tiene como característica principal su incierta consumación.

Respecto del grado de participación de la víctima el tribunal de forma acertada lo explica:

(...) EL GRADO DE PARTICIPACIÓN NO PUEDE SER OTRO QUE EL DE AUTORA DIRECTA, QUE SEGÚN EL TRATADISTA FRANCISCO M., LO DEFINE COMO; "...AUTOR DIRECTO ES EL QUE REALIZA PERSONALMENTE EL DELITO, ES DECIR, EL QUE DE UN MODO DIRECTO Y PERSONAL REALIZA EL HECHO TÍPICO (...)

Finalmente, luego realizados todos los análisis pertinentes, el tribunal resuelve lo siguiente:

EN BASE A LAS CONSIDERACIONES EXPUESTAS, CON LA PRUEBA ACTUADA, ESTOS JUZGADORES LLEGAN AL CONVENCIMIENTO MÁS ALLÁ DE TODA DUDA RAZONABLE, QUE ESTÁ COMPROBADA LA EXISTENCIA DEL DELITO Y DE QUE LA PROCESADA ES RESPONSABLE DEL MISMO, EN TAL VIRTUD, EL TRIBUNAL DE GARANTÍAS PENALES DE LA CORTE PROVINCIAL DE MANABÍ CONFORMADO PARA LA PRESENTE CAUSA, POR UNANIMIDAD, "ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA", AL TENOR DE LO ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 5 NUMERAL 3 DEL COIP, DECLARA LA CULPABILIDAD DE LA PERSONA PROCESADA: ÁNGEL M., DE NACIONALIDAD ECUATORIANA, DEL DELITO DE ESTAFA TIPIFICADO Y SANCIONADO EN EL ARTÍCULO 186 INCISO 1 Y 3 DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, EN CALIDAD DE AUTOR DIRECTO DE CONFORMIDAD AL ARTÍCULO 42 NUMERAL 1 LITERAL A) DEL MISMO CUERPO LEGAL, IMPONIÉNDOLE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD DE SIETE (07) AÑOS, PENA QUE DEBERÁ DE CUMPLIR EN EL CENTRO DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD DE "EL RODEO" DE LA CIUDAD DE PORTOVIEJO, UNA VEZ EJECUTORIADA LA PRESENTE SENTENCIA, Y COMO EL NOMBRADO SENTENCIADO SE ENCUENTRA EN LIBERTAD SE

LE CONCEDEN CINCO DÍAS PARA QUE SE PRESENTE AL CUMPLIMIENTO DE LA PENA, DE NO HACERLO SE ORDENARÁ SU CAPTURA PARA LO CUAL SE OFICIARÁ A LAS AUTORIDADES POLICIALES.

El tribunal en su intento de no dejar culpables en la calle declara la culpabilidad del procesado aplicando el máximo de la pena establecida los artículos del tipo penal por el cual se procesó. El tribunal no toma en consideración el principio de mínima intervención penal que tiene carácter constitucional, valiéndose de la idea del patrimonio como bien jurídico protegido por la constitución, y pese a que en la sentencia se aborda la ilicitud del negocio jurídico producto de la estafa, parece que los jueces solo quisieron exponer esa teoría sin tomarla realmente en consideración para resolver el presente caso.

El derecho civil ecuatoriano rechaza cualquier tipo de negocio ilícito, y advierte que el que invierta su patrimonio en un negocio ilícito pierde protección jurídica, entonces nos preguntamos, como es que el derecho penal, que se entiende como el ultimo mecanismo de control social que posee el estado, puede intervenir cuando el resto le da la espalda.

Discusión

En este caso, se plantea una situación legal compleja relacionada con la acusación y condena por el delito de estafa en el contexto de la admisión de dinero a cambio de un supuesto acceso a la Escuela de Formación de Policías. El tribunal ha emitido un fallo de culpabilidad basado en su interpretación de la ley y los hechos presentados en el juicio.

Con relación a la estafa el tribunal analiza los elementos necesarios para constituir el delito de estafa, que generalmente incluye engaño, inducción al error, disposición patrimonial y daño. El tribunal parece centrarse en la existencia del engaño y el daño patrimonial, pero también considera la participación consciente de las víctimas en una transacción ilícita. Esto plantea cuestiones éticas y jurídicas sobre si la estafa se configura si las víctimas eran conscientes de la ilegalidad de la transacción.

Por otra parte, el tribunal enfatiza la importancia de la prueba testimonial y sostiene que las víctimas confiaron en el acusado, lo que llevó a su participación en la transacción. El testimonio de las víctimas juega un papel crucial en el fallo, y el tribunal sostiene que se ha probado la existencia de la estafa más allá de toda duda razonable.

Con respecto a la legalidad, el tribunal también aborda la cuestión de si la naturaleza ilícita del negocio tiene algún impacto en la configuración de la estafa. Sostiene que, incluso si el negocio en sí era ilegal, el engaño y la disposición patrimonial están sujetos a la ley penal y, por lo tanto, se configura la estafa. Sin embargo, esta interpretación puede ser discutible, ya que las víctimas estaban dispuestas a participar en un negocio ilícito, lo que plantea cuestiones sobre la moralidad y la ética.

Seguidamente; se impone una pena de 7 años de prisión al acusado y ordena su reclusión en una prisión específica. Esto es una parte estándar del proceso penal después de la condena. Aquí entra en discusión si el Derecho Penal debe intervenir en casos de estafa con causa ilícita. El tribunal parece estar a favor de una interpretación amplia de la aplicación del Derecho Penal en tales casos, incluso si las víctimas eran conscientes de la ilegalidad de la transacción. Este enfoque se basa en la protección del patrimonio como bien jurídico.

En última instancia, este caso destaca la complejidad de aplicar el Derecho Penal en situaciones en las que las partes involucradas están dispuestas a participar en transacciones ilícitas. La decisión del tribunal se basa en su interpretación de la ley y su evaluación de las pruebas presentadas, pero podría ser objeto de debate y controversia en función de las perspectivas legales y éticas de diferentes expertos y observadores.

El Derecho Penal se concibe como una rama del derecho que busca regular el poder punitivo del Estado, tipificando acciones como delitos y estableciendo sanciones. Sin embargo, se enfatiza que el verdadero propósito del Derecho Penal es prevenir el delito, en lugar de simplemente castigar a los infractores. Esta visión concuerda con el enfoque de la prevención y la protección de bienes jurídicos en lugar de la sanción como fin último del Derecho Penal (Cardona, 2006).

La Constitución ecuatoriana de 2008 introdujo el principio de mínima intervención penal como una forma de limitar el uso de métodos violentos de control social. Sin embargo, la implementación efectiva de este principio ha sido un desafío en la realidad ecuatoriana, ya que muchos operadores de justicia no lo comprenden ni lo aplican adecuadamente. El Derecho Penal debe intervenir solo cuando sea estrictamente necesario para la protección de las personas, y se considera el último recurso cuando los mecanismos extrapenales no son suficientes. Además, se menciona la importancia de la subsidiariedad, que implica que el Derecho Penal debe actuar solo cuando otras ramas del derecho no puedan resolver el conflicto. El principio de oportunidad otorga a la Fiscalía la facultad de decidir si se debe continuar o no con la persecución penal en ciertos casos (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

Ecuador modificó su constitución en 2008 para incluir el principio de mínima intervención penal, buscando limitar el uso de métodos de control social violentos. A pesar de esto, la adaptación ha sido lenta y existe una brecha entre la teoría de los principios del derecho penal y su aplicación en la realidad ecuatoriana, especialmente en lo que respecta a la mínima intervención penal (Asamblea Constituyente, 2008; Código Orgánico Integral Penal, 2014).

El principio de mínima intervención penal establece que la intervención penal solo está justificada cuando es estrictamente necesaria para proteger a las personas y debe ser el último recurso cuando los mecanismos extrapenales no son suficientes. Sin embargo, se argumenta que la legislación ecuatoriana no está en línea con este principio, ya que se han tipificado demasiadas conductas como delitos y hay escasos mecanismos de prevención (Hidrovo, 1976; Código Orgánico Integral Penal, 2014; Constitución del Ecuador, 2008).

Existen otros principios relacionados con la mínima intervención penal, como el principio de lesividad (donde solo se sanciona cuando se afecta un bien jurídico) y el principio de oportunidad (que permite al fiscal decidir si se persigue o no un caso penal). Además, se aborda la idea de la fragmentariedad, subsidiariedad y proporcionalidad en el derecho penal (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

CONCLUSIONES

El sistema penal ecuatoriano experimentó un cambio sustancial después de la promulgación de la Constitución de 2008. Esto afectó tanto su estructura como su procedimiento, con la inclusión del principio de mínima intervención penal en el marco constitucional. Este principio tiene como objetivo limitar al máximo la intervención del aparato acusatorio, como la Fiscalía, para asegurar que los ciudadanos gocen plenamente de sus derechos. Se reconoce que el derecho penal es restrictivo en términos de derechos individuales.

Es necesario destacar que la figura legal de la estafa con causa ilícita o *negotia turpis* ha generado debates en relación con su punibilidad. Desde la perspectiva de la mínima intervención penal y el principio de subsidiariedad, se argumenta que resulta imposible sancionar a una persona por este acto. Se subraya el principio de subsidiariedad, que limita la intervención del derecho penal a situaciones que no pueden resolverse a través de otras ramas del derecho. Se argumenta que la estafa con causa ilícita no es un problema que deba ser protegido por el derecho civil ni merece la reacción del poder punitivo del estado.

