



UTPL
La Universidad Católica de Loja

Modalidad Abierta y a Distancia

Prácticum 4.2: Examen Complexivo

Guía didáctica



Facultad de Ciencias Sociales, Educación y Humanidades
(Resolución Rectoral de Transición de la titulación de Derecho número RCT_RR_15_2021_V1)

Departamento de Ciencias Jurídicas

Prácticum 4.2: Examen Complexivo

Guía didáctica

Carrera	PAO Nivel
▪ Derecho	VIII

Autores:

Armijos Campoverde Marianela Isabel
Feraud Elizalde Carlos Alberto
Armijos Campoverde Henry Antonio
Encarnación Díaz Alexandra Beatriz
Vázquez Masache Lydia Soraya



Asesoría virtual
www.utpl.edu.ec

Universidad Técnica Particular de Loja

Prácticum 4.2: Examen Complexivo

Guía didáctica

Armijos Campoverde Marianela Isabel
Feraud Elizalde Carlos Alberto
Armijos Campoverde Henry Antonio
Encarnación Díaz Alexandra Beatriz
Vázquez Masache Lydia Soraya

Diagramación y diseño digital:

Ediloja Cía. Ltda.
Telefax: 593-7-2611418.
San Cayetano Alto s/n.
www.ediloja.com.ec
edilojacialtda@ediloja.com.ec
Loja-Ecuador

ISBN digital - 978-9942-39-510-8



Los contenidos de este trabajo están sujetos a una licencia internacional Creative Commons – **Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 4.0 (CC BY-NC-SA 4.0)**. Usted es libre de **Compartir – copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato**. **Adaptar – remezclar, transformar y construir a partir del material citando la fuente, bajo los siguientes términos:** **Reconocimiento-** debe dar crédito de manera adecuada, brindar un enlace a la licencia, e indicar si se han realizado cambios. Puede hacerlo en cualquier forma razonable, pero no de forma tal que sugiera que usted o su uso tienen el apoyo de la licenciatante. **No Comercial-no puede hacer uso del material con propósitos comerciales.** **Compartir igual-Si remezcla, transforma o crea a partir del material, debe distribuir su contribución bajo la misma licencia del original.** No puede aplicar términos legales ni medidas tecnológicas que restrinjan legalmente a otras a hacer cualquier uso permitido por la licencia. <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

Índice

1. Datos de información.....	8
1.1. Presentación de la asignatura	8
1.2. Competencias genéricas de la UTPL.....	8
1.3. Competencias específicas de la carrera	8
1.4. Problemática que aborda la asignatura	8
2. Metodología de aprendizaje.....	10
3. Orientaciones didácticas por resultados de aprendizaje.....	11
Primer bimestre.....	11
Resultado de aprendizaje 1.....	11
Contenidos, recursos y actividades de aprendizaje.....	11
 Semana 1	12
 Unidad 1. Derecho civil: sujetos de derecho	12
1.1. Personas naturales y jurídicas.....	13
1.2. El matrimonio.....	23
1.3. Los hijos y la patria potestad.....	29
Actividades de aprendizaje recomendadas	33
Autoevaluación 1	34
 Semana 2	37
 Unidad 2. Derecho civil: bienes, dominio, posesión, uso, goce y limitaciones	37
2.1. Los bienes en el derecho civil ecuatoriano	37
2.2. Derechos reales	39
2.3. El dominio y modos de adquirirlo	40
2.4. La posesión y acciones posesorias.....	44
Actividades de aprendizaje recomendadas	49
Autoevaluación 2.....	50
 Semana 3	53
 Unidad 3. Derecho civil: sucesión por causa de muerte	53
3.1. Sucesión en general	53

3.2. Sucesión por causa de muerte	54
3.3. Características de la sucesión por causa de muerte	54
3.4. La sucesión intestada	56
Actividades de aprendizaje recomendadas	64
Autoevaluación 3.....	65
Semana 4	68
Unidad 4. Derecho civil: obligaciones y contratos	68
4.1. Las Obligaciones	68
4.2. Clasificación de las obligaciones	69
4.3. Efecto de las obligaciones	69
4.4. Modos de extinguir las obligaciones.....	70
4.5. Los contratos, concepto y clasificación.....	71
4.6. Delitos y cuasidelitos	76
4.7. Fianza, prenda e hipoteca	79
Actividades de aprendizaje recomendadas	83
Autoevaluación 4.....	85
Semana 5	89
Unidad 5. Derecho procesal	89
5.1. Derecho Procesal General.....	89
Actividades de aprendizaje recomendadas	97
Actividades de aprendizaje recomendadas	104
Actividades de aprendizaje recomendadas	116
Actividades de aprendizaje recomendadas	133
Actividades de aprendizaje recomendadas	141
Autoevaluación 5.....	142
Semana 6	145
Unidad 6. Introducción al derecho y filosofía del derecho.....	145
6.1. Nociones básicas de Derecho Roma: Fuentes del Derecho Romano	145
6.2. Fuentes del Derecho en Roma: Clasificación características y generalidades.....	146
Actividades de aprendizaje recomendadas	149