Se destaca la importancia de que, si la sociedad reconoce circunstancias específicas que deben ser sancionadas, estas situaciones deben estar explícitamente contempladas en el ordenamiento jurídico y aplicarse de manera restrictiva de acuerdo con el principio de legalidad.

Se critica la falta de aplicación del principio de mínima intervención penal en casos específicos. Aunque los jueces reconocen la causa ilícita de la estafa, no la consideran en su decisión, lo que se considera problemático en términos de justicia y coherencia con los principios rectores del sistema penal.

El razonamiento del tribunal es percibido como absurdo, especialmente en un estado de derecho, al permitir que actos ilícitos como el asesinato de un tercero se consideren estafa simplemente porque el patrimonio del ofendido es de origen lícito.

Para cerrar, existe un desafío en la aplicación coherente y efectiva del principio de mínima intervención penal en el sistema penal ecuatoriano, especialmente en casos que involucran la estafa con causa ilícita. La interpretación y aplicación de este principio en la legislación y en la toma de decisiones judiciales deben ser revisadas y ajustadas para garantizar una mayor congruencia con los principios rectores del sistema penal.

CONFLICTO DE INTERESES. Los autores declaran que no existe conflicto de intereses para la publicación del presente artículo científico.

REFERENCIAS

- Asamblea Constituyente. (2008). Constitución de la República del Ecuador. Montecristi: Registro Oficial n° 449. https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf
- Cardona, L. F. H. (2006). Introducción al Derecho Penal de la sociedad postindustrial. Universidad del Rosario. <https://n9.cl/qcooo>
- Corte Nacional de Justicia (2019). Sentencia Nro. CASO N° 13283-2018-01861 <https://appsj.funcionjudicial.gob.ec/jurisprudencia/buscador.jsf>).
- CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, COIP. (2014). Registro Oficial Suplemento 180 de 10-feb.-2014. https://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic5_ecu_ane_con_judi_c%C3%B3d_org_int_pen.pdf
- Convención Americana Sobre Derechos Humanos. (Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969). Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos). <https://www.cidh.oas.org/Basicos/Spanish/Basicos2.htm>
- Díaz Pita, M. (1994). El dolo eventual. Valencia. Tirant lo Blanch, 1994.
- Hidrovó, L. F. (1976). Represión penal y estado de derecho. Barcelona: Diosa.



Transición energética en México, retos y desafíos

Energy transition in Mexico, challenges

Transição energética no México, desafios

ARTÍCULO ORIGINAL

 **Nayeli Urbano Juárez**

09106007@uagro.mx

Universidad Autónoma de Guerrero UAGro. Chilpancingo de los Bravo, México



Escanea en tu dispositivo móvil
o revisa este artículo en:

<https://doi.org/10.33996/revistalex.v6i22.163>

Artículo recibido 5 de septiembre 2023 / Arbitrado 21 de septiembre 2023 / Publicado 03 de octubre 2023

RESUMEN

En la actualidad México cuenta con el marco jurídico que respalda la transición energética, además de contar con las condiciones ambientales para el desarrollo e implementación de las energías renovables, no obstante, el gran desafío para la obtención de este cometido se ve truncado por factores financieros, es decir la insuficiente inversión en proyectos tecnológicos energético. De modo que, con la presente investigación de tipo socio jurídica, bajo el empleo del método analítico deductivo se identificará las falencias, desafíos y retos, que presenta el Estado mexicano para dar cumplimiento a lo establecido en el artículo tercero transitorio de la Ley de Transición Energética. Como resultado se observó que existe un contraste entre la norma que establece la meta de implementación de energías renovables y la creación de acciones por parte del estado, encaminadas a lograr el desarrollo energético en procura de mitigar el impacto del cambio climático.

Palabras clave: Ley de Transición energética; Desafíos ambientales; Programas de energías renovables

ABSTRACT

Currently Mexico has the legal framework that supports the energy transition, in addition to having the environmental conditions for the development and implementation of renewable energies, however, the great challenge for the achievement of this task is truncated by financial factors, i.e. insufficient investment in energy technology projects. Therefore, with this socio-legal research, under the use of the deductive analytical method, the shortcomings, challenges and challenges presented by the Mexican State to comply with the provisions of the third transitory article of the Energy Transition Law will be identified. As a result, it was observed that there is a contrast between the norm that establishes the goal of implementing renewable energies and the creation of actions by the state, aimed at achieving energy development in order to mitigate the impact of climate change.

Key words: Energy Transition Law; Environmental challenges; Renewable energy programs

RESUMO

Atualmente, o México conta com um marco legal que apoia a transição energética, bem como as condições ambientais para o desenvolvimento e a implementação de energias renováveis. No entanto, o grande desafio para alcançar esse objetivo é truncado por fatores financeiros, ou seja, investimentos insuficientes em projetos de tecnologia energética. Assim, esta pesquisa sociojurídica, utilizando o método analítico dedutivo, identificará as deficiências, os desafios e as dificuldades apresentadas pelo Estado mexicano para cumprir as disposições do terceiro artigo transitório da Lei de Transição Energética. Como resultado, observou-se que há um contraste entre a norma que estabelece a meta de implementação de energias renováveis e a criação de ações por parte do Estado, com o objetivo de alcançar o desenvolvimento energético para mitigar o impacto das mudanças climáticas.

Palavras-chave: Lei de Transição Energética; Desafios ambientais; Programas de energia renovável

INTRODUCCIÓN

Por un período superior a 75 años, en la historia de México, no se había suscitado un reforma energética sobre el cambio al modelo de electricidad; lo que permitió que se convirtiera en un acontecimiento histórico, dado que era inimaginable el cambio de paradigma en el modelo de desarrollo y en los sectores de producción del país.

La transición energética en México es un proceso que se circunscribe a la utilización y aplicación de energías limpias, la cual es considerada como un motor que impulsa el desarrollo del país, con el objetivo de mitigar la pobreza energética en lugares marginados, y cumplir con lo establecido en el Acuerdo de París, respecto a contrarrestar el cambio climático.

Así las cosas, el acuerdo mencionado, en reconocimiento del cambio climático como problema de la humanidad, plantea en el artículo 6 numeral 8, que las partes firmantes deben:

...implementar sus contribuciones determinadas a nivel nacional, en el contexto del desarrollo sostenible y de la erradicación de la pobreza y de manera coordinada y eficaz, entre otras cosas mediante la mitigación, la adaptación, la financiación, la transferencia de tecnología y el fomento de la capacidad, según proceda (Acuerdo de París, 2015).

Los Estados que suscribieron El Acuerdo de París, tienen la obligación de contrarrestar el problema ambiental consistente en el cambio climático, por ende, México como parte integrante de dicho acuerdo legisló al respecto, creando y reformando la Ley de Transición Energética de 2015, Ley de Industria Eléctrica de 2022 y Ley General de Cambio Climático de 2012, por medio de las cuales, se estipulan políticas públicas, estrategias y mecanismos para promover una transición energética, a través del uso de energías limpias.

La Ley de Industria Eléctrica de 2022 tiene como objetivo impulsar el desarrollo sustentable en ese sector, y garantizar que el servicio eléctrico sea universal, basándose de energías limpias que permita reducir las emisiones contaminantes. Objetivo que se encuentra señalado en el artículo primero de la citada ley, que a la letra dice:

La presente Ley es reglamentaria de los artículos 25, párrafo cuarto; 27 párrafo sexto y 28, párrafo cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y tiene por objeto regular la planeación y el control del Sistema Eléctrico Nacional, el Servicio Público de Transmisión y Distribución de Energía Eléctrica y las demás actividades de la industria eléctrica (Diario Oficial de la Federación, 2021).

En el caso de la Ley de Transición Energética de 2015, esta norma tiene como objeto “regular el aprovechamiento sustentable de la energía así como las obligaciones en materia de Energías Limpias y de reducción de emisiones contaminantes de la Industria Eléctrica, manteniendo la competitividad de los sectores productivos” (Diario Oficial de la Federación, 2015).

Por su parte la Ley General de Cambio Climático de 2012 trabaja de manera conjunta con las leyes antes mencionadas, con el fin de cumplir con los objetivos del Acuerdo de París, que consiste en preservar la temperatura mundial por debajo de 2 °C. Asimismo dicha norma tiene como objetivo principal el:

Garantizar el derecho a un medio ambiente sano y establecer la concurrencia de facultades de la federación, las entidades federativas y los municipios en la elaboración y aplicación de políticas públicas para la adaptación al cambio climático y la mitigación de emisiones de gases y compuestos de efecto invernadero (Diario Oficial de la Federación, 2012).

A pesar que México cuenta con un marco jurídico en materia de energías limpias y cambio climático, existen retos y desafíos que han impedido cumplir con las metas de transición energética, es por ello que la presente investigación se centra en dar solución de fondo a una problemática social que aqueja al Estado Mexicano, principalmente aquellas entidades que se ubican hacia el sur del país, donde hay mayores niveles de marginación, pobreza y mínima inversión en proyectos sustentables, que generen un cambio no solo ambiental, sino que propicien mejores calidades de vida a ciertas comunidades que carecen de los recursos mínimos como es la energía.

De ahí que, con el propósito de establecer las diferentes variables que se involucran en el objeto de estudio, se planteó una pregunta problema de investigación consistente en determinar si ¿existe un contraste entre la normatividad que regula la transición energética y las acciones implementadas por el gobierno, para la protección, implementación y

desarrollo de las energías renovables como acontecimiento fundamental para el cambio climático y la erradicación de la pobreza energética?

Así mismo, este estudio traza como objetivos evaluar la eficacia de la norma existente y su implementación, identificar los obstáculos, desafíos que afronta el Estado mexicano para lograr dicha transición y proponer una adecuación a la regulación actual, considerando que no tiene el carácter imperativo y vinculante que obligue el cumplimiento de lo establecido en el sistema jurídico en la materia.

La importancia de este estudio radica en la contribución de manera directa a una reestructuración normativa que involucre medidas tendientes a la ejecución de los preceptos legales que regulan la materia, dado que, sin el establecimiento de un imperativo impositivo de las sanciones correspondientes, la ley existente carecería de un respaldo para el cumplimiento de lo previsto en ella.

La transición energética, aunque reconocida en las leyes y en los tratados internacionales, se ha convertido en un ideal futurista, lejano y poco desarrollado, que ha conllevado a que el sistema jurídico que en la materia regula, se tenga como norma en desuso, teniendo en cuenta que no se acata, ni su incumplimiento acarrea una sanción por parte de los órganos encargado de hacer cumplir las leyes.

Tal como se ha sostenido a lo largo de la presente investigación, respecto a la poca existencia de inversión en proyectos energéticos, es de resaltar que entre lo poco realizado se encuentra el Programa Sectorial de Energía 2020-2024, que tiene como objetivo principal el uso y aprovechamiento de las fuentes renovables de energía, con el fin de impulsar que México en los próximos años, se situé en la lista de países menos contaminantes (Secretaría de Energía, 2020).

Asimismo, México ha adoptado políticas con el objetivo de eliminar la pobreza energética, en el año 2015 adoptó la Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible, donde reconoció la relación estrecha que existe entre la energía y pobreza, agenda que se encuentra conformada por diecisiete objetivos, donde se destaca el objetivo siete denominado energía asequible y no contaminante, consistente en “garantizar el acceso universal a servicios energéticos asequibles, fiables y modernos, aumentar considerablemente la proporción de energía renovable en el conjunto de fuentes energéticas y duplicar la tasa mundial de mejora de la eficiencia energética” (Organización de las Naciones Unidas, 2023).

Actualmente México se encuentra en proceso de cumplir con la cuarta generación de la Revolución Industrial, es decir, lograr realizar la transición de las fuentes de energías convencionales sustituyéndola por las fuentes renovables, con el compromiso de que estas últimas sean suplidas de manera progresiva para obtener la descarbonización, con la visión de que las energías no renovables desaparezcan totalmente (Anglés Hernández y Palomino Guerrero, 2019).

Igualmente existen diversos límites que impiden que la transición energética se realice de manera adecuada partiendo de lo político, social, económico y cultural. El mayor obstáculo que impide la transición energética es la falta de inversión, por lo que es necesario el financiamiento para aprovecharla (Villarreal y Tornel, 2017).

Entre los mayores retos que presenta el Estado mexicano, se encuentra el económico y social, dado que estos desafíos implican el verdadero cambio fundamental para lograr la sustitución de generación y consumo de energía.

En ese orden de ideas, el principal reto que enfrenta la transición energética en México, es el desafío financiero, debido a que las finanzas públicas tanto federal como estatal, tienen que ajustarse a esta transformación, primordialmente en ajustes de ingresos, políticas fiscales y gastos (Rivera de Jesús, 2023).

El reto financiero es latente dado que México siempre se ha apoyado en los recursos carbonizados para mantener su economía, y ahora al iniciar con el cambio de paradigma de descarbonización, implica cambiar la forma de generación y utilización de los recursos.

El impacto y efectos que produce la transición energética, es el balance presupuestario, porque este cambio de paradigma implica la descarbonización de las finanzas públicas mexicanas, es decir que los ingresos presupuestarios con los que cuenta disminuirán, porque se aumenta el gasto energético de las energías limpias (Rivera de Jesús, 2023).

Para evitar reducir esta problemática, es importante que el Estado identifique estrategias políticas que equilibren los recursos fiscales con el balance presupuestario de la transición energética.

La mayoría de los estados incluyendo al gobierno mexicano, no tienen la capacidad financiera para solventar los recursos necesarios, que requiere la transición energética,

dado que el presupuesto para alcanzar efectivamente la transición sobrepasa sus finanzas públicas. Por ende, es preciso destacar el papel fundamental que tienen las políticas públicas para alcanzar este objetivo (Delgado y Huáscar, 2021).

En efecto es indispensable que este país, identifique estratégicamente inversiones prioritarias, con enfoques financieros y diseñe una cartera de proyectos que posibilite el acceso al financiamiento, donde intervengan actores públicos y privados. De igual forma reconocer que el presupuesto público, por sí mismo no basta para lograr la transición energética.

En ese sentido, independientemente de la estructuración de una planificación fundamental para la transición, es necesario observar más allá del desafío de una cartera de inversiones, esto es, que el Estado considere transformar necesariamente las finanzas públicas y privadas, es decir que ambas se encuentren alineadas para lograr la transformación energética.

El gobierno mexicano puede realizar tres tareas primordiales en la activación de las inversiones para lograr la transición energética y cumplir con los objetivos climáticos estipulados en la Agenda 2030 y el Acuerdo de París. Las funciones consisten en:

- 1) creación de un entorno propicio (políticas y regulaciones) para inversiones consistentes a largo plazo;
- 2) uso efectivo de presupuestos públicos e inversiones públicas y privadas, incluso a través de fondos dedicados o de intermediarios financieros, y
- 3) aplicación a la medida de instrumentos financieros de mitigación de riesgos (Delgado y Huáscar, 2021).

Otro reto importante que presenta el proceso de la transición energética, se enmarca en la política mexicana de estatización del sector energético, que retrasan el cambio en el sistema energético, al no priorizar sobre los recursos energéticos y tecnologías limpias y eficiente (Vázquez Pérez, 2021).

Aunado a los desafíos antes señalados, México cuenta con el reto del almacenamiento de energía eléctrica, debido a que no tiene el equipo necesario para reservar la energía y pueda ser utilizada con posterioridad, garantizando de esta manera la seguridad energética (Anglés y Palomino, 2019).

La transición energética tiene retos relacionado con el almacenamiento, porque no todos cuentan con un buen sistema para almacenar energías y en muchas ocasiones esa energía se desperdicia, por lo que es necesario que se incorpore un sistema de almacenamiento de energía eléctrica, para poder combatir la problemática de intermitencia que afecta la seguridad energética.

En busca de obtener la disminución de la pobreza energética es indispensable que se implemente los sistemas energéticos rurales sustentables en los lugares de difícil acceso, acompañados de un buen sistema de almacenamiento, que beneficie a la población marginada.

Por otra parte, el sector energético mexicano continúa presentando grandes retos, como es el alto precio de la electricidad, situación que influye a que la economía se quiebre, dado que la electricidad es un elemento esencial para los hogares, centros comerciales e industria, entre otros sectores (Angles y Palomino, 2021).

Los retos de crear y fortalecer un sector energético seguro y limpio en México, se han trazado como metas a largo plazo, como consecuencia de la deficiencia en la infraestructura que actualmente posee el país (Anglés y Palomino, 2019).

En ese orden de ideas, solo se podrá lograr dicha transición energética con la intervención de la mayoría de los estados de la república mexicana, que se sumen a la creación de centrales de energía limpia, para alcanzar el cumplimiento de los objetivos trazados en el marco jurídico.

Para lograrlo se necesita de factores importantes, primero como es la creación y robustecimiento de un mercado eléctrico mayorista y transparente, segundo la implementación de infraestructura suficiente para transmisión y distribución; tercero la extensión a gran escala de la generación distribuida y cuarto la gestión de la sociedad para la creación de proyectos de infraestructura (Anglés y Palomino, 2019).

Es notorio que el nuevo modelo energético promueve la transición y contribuye a desarrollar e impulsar la utilización de tecnologías limpias, por medio de proyectos y políticas públicas en el territorio mexicano. Cambios que se reflejarán a largo plazo dentro del desarrollo sostenible de energías limpias que brinda la posibilidad de crear oportunidades para todos.

METODOLOGÍA

Se realizó un estudio de tipo socio jurídico, corresponde al método analítico deductivo, teniendo en cuenta que se ejecuta por parte de la investigadora una actividad académica, encaminada al análisis y evaluación de los sistemas normativos en materia de transición energética, para describir detalladamente los falencias, retos y desafíos; y consecuentemente poder formular una propuesta de adecuación normativa.

La selección y recolección de la información se realizó a través de la técnica documental de la compilación bibliográfica, usando como instrumento las fichas de contenido, donde se plasmaron aspectos como los datos más relevantes extraídos de tratados internacionales, leyes y normas nacionales, artículos científicos y libros que fungieron dentro del análisis documental.