6.3. Fuentes del Derecho en la actualidad: Definición, elementos y clasificación	149
6.4. La Norma Jurídica: Concepto y Caracteres.....	150
Actividades de aprendizaje recomendadas	152
6.5. La Ley como Fuente del Derecho: Concepto, Formación de las leyes y clasificación.....	153
6.6. Otras Fuentes del Derecho: Derecho Consuetudinario, La Costumbre, La Jurisprudencia, la Doctrina	155
Actividades de aprendizaje recomendadas	156
6.7. Teorías Aplicación e Interpretación de la Norma Jurídica	156
6.8. Nuevos Métodos de Interpretación Jurídica.....	159
Actividades de aprendizaje recomendadas	161
6.9. La filosofía del derecho como disciplina jurídica	161
Actividades de aprendizaje recomendadas	163
6.10. Precedentes históricos de la filosofía del derecho.....	164
6.11. El Ius Positivismo Jurídico: Generalidades, definiciones, principales escuelas	167
Actividades de aprendizaje recomendadas	168
6.12. La historia del positivismo jurídico en la primera mitad del SXX: La teoría del derecho y el realismo jurídico.....	169
Actividades de aprendizaje recomendadas	171
6.13. El derecho natural y el derecho positivo: comparaciones doctrinales	173
Actividades de aprendizaje recomendadas	174
6.14. La moral y el derecho	175
6.15. Distinciones entre la moral y el derecho	176
Autoevaluación 6	178
Semana 7	181
Unidad 7. Derecho laboral.....	181
7.1. Definición de contrato del trabajo	181
Actividades de aprendizaje recomendadas	200
Autoevaluación 7	201
Actividades finales del bimestre	204
Semana 8	204
Actividades de aprendizaje recomendadas	204

Segundo bimestre	205
 Resultado de aprendizaje 1.....	205
Contenidos, recursos y actividades de aprendizaje.....	205
Semana 9	205
Actividades de aprendizaje recomendadas.....	206
Actividades de aprendizaje recomendadas.....	208
Semana 10	209
Actividades de aprendizaje recomendadas.....	209
Semana 11	211
Actividades de aprendizaje recomendadas.....	212
Actividades de aprendizaje recomendadas.....	213
Semana 12	214
Actividades de aprendizaje recomendadas.....	215
Actividades de aprendizaje recomendadas.....	216
Semana 13	216
Semana 14	219
Semana 15	221
Semana 16	222
4. Solucionario	224
5. Referencias bibliográficas	236
6. Anexos	241



1. Datos de información

1.1. Presentación de la asignatura



1.2. Competencias genéricas de la UTPL

- Pensamiento crítico y reflexivo.
- Comunicación oral y escrita

1.3. Competencias específicas de la carrera

- Aplica la norma jurídica con justicia y humanismo.

1.4. Problemática que aborda la asignatura

La dogmática jurídica suministra criterios para la aplicación de un sistema jurídico, y para su transformación y corrección a partir de las premisas del sistema jurídico. Requiere una metodología apropiada para la operación de un sistema jurídico desde el punto de vista de un profesional del derecho (un punto de vista interno que acepta el derecho existente hasta cierto

punto). De esta manera, la filosofía del derecho contribuye a superar los sesgos esencialistas del lenguaje que suelen cultivarse en la dogmática jurídica y en el formalismo jurídico nacional.



2. Metodología de aprendizaje

Estimado estudiante:

Para el correcto y adecuado desarrollo de la asignatura, es necesario recurrir a una serie de metodologías de aprendizajes, que permitan lograr los resultados que se han señalado anteriormente.

En el primer y segundo bimestre se encontrará en contacto directo con nuestra legislación nacional vinculada al Derecho Privado en general, es necesario hacer uso del **Autoaprendizaje o Aprendizaje Autónomo**, con el objetivo de prepararlo para rendir de manera oral su examen complejivo. Para comprender el alcance de esta, puede revisar la siguiente página sobre [Aprendizaje Autónomo](#).