HALLAZGOS Y DISCUSIÓN

México cuenta con un marco normativo que regula el uso de las energías renovables, sin embargo, hace falta desarrollar de manera precisa y oportuna una estrategia de políticas pública que atienda los desafíos de la transición energética.

Del mismo modo se requiere la implementación de una adecuación al sistema normativo que regula en el tema, lo anterior teniendo en cuenta que, a pesar que existe un reconocimiento de la transición energética en las leyes, no existe un precepto que obligue el cumplimiento de lo señalado en dicho ordenamiento.

Al no establecerse una sanción frente al incumplimiento de las normas, los objetivos perseguidos desde su creación quedan sin razón de ser, convirtiéndose en una norma ineficaz, pues únicamente existe como una idealización del deber ser.

Con base al estudio realizado se puede determinar que la transición energética se encuentra en marcha, sin embargo, es necesario que se incorpore más financiamiento económico por parte del gobierno federal y de las entidades federativas, para lograr el cambio de paradigma energético.

Además, la transición energética se ha dado de manera lenta porque no es obligatorio para todos el implementar el uso de las energías limpias y renovables, lo que impide

que se cumpla con las leyes en materia energética, sumándole la falta de presupuesto económico que impide desarrollar los proyectos de energías.

Son varios los retos que presenta el sector energético, por lo que es necesario replantear una visión que atienda a las necesidades presentes y futuras, a través de políticas energéticas contundentes dirigidas por el gobierno mexicano.

Para lograrlo se necesita del trabajo oportuno del poder legislativo, que posibilite un control y seguimiento puntual, con el objetivo de establecer disposiciones legales, que robustezca la planeación gubernamental e institución de materia de transición energética.

Discusión

La transición a un desarrollo sostenible es importante para los países de América Latina incluyendo a México, sin embargo, el gobierno requiere de mayor capacidad financiera e institucional, para lograr materializar los proyectos de reducción de emisiones de carbono. México al no contar con el recurso económico, es indispensable que lleve a cabo una reforma trascendental en los sistemas de inversión y planificación estratégica, dado que solo de esta manera ese país podrá perfeccionar la eficiencia de las inversiones y usar de manera correcta los recursos existentes (Eirin et al., 2022).

Para hacer frente a los retos que presenta la transición energética, es primordial que el Estado mexicano, establezca un marco de incentivo y una planeación de inversiones públicas, para ello se requiere implementar una reforma que regule la contribución de la inversión privada, puesto que la inversión pública es insuficiente para lograr la transición, por ende, se necesita reactivar la económica, para estar en aptitud de cumplir con la meta climática en el 2030 establecida en el Acuerdo de París (Villavicencio, y Millán, 2020).

Desde el 2013, se ha mantenido vigente la reforma energética en México (Reforma Energética, 2013), por ello, es necesario trabajar en los planes estratégicos bajo las sugerencias emitidas en El Acuerdo de París 2015 y el informe de CEPAL en 2022 sobre las políticas energéticas de la región Latinoamérica y el Caribe. Es indispensable que se implemente dicha reforma, ya que la transición energética no se ha realizado como se estipulan en los objetivos normativos, es decir en cumplir con la meta para el año 2040

en hacer crecer la generación de energía eléctrica a base de energía renovable de un 18% a un 40% (Eirin et al., 2022).

Por ese motivo es importante regular estrategias de participación activa de las finanzas públicas y privadas para impulsar la transformación, donde el gobierno haga partícipe a la sociedad.

CONCLUSIONES

La reforma energética surge frente a la urgente necesidad de subsanar y satisfacer el aumento a la demanda de energía, así como obtener la disminución de emisiones de gases de efecto invernadero, buscando reducir los riesgos ambientales, la pobreza energética y la desigualdad social, a razón que durante muchos años la matriz energética se ha basado únicamente en fuentes fósiles como es el petrolero y gas natural.

México ha fortalecido el marco jurídico de la transición energética, de manera contundente y ambiciosa estableció metas para el sector energético, tal como lo marca la Ley General de Cambio Climático de 2012, la Ley de Transición Energética de 2015 y la Ley de Industria Eléctrica de 2022, sin embargo, el avance de los objetivos planteados es limitado, al contrario, se continúa con la dependencia de combustibles fósiles.

No obstante que México ha realizado esfuerzos para lograr la transición energética estos han sido insuficientes para lograrla de manera completa e integral, pues únicamente ha conseguido fortalecer su marco institucional, más no ejecutarlo derivado de vacíos normativos y retos no atendidos.

En ese sentido el Estado en coordinación con la sociedad y los sectores industriales, deben doblar esfuerzos para poder lograr que el sector energético se desarrolle con seguridad. Por ende, el gobierno debe motivar la participación del sector privado, por medio de financiamiento y promoción de políticas, asimismo propiciar una coordinación entre los sectores público, privado y social.

ASPECTOS ÉTICOS – LEGALES. La autora Nayeli Urbano Juárez declara haber respetado las normas éticas salvaguardando lo establecido en el ejercicio profesional.

CONFLICTO DE INTERESES. La autora Nayeli Urbano Juárez, declara no haber incurrido en ningún conflicto que desglose cualquier interés personal al realizar el presente artículo.

REFERENCIAS

- Angles Hernández, M, y Palomino Guerrero, M. (2021). El desarrollo energético en México a la luz de los derechos humanos. Instituto de Investigaciones jurídicas de la Universidad Autónoma de México. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/14/6573/12.pdf>
- Angles Hernández, M. Palomino Guerrero, M. (2019). Aportes sobre la configuración del derecho energético en México. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/12/5846/15.pdf>
- Convención Marco de las Naciones Unidas (2015). El Acuerdo de París https://unfccc.int/files/meetings/paris_nov_2015/application/pdf/paris_agreement_spanish_.pdf
- Delgado, R., y Huáscar, E. (2021). Política fiscal y cambio climático: experiencias recientes de los ministerios de finanzas de América Latina y el Caribe. Banco Interamericano de Desarrollo. <https://publications.iadb.org/es/politica-fiscal-y-cambio-climatico-experiencias-recientes-de-los-ministerios-de-finanzas-de-america>
- Eirin, M.; Messina, D.; Contreras Lisperguer, R., y Salgado, R. (2022). Estudio sobre políticas energéticas para la promoción de las energías renovables en apoyo a la electromovilidad. Documentos de Proyectos (LC/TS.2022/188), Santiago, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), (2022). <https://n9.cl/l2vme>
- Ley de Industria Eléctrica (11 de mayo de 2022). Diario Oficial de la Federación. México. <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LIElec.pdf>
- Ley de Transición Energética. (24 de diciembre de 2015). Diario Oficial de la Federación. México. <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LTE.pdf>
- Ley General de Cambio Climático (06 de junio de 2012). Diario Oficial de la Federación. México. <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGCC.pdf>
- Organización de las Naciones Unidas (2023). Objetivo 7: Garantizar el acceso a una energía asequible, segura, sostenible y moderna. <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/energy/>
- Reforma energética (2013). Gobierno de la República, Resumen Ejecutivo, 2013. Texto completo. <http://embamex.sre.gob.mx/suecia/images/reforma%20energetica.pdf>
- Rivera de Jesús, C. (2023). Transición energética Un reto para las finanzas públicas. Centro de Investigación Económica y Presupuestaria, A.C. (CIEP). <https://ciep.mx/wp-content/uploads/2023/08/Transicion-energetica.-Un-reto-para-las-finanzas-publicas.pdf>
- Secretaria de Energía (2020). Programa Sectorial de Energía 2020-2024. https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/562631/PS_SENER_CACEC-DOF_08-07-2020.pdf
- Vázquez Pérez, J. (2021). Transición energética en México Estado del sector energético, avance de compromisos ambientales y rol de las Empresas Productivas del Estado. Centro de Investigación Económica y Presupuestaria, A.C. https://ciep.mx/wp-content/uploads/2020/12/Transicion_energetica.pdf
- Villarreal, J., y Tornel C. (2017). La Transición Energética en México: retos y oportunidades para una política ambientalmente sustentable y socialmente inclusiva. Fes Transformación. <https://library.fes.de/pdf-files/bueros/mexiko/13901-20171211.pdf>
- Villavicencio D., y Millán, J. (2020). La transición energética en México: disyuntivas, tensiones y avances en la ejecución del proyecto nacional. Caravelle [En ligne], 115|2020, mis en ligne le 09 février 2021, DOI: <https://doi.org/10.4000/caravelle.8635>



Efecto de la monetización de datos personales, provenientes de plataformas digitales, sobre el derecho a la privacidad

Effect of the monetization of personal data from digital platforms on the right to privacy

Efeito da monetização de dados pessoais de plataformas digitais sobre o direito à privacidade

ARTÍCULO DE PERSPECTIVA

Juan Ricardo Alfonso Rojas¹
juris126@gmail.com

Sthefany Loriet Diaz²
sthefanydiaz210@gmail.com

Alvaro Hernando Ramírez Montúfar³
ahramirez@umariana.edu.co



¹Universidad Santo Tomás. Bogotá, Colombia

²Facultad Latinoamericana de ciencias sociales FLACSO. Quito, Ecuador

³Universidad Mariana. Pasto Nariño, Colombia

Escanea en tu dispositivo móvil
o revisa este artículo en:

<https://doi.org/10.33996/revistalex.v6i22.164>

Artículo recibido 12 de agosto 2023 / Arbitrado 14 de septiembre 2023 / Publicado 03 de octubre 2023

RESUMEN

La monetización de datos personales provenientes de plataformas digitales recopila grandes cantidades de datos personales, desde preferencias de búsqueda hasta hábitos de compra. Esta recolección masiva puede llevar a la creación de perfiles detallados de usuarios, lo que representa una amenaza para la privacidad. Abordar estos problemas requiere un enfoque integral que combine regulaciones efectivas, prácticas éticas de las empresas y una mayor conciencia por parte de los usuarios sobre la importancia de proteger su privacidad en el entorno digital. De acuerdo a esta perspectiva se presenta un análisis sobre las nuevas formas de valorar los datos desde un componente económico y de sostenibilidad amparado en el derecho a la privacidad. Se construyó un análisis crítico de perspectiva. A manera de cierre se pudo establecer que la monetización de datos plantea desafíos legales y éticos en cuanto a la privacidad. Las leyes de protección de datos pueden no ser suficientes para abordar las complejidades de la recopilación y el uso de datos en el entorno digital, lo que deja a los usuarios en una posición vulnerable.