Así mismo, es necesario formar para el ejercicio de su futura profesión, razón por la cual las actividades en línea harán uso del **Aprendizaje Basado en Problemas**, donde se analizarán casos y tomar decisiones frente a ellos. Para mayores detalles al respecto puede visitar la página de [Aprendizaje Basado en Problemas](#).



3. Orientaciones didácticas por resultados de aprendizaje

Resultado de aprendizaje 1



Primer bimestre

- Desempeña la representación legal con pleno conocimiento y experticia en los ámbitos del Derecho Civil, Derecho Procesal, Derecho Administrativo, Derecho Constitucional, Derecho Laboral y Derecho Penal y demás ramas relevantes del campo profesional.

Prácticum 4.2 Examen Complexivo, tiene como objetivo el estudio de las instituciones de derecho privado. Pues con ellas le permitirán alcanzar los conocimientos para desempeñar la representación legal dentro de un proceso.

Para ello, es importante iniciar su estudio comprendiendo pormenorizadamente los contenidos teóricos y prácticos de Derecho Civil, Derecho Procesal, Derecho Laboral, Filosofía al Derecho e Introducción al Derecho.

Las metodologías de aprendizaje autónomo y aprendizaje basado en problemas, sumadas al uso de recursos, actividades de aprendizaje y actividades en línea, usted alcanzará un dominio teórico-práctico que le permitirá rendir con seguridad el examen complexivo.

Contenidos, recursos y actividades de aprendizaje



Semana 1

La asignatura de Prácticum 4.2. Examen Complexivo, tiene como finalidad la preparación previa al examen complexivo oral que debe rendir el estudiante para graduarse como Abogado, lo cual implica el conocimiento y dominio de la legislación nacional en las materias de Derecho Civil, Derecho Procesal, Introducción al Derecho, Filosofía del Derecho y Derecho Laboral, los estos con el acompañamiento de ejercicio prácticos que permitan demostrar tales conocimientos.

Teniendo presente que, el examen complexivo, se sustenta en un temario donde constan una serie de contenidos seleccionados de las materias señaladas en el párrafo anterior; y, que guardan relación con el ENEC de Derecho.

Por tanto, los contenidos que se abordarán en el primer bimestre son:

Derecho Civil: sujetos de derechos, bienes, dominio, posesión, uso, goce y limitaciones, sucesión por causa de muerte, obligaciones y contratos.

Derecho Procesal: principios generales del proceso, competencia, sujetos procesales, actividades procesales, actos proposición, y pruebas.

Introducción al Derecho: fuentes del derecho, teoría de la interpretación jurídica. **Filosofía del Derecho:** iusnaturalismo y iuspositivismo. Finalmente,

se tiene **Derecho Laboral:** Contrato individual de trabajo, y contrato colectivo de trabajo.

Unidad 1. Derecho civil: sujetos de derecho

Para adentrarnos en los temas de estudio de Derecho Civil I, es necesario que lea previa y comprensivamente los siguientes contenidos: De las personas (comprendidos en los artículos 40 al 582)

¡Continuemos con el estudio de estos temas!

Todas las personas somos sujetos de derechos, de ahí que podemos hablar que una persona siendo sujeto de derechos, tiene capacidad de derechos, pero no necesariamente tiene capacidad legal, por ejemplo, los niños tienen derechos, pero no los pueden ejercer por sí mismos, esos derechos, es

decir, la capacidad legal es entendida como esa facultad de ejercicio de los derechos, pero sin la autorización de otra persona.

Para ampliar los temas propuestos, es conveniente que usted se remita a la lectura detenida del recurso “[La transformación del concepto de persona a la luz de la doctrina](#)”, esto con la finalidad que identifique con mayor certeza el concepto jurídico de persona.

Una vez que han realizado la lectura del artículo antes mencionado, podemos concluir que la palabra persona tuvo su origen en la concepción jurídica romana, la cual proviene del verbo personare, mismo que fue utilizado para describir la máscara con la que los actores representaban determinados personajes.

1.1. Personas naturales y jurídicas

Si bien la noción de persona está ligada esencialmente a la persona humana, hemos expresado que, por tratarse de un concepto de carácter funcional (aptitud para tener derechos y contraer obligaciones), engloba igualmente a otros entes que, sin ser individuos de la especie humana, disfrutan también de esa aptitud a que se refiere la personalidad.

En referencia a persona Parraguez, L. (2013) expresa: “de esta circunstancia surge la distinción clásica que considera, de una parte, a las llamadas personas naturales y, de otra, a las personas jurídicas” (p. 39).

Ahora bien, le invito a predisponernos para revisar cada una de estas clases de personas.

1.1.1. Personas naturales

Para hablar de persona es necesario partir diciendo que tanto el conocimiento científico, como el conocimiento experiencial sabemos que la existencia de una persona inicia con el nacimiento, sin embargo, para el doctrinario Parraguez, L. (2013), al referirse a esta institución jurídica dice:

La existencia de una persona comienza a partir del fenómeno biológico de la concepción, momento en el cual se funden las células sexuales masculinas y las femeninas para dar inicio a la gestación de un ser que ya se entiende naturalmente vivo. No es ese, sin embargo,

el concepto jurídico del comienzo de la persona, para derecho, la persona se inicia con su nacimiento. (p. 39)

En ese hilo de análisis para hablar de personas naturales nos remitimos a nuestro Código Civil en el art. 40, donde este ordenamiento jurídico divide a las personas en dos grupos determinados, las personas naturales y las personas jurídicas, entendiéndose por personas naturales todos los individuos de la especie humana sin importar cuál sea su especie sexo o condición, es decir son aquellos que realizan actividades lícitas y pueden ser los ecuatorianos o extranjeros, y, personas jurídicas, son aquellas que se define como una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, que es representada judicial y extrajudicialmente por una persona natural.

En esa misma línea de análisis nuestro derecho codificado subdivide a las personas naturales en ecuatorianos y extranjeros, lo cual nuestra Carta Magna declara a los ecuatorianos como tales y los demás son extranjeros, es decir los divide en ecuatorianos por nacimiento y por naturalización, lo cual esta definición no es desarrollada por el Código Civil, sino que más bien se encuentra regulada en la Carta magna, tal como se lo mencionó en líneas anteriores; además podemos decir que existe muchos aspectos en los cuales se considera a un ecuatoriano por nacimiento por ejemplo cuando ha nacido dentro del territorio nacional o por el hecho de ser hijo de padres ecuatorianos y en cuanto a la naturalización, es aquella que se adquiere mediante un procedimiento formal que a través de una autoridad encargada, misma que está investida de facultad para conceder esa ciudadanía ecuatoriana a cualquier ciudadano extranjero que opte aplicar los arts. 7 y 8 de la Constitución.

En lo que respecta a los extranjeros el Código Civil indica, que se dividen en ecuatorianos y extranjeros por naturalización, pero la base fundamental para determinar que una persona que se le considera extranjero, es cuando aquella, no tiene calidad de ciudadano ecuatoriano, ni por nacimiento ni por naturalización, no obstante, los ciudadanos extranjeros a partir de lo que determina el art. 43 del mismo cuerpo legal tienen los mismos derechos que los ciudadanos ecuatorianos, gozan de los mismos derechos civiles, solamente determinadas limitaciones que de forma específica nuestra Constitución y la ley lo determinan.

El Código Civil, también habla de otra clasificación de los ecuatorianos y aquí está, por ejemplo, aquellos ecuatorianos que se consideran domiciliados y de aquellos que se consideran transeúntes, respecto a esto no lo dice expresamente dicha norma, pero si existe también aquellos ecuatorianos que se consideran residentes, la manera de diferenciarlos a cada uno de ellos es por el domicilio, que tienen en Ecuador.

Estimados alumnos: una vez que hemos terminado de revisar la clasificación de la persona, los invito a revisar con atención el siguiente gráfico a fin de diferenciar de una forma clara dicha clasificación.

Figura 1.
Clasificación de las personas.



¡Continuemos!

1.1.1.1 Del principio y fin de la existencia de las personas

Ahora nos corresponde revisar cuando *inicia la existencia legal de las personas*, para ello les pido poner mucha atención al desarrollo de este apartado, toda vez que en torno esto gira todo el primer libro del Código Civil.

¡Avancemos! Profundizando sus conocimientos acerca de este tema

El inicio de la existencia legal de una persona natural es cuando nace, siempre y cuando el neonato sobreviva al parto y sea cortado el cordón umbilical; desde ahí la vida humana va pasando por diferentes etapas y cada una de estas implica distintos derechos y deberes desde el mismo momento de la concepción nos beneficiamos, como seres humanos de la protección jurídica y poco a poco vamos adquiriendo deberes que cumplir, y, a medida que se van cumpliendo algunas etapas vitales; sin embargo,

este amparo jurídico no es igual para un ser humano que ya ha nacido que para uno que está en el vientre materno. Ya como vimos los sujetos no se consideran sujetos de derechos, por cuanto no han adquirido la existencia legal que la obtienen al sobrevivir en el alumbramiento.