Palabras clave: Derecho a la privacidad; Monetización de los datos; Plataformas digitales

ABSTRACT

The monetization of personal data from digital platforms collects large amounts of personal data, from search preferences to shopping habits. This massive collection can lead to the creation of detailed user profiles, posing a threat to privacy. Addressing these problems requires a comprehensive approach that combines effective regulations, ethical business practices, and increased user awareness of the importance of protecting their privacy in the digital environment. From this perspective, an analysis is presented on the new ways of valuing data from an economic and sustainability component based on the right to privacy. A critical analysis of perspective was constructed. In conclusion, it was established that the monetization of data poses legal and ethical challenges in terms of privacy. Data protection laws may not be sufficient to address the complexities of data collection and use in the digital environment, leaving users in a vulnerable position.

Key words: Privacy rights; Data monetization; Digital platforms

RESUMO

A monetização de dados pessoais de plataformas digitais coleta grandes quantidades de dados pessoais, desde preferências de pesquisa até hábitos de compra. Essa coleta maciça pode levar à criação de perfis detalhados de usuários, o que representa uma ameaça à privacidade. Para resolver esses problemas, é necessária uma abordagem abrangente que combine regulamentações eficazes, práticas comerciais éticas e maior conscientização do usuário sobre a importância de proteger sua privacidade no ambiente digital. A partir dessa perspectiva, é apresentada uma análise sobre as novas formas de valorizar os dados a partir de um componente econômico e de sustentabilidade sustentado pelo direito à privacidade. Foi construída uma análise crítica da perspectiva. Em conclusão, foi estabelecido que a monetização de dados apresenta desafios legais e éticos em termos de privacidade. As leis de proteção de dados podem não ser suficientes para lidar com as complexidades da coleta e do uso de dados no ambiente digital, deixando os usuários em uma posição vulnerável.

Palavras-chave: Direito à privacidade; Monetização de dados; Plataformas digitais

INTRODUCCIÓN

En las plataformas digitales a menudo se recopilan cantidades masivas de datos personales de los usuarios, yendo desde información básica hasta detalles más sensibles. Esta recolección excesiva puede ir más allá de lo necesario para proporcionar servicios y afectar la privacidad de los individuos (Da Silva y Nuñez, 2021). Muchas plataformas digitales carecen de transparencia en cuanto a cómo recopilan, procesan y comparten los datos de los usuarios. La falta de claridad dificulta que los usuarios comprendan completamente cómo se utilizan sus datos, lo que impacta su capacidad para tomar decisiones informadas sobre su privacidad (Lima, 2023).

En algunos casos, las plataformas digitales pueden utilizar los datos de los usuarios para fines que no han sido claramente comunicados o para los cuales no se ha obtenido un consentimiento claro. Esto plantea cuestionamientos éticos sobre la ética de utilizar datos de usuarios de manera que no esté alineada con sus expectativas originales (Gonzalez, 2019). La creación de perfiles detallados de usuarios con el propósito de personalizar la publicidad puede resultar invasiva. Los algoritmos que utilizan estos perfiles pueden influir en las decisiones de los usuarios de manera sutil, y algunos pueden percibirlo como una violación de su privacidad (Gonzalez, 2019).

Da Silva y Nuñez (2021) establecen que la información recopilada por las plataformas digitales está sujeta a riesgos de seguridad, como brechas de datos y hackeos. Cuando los datos caen en manos equivocadas, ya sea a través de actividades maliciosas o errores de seguridad, la privacidad de los usuarios se ve comprometida.

Aunque las plataformas digitales a menudo monetizan los datos de los usuarios, estos no siempre reciben un beneficio directo o equitativo (Murali, 2022). Los usuarios pueden sentir que están siendo explotados cuando sus datos generan ingresos significativos para las empresas sin una reciprocidad clara. La falta de regulaciones efectivas y la rápida evolución de la tecnología pueden dificultar la protección efectiva de la privacidad en el entorno digital. Los marcos legales a menudo luchan por mantenerse al día con las prácticas de recopilación y uso de datos en constante cambio (Castro, 2019). Abordar estos problemas requiere un enfoque multifacético que involucre tanto a las empresas como a los reguladores. Es esencial equilibrar la innovación tecnológica con la protección de la

privacidad, estableciendo estándares claros, fomentando la transparencia y empoderando a los usuarios con el control sobre sus datos personales.

PROCESO DE CONSTRUCCIÓN DEL ANÁLISIS

El análisis se llevó a cabo bajo la interrogante ¿cómo la monetización de los datos a partir de las plataformas digitales afecta el derecho a la privacidad? Estableciendo como objetivo analizar las nuevas formas de valorar los datos desde un componente económico y de sostenibilidad amparado en el derecho. La información analizada se llevó a cabo dos momentos, el primero se realizó un estudio del origen e importancia de la monetización de los datos, el papel de las plataformas digitales dentro de la monetización de los datos, la inequidad en el mercado digital. El segundo momento se realizó un análisis de los efectos en el derecho a la privacidad, para finalmente analizar el caso Colombia-Unión Europea. El estudio estuvo orientado bajo el carácter interpretativo que fue de lo particular a lo general, desde el punto inductivo en donde a través del método cualitativo.

PERSPECTIVA

Origen e importancia de la monetización de los datos

Hoy en día se habla sobre el manejo de datos, pero poco se sabe sobre cómo funcionan y que tan importantes pueden llegar a ser. La cultura de datos no es algo nuevo dentro del mundo digital, su historia se remonta a los años 90 con la llegada del internet a muchos hogares y la creación de los correos electrónicos, que supusieron nuevos retos que requerían soluciones prácticas. Ya que, los buzones de los correos electrónicos se encontraban llenos de mensajes que eran enviados por bots, los cuales contenían diferentes anuncios.

Esto causaba molestia entre los usuarios quienes encontraban sus buzones llenos de mensajes enviados por Spambots, nombre con el que fueron llamados estos bots programados para enviar mensajes.

En el año de 2000 un estudiante guatemalteco buscó una solución a este problema, basando en el Test de Turing, el cual tiene como fin probar si quien está escribiendo es una persona o una máquina, y que se basa en el código descifrado por el matemático Alan Turing durante la segunda guerra mundial. Lo que hizo Luis von Ahn, fue crear algo llamado Capchats, donde las personas debían escribir un código que se les presentaba y el cual no podía ser leído por las máquinas hasta ese momento.

Esta nueva forma de verificación ofrecía un alivio para las personas, quienes ya no tenían que ver sus correos inundados por Spam. Compañías como Yahoo! vieron en esta nueva forma una solución práctica, tal y como lo refieren Mayer-Schönberger y Kenneth (2013). Algo importante que se debe tener en cuenta aquí, es que en un principio esta forma de verificación solo tenía una función que era en efecto determinar que quien escribía no fuera una máquina.

El panorama cambió con la llegada del Recapchats, el cual tiene dos funciones por un lado al igual que el Capchat verificar que no sea una maquina la que escribe, y por otro determinar que palabras o códigos fueron más difícil de detectar para las personas. Esta última función, generó un ahorro significativo para las compañías en contratación de personal, lo que causó, que las empresas comenzaran a ver en estas formas maneras de alivianarse de cargas económicas, como las que implica la contratación de personal.

A partir de este momento, se comienza hablar del potencial que subyace en los datos y lo significativo que puede llegar hacer para las empresas, es así que, hoy en día se plantea que el valor de los datos no recae en su primer uso, sino en sus futuros usos. Lo que invita a las compañías a cambiar su forma de hacer negocios, (Mayer Schönberger y Kenneth, 2013).

Estas formas de valorar los datos no surgen por si solas de hecho para poder hablar de la monetización de datos, se debe partir de tres puntos: el primero encaminado a la reutilización básica de un dato, es decir aquella que realizan los motores de búsqueda de Google a partir de sus sugerencias. Por otro lado, se encuentra los datos recombinantes donde el valor de un dato no puede ser determinado hasta que no se combina con otro, un ejemplo de esto son las cámaras de reconocimiento facial las cuales funcionan con una base de datos madre y aquella que se toma en el momento, una vez se combinan las dos surgen los verdaderos valores de estos datos biométricos.