Con el propósito de ampliar sus conocimientos, los invito a leer el artículo científico “[Constitucional y legalmente el Nasciturus es persona y titular del derecho a la vida](#)”, esto con el objetivo que tengan bien claro que la existencia legal de la persona comienza al instante del nacimiento y la vida en el momento de su concepción.

Con la lectura detenida sobre el tema en cuestión, hemos comprendido que de conformidad a lo que establece la Convención de Derechos Humanos, que todo ser humano es considerado persona y, por lo tanto, tiene derecho a la vida, en consecuencia, si el nasciturus es un ser humano, entonces tiene ese legítimo derecho a la vida a partir de su concepción.

En términos ya jurídicos los seres humanos concebidos y aún no nacidos son denominados nasciturus, en consecuencia, el nasciturus no es sujeto de derechos y, por lo tanto, no tiene existencia legal, pero sí tiene existencia biológica, pues está en proceso de desarrollo en el vientre materno, es por ello que el Estado y el ordenamiento jurídico, deben procurar proteger la vida para que llegue a nacer, es así la Constitución de la República del Ecuador (2008) “La protección prioritaria y cuidado de su salud integral y de su vida durante el embarazo, parto y posparto. (Art. 43 ral.3) y en ese mismo hilo de análisis el Código Civil ecuatoriano expresa:

La ley protege la vida del que está por nacer. El juez, en consecuencia, tomará, a petición de cualquiera persona o de oficio, todas las providencias que le parezca conveniente para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligra. Toda sanción a la madre, por la cual pudiera peligrar la vida o la salud de la criatura que tiene en su seno, deberá diferir hasta después del nacimiento (Art. 61)

De igual forma es importante que ustedes señores estudiantes revisen la [Sentencia No.34-19-IN/21 y acumulados de la Corte Constitucional](#), con la finalidad de aclarar los conceptos de nasciturus y la existencia legal de una persona.

En este sentido, una vez que hemos realizado la lectura minuciosa sobre lo indicado podemos concluir que nuestra Constitución es Garantista y, por lo tanto, protege los derechos y en el caso que nos ocupa el derecho a la vida desde la concepción.

Sin embargo, hay una distinción entre el nascitutus cuya vida debe ser protegida y el ser humano que, si ha nacido y tiene reconocido el carácter de persona humana, sujeto de derechos y por tanto, titular del derecho a la vida, por ello que las penas son mucho más severas con aquel que acabó con la vida del ser humano nacido y que en consecuencia comete un homicidio, por otro lado, respecto del que lo hace con un no nacido, es responsable en este caso de un aborto inducido.

En conclusión, la existencia legal de una persona natural se fija una vez que haya nacido, sea separada completamente de la madre con el corte umbilical y por último vivir por lo menos por un instante.

Figura 2.
Inicio de la existencia legal de las personas.



Nota: La imagen muestra el nacimiento de una persona viva.

Tomado de: Personalidad Jurídica (2004).

Por otro lado, también nuestro ordenamiento jurídico muestra el fin de la existencia legal de las personas, en ese contexto, el Código Civil establece "la persona termina con la muerte" (Art. 64), es decir, que la muerte probablemente no requiera demasiadas exigencias para ser comprobada, pero desde el punto de vista legal, no es tan sencillo, toda vez que al

respecto la normativa vigente, contempla diferencias en el concepto de muerte.

Por un lado, tenemos la muerte comprobada, que es aquella que da fin a la existencia de la persona natural, como ya lo hemos mencionado anteriormente, esta muerte se comprueba con la partida de defunción expedida por el Registro Civil y concomitante a esto debe existir un cadáver que sea fehacientemente identificado.

Figura 3.

Fin de la existencia legal de las personas.



Nota: La imagen muestra el fin de la existencia de una persona.

Tomado de: Alamy (2015).

Por otro lado, está la presunción de muerte por desaparecimiento. En relación con esto el Código Civil expresa “Se presume muerto el individuo que ha desaparecido, ignorándose si vive, y verificando las condiciones que van a expresarse” (art.66)., es decir, se trata de una forma de muerte que puede ocurrir por desaparición de una persona, que por sus escenarios es plausible suponer su fallecimiento, en consecuencia frente a este hecho, es muy difícil mantener una situación de incertidumbre por mucho tiempo, por todos los vínculos que los unen tales como el matrimonio, las personas que de alguna forma tienen interés en sus bienes y por cuanto tampoco pueden subsistir un patrimonio sin su titular o su administrador.

Importante:

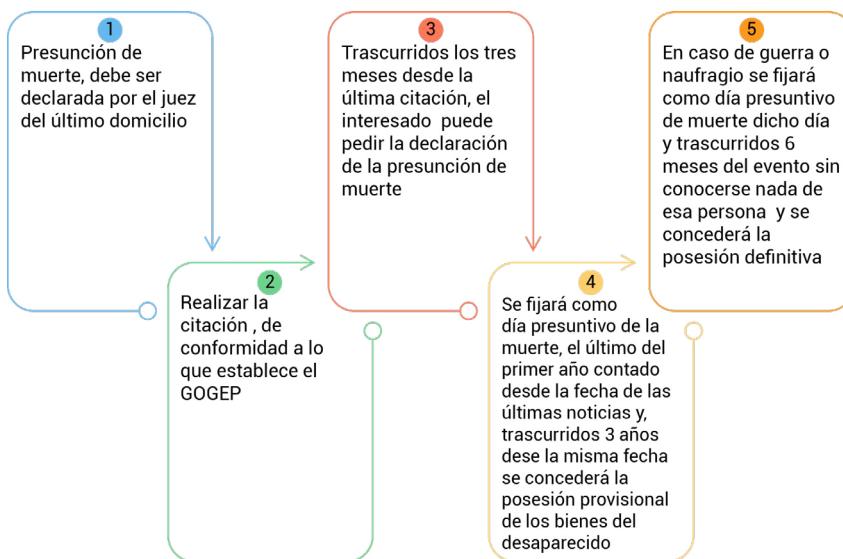


En ese contexto el Código Civil, en el artículo 67, señala pormenorizadamente las condiciones que deben reunirse para ser declarada la muerte presunta, lo invito a revisar para tener más claridad en dicha figura jurídica.

¡Excelente!

Ahora los invito a revisar el siguiente gráfico en el cual se demuestra más detalladamente las reglas sobre la muerte presunta.

Figura 4.
Reglas para declarar la muerte presunta.



Nota. Se detallan los elementos que se consideran para una muerte presunta.
Tomado de: Código Civil ecuatoriano (2005).

Una vez que ya hemos comprendido lo que son las personas naturales, los invito a predisponernos para abordar el tema de las personas jurídicas.

¡Continuemos con el siguiente tema!

1.1.2. Personas Jurídicas

Cuando hablamos de personas jurídicas, podemos decir que son entes ficticios creados por el legislador por alguna necesidad de interés, lo cual se requiere para diferenciar el patrimonio de una persona natural que desea

establecer en favor de otro ente. Esa entidad no tiene existencia física y se la llama “Persona jurídica” que para poder crearla es necesario seguir un procedimiento inductivo con el requerimiento a la entidad correspondiente, en ese contexto, el Código Civil ecuatoriano (2005) manifiesta: “... Persona jurídica es una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representadas extrajudicialmente”, como ya hemos visto lo que dice la norma, esa entidad no tiene existencia física, pero nuestra ley le concede ser sujeto de derechos y también adquirir obligaciones, obviamente con capacidad de derecho más no capacidad legal plenamente, por cuanto para poder ejercer plenamente esos derechos la persona jurídica necesita de un representante legal, quién va a ejercer esos derechos y contraer obligaciones en nombre de la persona jurídica, específicamente en dos momentos, que judicial y extrajudicial.

Figura 5.
Personas jurídicas.



Nota: La imagen muestra la conformación de una persona jurídica.

Tomado de: Euton, persona jurídica (2018).

Tal como se desprende del Código Civil, la persona jurídica es una persona ficticia, es decir, no tiene existencia real, pero se materializa a través de la

persona natural, de tal manera que cuando se refiere a una persona jurídica, puedo dirigirme a su representante legal.

Por otro lado, también es necesario conocer que las personas jurídicas se dividen en dos:

1.1.2.1 Corporaciones

Es un grupo asociativo que forma a una persona jurídica, que su fin es buscar un beneficio para sus asociados, puede tener alguna finalidad lucrativa para sus asociados.

Figura 6.