Por otra parte, se encuentran los datos extensibles que tienen un doble fin desde su inicio, un ejemplo de esto es lo que hace Walmart desde el año 2019, quienes instalaron una serie de cámaras que tienen como objetivo determinar los hábitos de compras de sus clientes, esto les permite eliminar una serie de tareas que eran propias de las personas y las cuales eran poco eficientes al momento de hacerlo, por ejemplo, en el reemplazo de productos en los stands (Álvarez, 2019).

Además, existen otras visiones frente a cómo se puede producir la monetización de los datos. Da Silva y Núñez (2021) y Deichmann et al., (2016) plantearon otras formas en las que esta se puede llegar a dar, para ello, sostienen que el valor de los datos surge a partir de algo llamado los ecosistemas digitales, que básicamente consiste en aumentar la importancia de sus propias plataformas digitales que le permitirán abarcar una mayor cantidad de datos.

Aunado a ello, el aumento de flujo de datos, habilita el crowdsourcing que permite a partir de la acumulación masiva monetizar la información. De igual forma, se encuentra la inter-operatividad que define la forma en cómo se archivan y clasifican los datos; por otro lado, está el punto central de descubrimiento y por último la calidad de los datos.

Por otra parte, es necesario establecer que, el mercado de datos inicia económicamente hablando en el momento que se dan intercambios para sacar un provecho a estos. Pero aquí surge un problema, ya que como lo estudian Deichmann et al., (2016) aquellas empresas que tengan en sus manos los datos son quienes impondrán las condiciones para obtener la licencia de estos. Lo que puede causar que, se generen cláusulas injustas. Es así que, el valor de los datos dependerá mucho del punto en el que se comercialicen.

Depending on the role of the marketplace, depth of value added will vary.

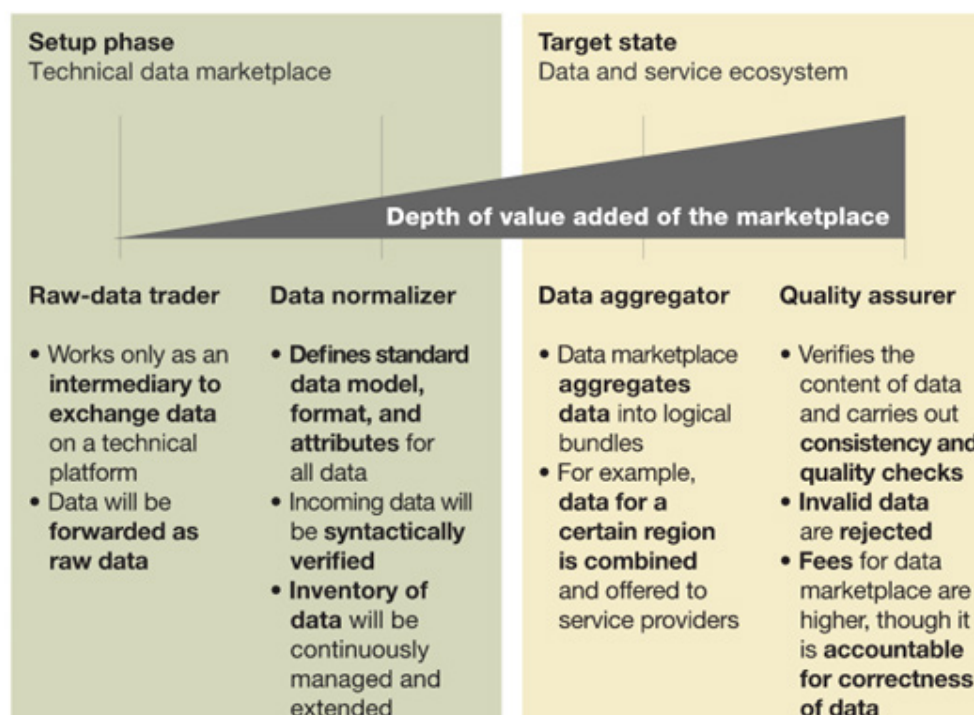


Figura 1. El valor agrado de los datos. (Fuente: Deichmann et al., 2016).

En la Figura 1 se puede ver dos formas en las que se comportan los datos en el mercado, por un lado, se encuentran, aquellos que están en un primer proceso dentro de la compañía. Y por el otro lado, aquellos datos que ya han ingresado a una etapa comercial, que además generan un mayor valor, porque como se había mencionado antes la combinación de los datos permite generar mayores beneficios.

La importancia de la economía de los datos radica en que son un potencial mercado para que las empresas puedan crecer y mejorar sus ingresos, pues estos permiten que se innove en la forma de hacer negocios. Esto último debido a que, usualmente las compañías tienden a usar métodos lentos para estrategias de marketing lo que Da Silva y Núñez (2021) denominan como gatekeepers. Estos pueden ser sustituidos por algoritmos que se alimentan de las bases de datos de la compañía y que resultan más beneficiosas, pues pueden determinar a partir de una clasificación de los datos realizada de manera automática, cuáles son las preferencias de los clientes. Además, genera que exista un mayor beneficio para las compañías ya que pueden fijar las características de

su público objetivo de una manera más eficaz, lo cual se ha venido haciendo a través de las plataformas digitales.

Las plataformas digitales dentro de la monetización de los datos

Estas pueden ser comprendidas como estructuras de tipo arquitectónico que se basan en hardware y software, lo que quiere decir que la plataforma actúa como un centro que organiza recursos, transacciones y relaciones en un ecosistema con efectos de red. Este ecosistema involucra a diversos actores como consumidores-usuarios, profesionales, empresas, instituciones y socios comerciales, con el objetivo de co-crear valor. Una característica distintiva es que, en una plataforma, tanto los activos como el valor generado se desplazan fuera de la organización y resultan de la capacidad para coordinar interacciones entre los participantes del ecosistema (Ruggieri et al., 2018)

Es decir que, su importancia radica en la estructura, ya que impulsa a la compañía a cambiar su percepción de los contenidos, expandiéndose más allá de la creación persona a persona para incluir interacciones persona-máquina y máquina-máquina, ocasionando que las cadenas de valor tradicional cambien, pues como lo refieren Schönberger y Kenneth Cukie (2021) estas se basan en los modelos de tipo lineal, es decir, aquellas basadas en la creación y entrega de su producto al consumidor.

Con la entrada de las plataformas digitales estas cadenas de valor lineal se ven forzadas a ser cambiadas. Ya que, la interacción que se genera aquí es entre productores y consumidores, sin necesidad de esperar que el producto llegue hasta el consumidor final, pues la interacción inicia desde mucho antes. Es importante resaltar que, el valor radicará aquí en la importancia que cada usuario le dé, dando origen así los llamados efectos de red. Los cuales consisten en otorgar un valor a través de los usuarios, quienes básicamente son los que desde sus redes hacen promoción de los productos que consumen. Además, la promoción que se realice de un producto puede ser positiva o negativa, un ejemplo de lo anterior son las opiniones de los lugares que dejan las personas en Google. Estas plataformas también aprovechan estas formas de red para ofrecer a sus clientes ofertas que posiblemente otra plataforma no les brindará.

De esta manera, a partir del uso de datos y considerando la última vez que los visitó o que compró, cuál fue el producto que buscó, entre otros. Lo que les permite a estas plataformas no solo sacar ofertas de acuerdo a su público objetivo, sino también buscar convertir al consumidor en un cliente fiel a partir de los datos recolectados. Un ejemplo de esto se muestra en la Figura 2.



Figura 2. Uber en las elecciones de Ecuador. (Fuente: App Uber).

En la Figura 2 se puede apreciar, cómo desde el uso de los datos del GPS utilizado por la aplicación, se puede determinar donde se encuentra ubicado el usuario y a partir de ello, esgrimir acontecimientos que estén sucediendo en el lugar donde se encuentra para garantizar su fidelidad, en este caso descuentos por ejercer el derecho al voto. Es importante resaltar que, este modelo de uso de datos ya no es propio solo de los nativos digitales, por el contrario, muchas otras empresas han entrado en este juego de los datos al ver la riqueza que en ellos radica.

Estas nuevas formas de hacer negocios dan origen a las economías GIG, las cuales se basan en un intercambio de información que en este caso se ve mediado por las plataformas digitales (Bernis y Guinsburg, 2019). Con estas nuevas formas de economía han surgido nuevas preocupaciones, pues estas suponen una desventaja para aquellas compañías que no pueden acceder a grandes volúmenes de datos.

Monetización de los datos y la inequidad en el mercado digital

En cuanto a inequidad, no todos pueden tener acceso a grandes volúmenes de datos, lo que ponen a las compañías en una seria desventaja competitiva frente a las que sí. En virtud de esta preocupación la Unión Europea inició a trabajar en el “Reglamento (UE) 2022/1925 Del Parlamento Europeo y Del Consejo de 14 de septiembre de 2022”.

El reglamento europeo entró en vigencia en 2023, debido a la acogida que han tenido en los últimos años las plataformas digitales. Lo cual ha llevado al comercio a rumbos que no se habían previsto antes, viéndose obligado a impulsar el manejo masivo de datos, ya no solo dentro de una región determinada, sino también en la transformentización de los datos.

El Parlamento y el Consejo de la Unión Europea (2022) indican que un reducido número de empresas se encuentran manejando estos datos, lo que las lleva a posicionarse y a mantener un gran poder económico. Basados en esto, el organismo propuso la creación de los guardianes de acceso. Debido que al establecerse prácticas desleales puede afectar a la equidad de las relaciones comerciales.

Por otra parte, el Parlamento y el Consejo de la Unión Europea (2022) señalan que las practicas domesticas también han generado un riesgo y un alto costo en algunas empresas que no pueden cubrir. Pues, en su afán por combatir las prácticas desleales lo que se ha hecho es promulgar una cantidad de legislación que ha ocasionado que exista una fragmentación a nivel comercial y que en vez de disminuir las prácticas deshonestas estas hayan aumentado.

Las normativas propuestas buscan generar un cambio y un beneficio para aquellas pequeñas compañías que no pueden acceder de forma masiva a los datos. De igual forma, se busca proteger los derechos de los usuarios, siendo que, se prohíbe cualquier práctica

tendiente a generar trabas en el ejercicio de los derechos de los consumidores. Además, buscan la re-identificación de los usuarios. Esto en consonancia con la anonimización que se espera al momento de capturar los datos y la reutilización de los mismos; la cual consiste en borrar aquellos rastros que permitan a las empresas ubicar al usuario de origen; sin embargo, el reto de esto es conservar la calidad y fiabilidad del dato. No obstante, no es una garantía real, ya que como lo mencionan Mayer Schönberger y Kenneth Cukie (2013) en un mundo masivo de datos la re-identificación cada día se vuelve más fácil de lograr.

Para ello, es necesario garantizar una transparencia no solo en el manejo de datos, sino también evitar actividades desleales el reglamento europeo propone que exista una auditoria de los criterios que se utilicen para realizar los p erfiles que posteriormente serán entregados. Pues a partir de los datos se realizan una serie de perfiles de posibles consumidores, dentro del documento que se entrega debe constar información como: el cómo se obtuvieron esos datos, cuáles fueron las medidas utilizadas para obtener el consentimiento para el uso de dichos datos. Sin embargo, lo anterior no representa una garantía real en la protección de los datos personales, ya que existen múltiples factores que pueden interferir en la materialización del derecho a la intimidad y privacidad de las personas.

La monetización de los datos y la privacidad

Cuando se habla del derecho a la intimidad y a la privacidad se está hablando del mismo derecho. Sin embargo, en legislaciones como la de Colombia este derecho fue reconocido como intimidad. Siendo que, al momento que se realiza un análisis jurídico-teórico del mismo se puede determinar que se hace referencia al mismo derecho. El cual tiene por objetivo, salvaguardar las esferas más privadas de la vida de una persona evitando con ellas injerencias en su ejercicio (Burbano et al., 2022).

Contrario a lo que se podría pensar, los datos por sí solos, no pueden dar información de una persona determinada. Es preciso que sean procesados, por ejemplo, en datos biométricos. Esta estrategia para la protección de los datos se basa en notificación, consentimiento y exclusión o anonimización. Pero como lo mencionan Mayer y Kenneth

(2013) estas han perdido vigencia y deben ser replanteadas, ya que no suplen las necesidades de protección que requieren los usuarios de las redes hoy en día.

Muestra de ello, es la encuesta realizada por CIGI- Ipsos en colaboración con la UNCTAD demostró todo lo contrario. Pues como menciona Naciones Unidas (2021) en su informe, las personas que se someten a estas encuestas demuestran que cada vez más existe una preocupación por la protección de sus datos y sienten una inseguridad frente a la recopilación de estos.

Más aún cuando se habla de flujo de datos fronterizos, donde sus datos van de un país a otro y se ven sometidos a diferentes legislaciones, donde no todas ofrecen una verdadera garantía de su uso y protección. Como es el caso de Colombia que la propia Corte Constitucional de dicho país mediante sentencia C -748 de 2011, reconoce que desafortunadamente no cumplen con los estándares internacionales requeridos. Pese a ello, Colombia actualmente se encuentra creando una iniciativa junto con la Unión Europea, para la reutilización de los datos y así fortalecer el derecho a la privacidad.

Iniciativa de Colombia-Unión Europea

La iniciativa en la que se encuentra inmiscuida Colombia, surge por una propuesta de la Unión Europea que tiene como fin la construcción de un mercado de datos, esto último resulta curioso, ya que la Unión Europea ha sido uno de los más críticos al momento de proteger los datos como consta en su Reglamento (UE) 2016/ 679 del 27 de abril de 2016, donde se buscó garantizar una protección a la privacidad de las personas sin tener en cuenta su nacionalidad. Da Silva y Núñez (2021) establecen 3 iniciativas denominadas "Support Centre for Data Sharing" (SCDS), Open Data y la propuesta de ley de gobernanza de datos, que busca la reutilización de los datos a partir de alguna remuneración. Esta propuesta llegó hasta Colombia gracias al Foro Económico Mundial, con esta se busca además fortalecer la economía digital, motivando a que Colombia sea uno de los países latinoamericanos pioneros en este tema.

Este modelo de mercado basado en datos que se viene manejando entre la Unión Europea y Colombia, contiene varios puntos entre los que se puede resaltar transnacionalidad, modelo financiero, gobernanza de datos, entre otros. Sin embargo, uno de los pilares en los que se fundamenta este convenio es la garantía a la privacidad.

Por ello, queda la duda de cómo Colombia puede garantizar la transparencia y el manejo de datos si el 12 de febrero de 2023 se capturó una persona quien tenía en su poder cercar 2.5 millones de datos, pertenecientes a las historias clínicas de miles de ciudadanos colombianos (Revista Semana, 2023). Queda claro que Colombia aun no puede ser considerado un país que proteja realmente el derecho a la privacidad, por el contrario, aún se encuentra en proceso de implementación de manera eficaz del habeas data.

Discusión

La Unión Europea ha propuesto una Estrategia Europea de Datos que busca convertir a la Unión en líder de una sociedad dirigida por los datos. La creación de un mercado único de datos permitirá que estos fluyan libremente por la Unión y entre sectores, en beneficio de las empresas, los investigadores y las administraciones públicas. El acceso a los datos y la capacidad de utilizarlos son elementos fundamentales para la innovación y el crecimiento. La innovación basada en los datos puede aportar beneficios importantes y concretos, por ejemplo: una medicina personalizada, una movilidad más eficiente, una mejora de la formulación de políticas, una modernización de los servicios públicos, entre otros (Comisión Europea, 2022).

En cuanto a Colombia, existe la Ley 1581 de 2012, el Decreto 1377 de 2013 y la Guía de responsabilidad demostrada de la SIC (Superintendencia de Industria y Comercio) para la protección de datos. La Ley establece las reglas para la protección de datos personales y la forma en que se deben recolectar, almacenar, usar y compartir. El Decreto reglamenta la Ley y establece los procedimientos para el manejo de datos personales. La Guía de responsabilidad demostrada de la SIC establece las mejores prácticas para el manejo de datos personales y la forma en que se deben implementar 2 (Universidad Externado de Colombia, 2019).

Si bien es cierto que se denota una intencionalidad, en el aspecto formal no se detalla información específica sobre una iniciativa conjunta entre Colombia y la Unión Europea sobre la protección de datos y derecho a la privacidad de las plataformas digitales, lo que si puede haber es una necesidad en Colombia por desarrollar una reforma de protección de datos como la que aprobó la Unión Europea en 2023.

CONCLUSIONES

Es cierto que el uso de datos no es algo nuevo, pero su importancia en la economía ha ido en aumento. Las empresas han comenzado a comprender su relevancia y cómo pueden agilizar diferentes procesos que antes eran exclusivos de los humanos, pero que generaban no solo un elevado costo monetario, sino también largos periodos de tiempo.

Sin embargo, no es fácil darles un valor monetario a los datos, ya que representan un enorme valor que puede generar tanto ganancias como pérdidas. Además, no todas las compañías tienen acceso a grandes volúmenes de datos, lo que las pone en desventaja frente a otras compañías.

Es importante velar por la protección de los datos, ya que estos representan un riesgo para los derechos como la privacidad. Aunque es impensable dejar de hacer uso de los datos que se captan día a día, es posible plantear nuevas formas de protegerlos.

En cuanto a la iniciativa de Colombia y la Unión Europea sobre la protección de datos y derecho a la privacidad de las plataformas digitales no existe evidencia que sostenga tal iniciativa, sino solo intencionalidad. Sin embargo, es importante tener en cuenta que la privacidad es un tema crítico en la era digital y que la protección de los datos personales es fundamental para garantizar la privacidad de los usuarios. Como se mencionó a lo largo del desarrollo del texto, Colombia no es un país seguro para compartir datos y menos a nivel fronterizo, por lo que es importante que se tomen medidas para proteger los datos personales de los usuarios.

CONFLICTO DE INTERESES. Los autores declaramos que no existe conflicto de intereses para la publicación del presente artículo científico.