Corporación o entidad jurídica con finalidad de beneficiar sus socios.



Nota: La imagen muestra una corporación jurídica.

Tomado de: Rebajatuscuentas.com (2019)

1.1.2.2 Fundaciones

Son entes corporativos que buscan beneficio en favor de terceros y no en favor de sus integrantes.

Figura 7.
Fundaciones.



Nota: La imagen muestra la existencia de una fundación de beneficencia.

Tomado de: Revista Líderes (2020).

Agregando a lo anterior también decir que las personas jurídicas tienen un patrimonio, entendido, este como activos y pasivos, que pertenece a dicho ente y que de ninguna manera pueden confundirse con los bienes de cada uno de los socios, por lo cual no se puede trasladar una sanción a los bienes de una persona jurídica de la cual uno es socio, porque se entiende que son patrimonios separados y así lo determina el art. 67 del Código Civil.

En esa misma línea de análisis, es importante tener en cuenta que las personas jurídicas se forman de dos maneras; la primera que es por una disposición estrictamente de la ley y la segunda por aprobación del presidente de la República, a través de sus representantes; cada una de ellas estará representada por esa persona natural que ostenta esa facultad y que la materializa, le da vida y, por lo tanto, todos los actos que realice se entiende que son legales siempre y cuando se enmarque dentro de los parámetros legales fijados en los estatutos o la ley.

Una vez concluido todo lo que corresponde a la clasificación de las personas, los invito a revisar el siguiente cuadro, donde se hace un resumen de dicha clasificación.

Tabla 1.*Clasificación de las personas.*

Las personas se clasifican en:			
Naturales Art. 41	Jurídicas Art. 564 al 582	Domiciliadas Art. 44 al 59	Transeúntes. Art. 44
Son personas todos los individuos de la especie humana, cualesquiera que sean su edad, sexo o condición.	Persona jurídica es una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representadas extrajudicialmente.	Personas que tienen un domicilio en un lugar determinado.	Se las denomina a las personas que se encuentran de paso, sin ánimo de permanecer en ella.
Ecuatorianos Extranjeros	Corporaciones Fundaciones	Político Civil	

*Nota: Se detalla la clasificación de las personas.**Tomado de: Código Civil ecuatoriano (2005).*

*¡Muy bien! ¿Cómo les ha parecido el tema de la clasificación de las personas?
¡Interesante, verdad!*

Sigamos escalando por este maravilloso mundo del conocimiento, ahora nos toca ver.

1.2. El matrimonio

¡Apreciados estudiantes! Ahora nos corresponde abordar el tema sobre la Institución jurídica del matrimonio, su constitución, su terminación y la unión de hecho, por este motivo los invito a que realicen una lectura comprensiva de los art. 81 al 130 del Código Civil.

Una vez que han comprendido dicha figura jurídica hagamos un análisis minucioso de la misma.

¡Iniciemos!

El Código Civil Ecuatoriano establece “Matrimonio es un contrato solemne por el cual dos personas se unen con el fin de vivir juntos y auxiliarse mutuamente” (Art. 81).

Figura 8.

El matrimonio un contrato solemne de dos personas



Nota: La imagen muestra la celebración del contrato de matrimonio.

Tomado de: Matrimonios Cl (2013).

Señores estudiantes, es necesario ampliar más el conocimiento de esta institución jurídica, en ese contexto, los invito a realizar la lectura pausada del artículo científico sobre el matrimonio es un contrato solemne; esto con el propósito de identificar con mayor claridad, lo que establece la Corte Constitucional sobre esta figura jurídica.

¡Muy bien! Ahora que hemos terminado la lectura pausada del mencionado artículo científico, nos quedó claro que la Corte Constitucional, propone una construcción progresiva de la toma de decisiones desde una dimensión dinámica e integral que vaya enmarcada en lo que establece la Constitución y los Derechos Internacionales, referente al matrimonio.

Por otro lado, debemos entender que el matrimonio genera derechos y obligaciones para los cónyuges, derechos como aquellos que nacen de la parte patrimonial, y obligaciones, como el de auxiliarse mutuamente, en ese sentido se puede colegir que es solemne por cuanto tiene ciertos requisitos intrínsecos y otros que de alguna manera son implícitos está la capacidad y el consentimiento de cada uno de los contrayentes, en ese contexto la ley ha establecido una regla básica de que solamente las personas

mayores de 18 años puedan contraer matrimonio, en consecuencia se excluye la posibilidad de los menores de edad, de igual forma decir, que existen solemnidades especiales para este tipo de contrato, es así que el matrimonio debe celebrarse por escrito ante el Jefe del Registro Civil y Cedulación o ante su delegado, (debido a que existe momentos en el que jefe del registro no pueda acudir a esta diligencia), de igual forma de manera excepcional pueden cumplir esta función los agentes diplomáticos y consulares, cuando el matrimonio se desarrolla fuera del país.