REFERENCIAS

- Álvarez, Raúl. 2019. Walmart abre su “tienda del futuro”: inteligencia artificial. <https://www.xataka.com/robotica-e-ia/walmart-abre-su-tienda-futuro-inteligencia-artificial-grande-que-amazon-go-compras-automatizadas>
- Burbano Ardila, A., Navia López, A., y Díaz Losada, S. (2021). Sistemas de vigilancia y su efecto en el derecho a la intimidad desde el discurso de la seguridad. *Revista Latinoamericana De Derechos Humanos*, 33(1), 33-51. <https://doi.org/10.15359/rldh.33-1.2>

- Bernis, M., y Guinsburg, N. (2019). De la flexibilización a la plataformización: el desafío de repensar el trabajo en la economía GIG. XIII Jornadas de Sociología. Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires. <https://cdsa.aacademica.org/000-023/126.pdf>
- Castro Rosas, M. (2019). Protección de datos personales a través de herramientas de procesamiento automatizado de datos: desafíos y recomendaciones. [Propuesta De Intervención para obtener el grado de Maestra en Derecho de las Tecnologías de Información y Comunicación]. <https://infotec.repositorioinstitucional.mx/jspui/handle/1027/462>
- Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C – 748, oct. 6/ 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-748-11.htm>
- Comisión Europea (agosto 2022). Estrategia europea de datos. Hacer de la UE un modelo de sociedad capacitada por los datos. https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/european-data-strategy_es
- Da Silva F., y Núñez, G. (2021). La era de las plataformas digitales y el desarrollo de los mercados de datos en un contexto de libre competencia. Documentos de Proyectos (LC/TS.2021/173), Santiago, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), 2021. <https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/0c2536f0-bacc-491b-81ff-330298b959f2/content>
- Deichmann, J., Heineke, K., Reinbache, T., Wee, D. (2016). Creating a successful Internet of Things data marketplace, McKinsey, Disponible en: <https://n9.cl/euks9>
- Gonzalez Disla, R. (2019) Ética y Privacidad en la Era de la Big Data y la Inteligencia Artificial Evento: Big Data, Economía Digital y Desarrollo Sostenible Santo Domingo, Abril 9-11. <https://n9.cl/40bfx>
- Lima, D. D. (2023). Transparencia y protección de datos personales en el ámbito universitario: ¿avance o retroceso? Revista española de la transparencia, (17), 8. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=9038861>
- Mayer-Schönberger, V., y Kenneth Cukier. (2013). Big data: A revolution that will transform how we live, work, and think. Houghton Mifflin Harcourt. <https://acortar.link/h6ubf0>
- Murali, K. (septiembre 2022). Privacidad vs. Monetización. <https://blogs.manageengine.com/espanol/2022/09/06/privacidad-vs-monetizacion.html>
- Naciones Unidas (2021). Informe sobre economía digital 2021. Flujo de datos transfronterizos y desarrollo: para quién influye en los datos. ISSN: 2664-7052 https://unctad.org/system/files/official-document/der2021_es_0.pdf
- Parlamento Europeo y Consejo Europeo (2022). Reglamento (UE) 2022/1925, sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital y por el que se modifican las Directivas (UE) 2019/1937 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Mercados Digitales). <https://n9.cl/yvmc3>
- Revista Semana (febrero 11 2023). Alerta por posible venta de bases de datos de salud de colombianos; hay un capturado en Austria. <https://www.semana.com/nacion/articulo/alerta-por-posible-venta-de-bases-de-datos-de-salud-de-colombianos-hay-un-capturado-en-austria/202334/>
- Ruggieri, R., Savastano, M., Scalingi, A., Bala, D. y D'Ascenzo, F. (2018). The impact of Digital Platforms on Business Models: an empirical investigation on innovative start-ups. Management & Marketing, 13(4) 1210-1225. <https://doi.org/10.2478/mmcks-2018-0032>
- Universidad Externado de Colombia (febrero 13 de 2019). Protección de datos: análisis de las normas europea y colombiana. [Prensa]. <https://www.uexternado.edu.co/derecho/proteccion-de-datos-analisis-de-las-normas-europea-y-colombiana/>

Currículo de Autores

Alvaro Hernando Ramírez Montúfar

Doctor en Derecho. Maestría en Derecho Público, Universidad de Kontanz Alemania. Abogado en ejercicio, docente investigador Universidad Mariana de Pasto Colombia y Universidad CESMAG, actualmente investigador junior en Colciencias.

Andrea Carolina Subía Cabrera

Docente investigadora, Universidad de Otavalo-Ecuador. Abogada y mediadora. Magister en relaciones internacionales y diplomacia. Diplomada en defensa internacional de los derechos humanos. Doctorando en Derecho. Máster en derechos humanos, migraciones y diversidad. Autora de artículos de investigación en derechos humanos, movilidad humana, derecho ambiental y derecho internacional, Ecuador.

David Isaías Jacho Chicaiza

Juez Nacional de la Corte Nacional de Justicia Presidente de la Sala de lo Civil y Mercantil. Abogado, Universidad Central del Ecuador. Magister en Derecho Penal, Universidad Central del Ecuador. Diplomado en Derecho Constitucional. Candidato a PhD en Derecho por la Universidad Nacional de Mar del Plata. Ha sido juez de primera instancia en materia de tránsito, juez de garantías penales, conjuer de la Corte Nacional de Justicia, y actualmente es Juez Nacional de la Sala Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia. Docente universitario en pregrado y postgrado; y, autor y coautor de libros y artículos científicos en materia penal, procesal, civil, derecho de familia y constitucional.

Currículo de Autores

Isaac Mateo Cabrera León

Carrera de Derecho, Universidad Católica de Cuenca. Laborando en el área jurídica, CALEX S.A.S, Ecuador.

Ivan Patricio Culcay Villavicencio

Doctor en Jurisprudencia, Universidad Católica de Cuenca, Ecuador. Especialista en Derecho Empresarial UTPL. Magister en Derecho Civil y Procesal Civil UNIANDES. Ex Decano de la Unidad Académica de Ciencias Sociales; Docente de Derecho Civil y Derecho Procesal No Penal de la UCACUE, Ecuador.

Javier Alejandro Pinto Rodríguez

Coordinador Jurídico de la Corte Nacional de Justicia. Abogado de los Juzgados y Tribunales, Universidad Central del Ecuador. Especialista Superior en Derecho Constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar. Magister en Diplomacia y Política Exterior, Instituto de Altos Estudios Nacionales. Magister en Derecho Procesal y Litigación Oral, Universidad Indoamérica. Candidato a PhD en Derecho por la Universidad Nacional de Mar del Plata, ha sido docente Universitario de UNIANDES y Universidad de Otavalo. Autor y coautor de libros y artículos científicos en materia constitucional y procesal.

Jorge Luis Villacreses Palomeque

Abogado, Universidad San Gregorio de Portoviejo, Ecuador.

José Manuel Villacreses Intriago

Abogado, Universidad San Gregorio de Portoviejo, Ecuador.

Currículo de Autores

Juan Ricardo Alfonso Rojas

Universidad Agraria de Colombia y de la Universidad del Rosario Bogotá, universidad Santo Tomas, Educación. Universidad Militar Bogotá-Colombia

Lucero Rashed Vallejo Castillo

Estudiante de pregrado de la carrera de derecho, Universidad Católica de Cuenca, Ecuador.

Luis Carpio Flores

Doctor en Jurisprudencia, Universidad de Cuenca, Ecuador. Magister en Derecho Laboral, Universidad Uniandes. Magister en Civil y Procesal Civil, Universidad Católica. Experiencia como docente y participación en eventos nacionales e internacionales, Ecuador

María Angélica Cáceres Rivas

Estudiante de pregrado de la carrera de derecho, Universidad Católica de Cuenca, Ecuador.

Nayeli Urbano Juárez

Licenciada en Derecho, Universidad Autónoma de Guerrero. Maestra en Derecho Procesal Laboral, Centro de Estudios de Posgrado. Maestra en Derecho opción terminal constitucional, Universidad Autónoma de Guerrero. Abogada litigante en materia laboral y administrativa. Coautora del capítulo de libro: La eficacia del Amparo electrónico en la época de la pandemia, México.

Currículo de Autores

Sandra Cecilia Puente Narváez

Licenciatura en Filosofía y Ciencias Económicas, Universidad Central del Ecuador.

Sthefany Loriet Diaz

Cursando la Maestría en Relaciones Internacionales con mención en seguridad y derechos humanos de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales. Magister en Derecho y Abogada de la Universidad Mariana de Pasto, Colombia

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 encuentra 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.

- **Artículos de revisión.** El artículo de revisión se trata de un estudio detallado, selectivo y crítico que integra la información esencial en una perspectiva unitaria y de conjunto. Es un tipo de artículo científico que sin ser original recopila la información más relevante de un tema específico. Su finalidad es examinar la bibliografía publicada y situarla en cierta perspectiva. Debe describir la metodología que se empleará para el análisis o sistematización de la información, criterios de inclusión y exclusión, entre otras. Este artículo no debe exceder de 6000 palabras, incluidas gráficas, notas y referencias. Las páginas deberán ir numeradas y estar escritas a espacio y medio.
- **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 afiliación 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 Schwartzman, 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).

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.



ILEX

Revista de Investigación
en Ciencias Jurídicas

VOLUMEN 6 NÚMERO 22
OCTUBRE - DICIEMBRE 2023
ISSN: 2631-2735