Es importante tener en cuenta que, para celebrar el contrato solemne del matrimonio, los contrayentes deben comparecer al acto matrimonial, personalmente o también a través de un apoderado, he aquí una base fundamental, cuando una persona no puede acudir personalmente, pero, puede realizar un encargo de conformidad a lo que establece el Código Civil ecuatoriano, cuando dice "1. La comparecencia de las partes, por sí o por medio de apoderado especial, ante la autoridad competente;" (Art. 102), es decir, puede delegar a una persona de su confianza para que lo represente en el acto mismo del matrimonio.

Figura 9.
Solemnidades esenciales para la validez del matrimonio.



Nota: Se detallan los elementos esenciales para la validez del matrimonio.

Tomado de: Código Civil ecuatoriano (2005).

Ahora bien, una vez que hemos conocido cuáles son las solemnidades del matrimonio para que tenga validez, los invito a profundizar más en este tema, por lo que es necesario saber también cuáles las causas que anulan el matrimonio.

¡Avancemos!

En la institución jurídica del matrimonio, anteriormente revisamos las solemnidades que deben darse para la validez del matrimonio, ahora

vamos a revisar las causas de nulidad, mismas que se perfecciona y al mismo tiempo surten efecto al momento de la ceremonia, es decir, de lo mencionado, podemos inferir, que los contrayentes deben carecer de algo, que la doctrina y el Código Civil lo han denominado “impedimentos dirimentes”, los cuales al existir generan la imposibilidad de formalizar el matrimonio o a su vez acarrean la nulidad.

En ese contexto se colige que el cónyuge sobreviviente que ha contraído nupcias con aquel que quitó la vida o a su vez le intentó quitarle la vida a su interior conviviente, en esos casos la ley es muy clara y, por lo tanto, no permite consumar el matrimonio con esa persona que intentó o realizó un acto antijurídico, de igual forma el numeral dos del artículo en mención expresa de manera contundente que un menor de edad no puede contraer matrimonio, por consiguiente, el numeral tres establece la prohibición para aquellos que aún estén ligados a un vínculo anterior, en esencia, el matrimonio como contrato solemne puede ser disuelto por una de las formas que determina la ley anteriormente citada; no obstante, si no ha ocurrido alguna de estas prohibiciones el contrato continúa vigente y no permite que la persona vuelva a contraer nupcias.

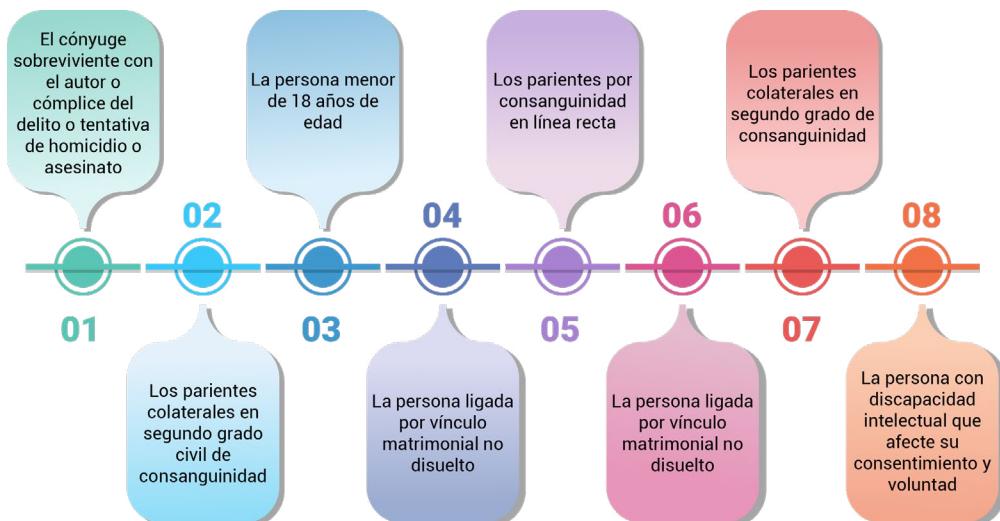
Por otro lado, también es importante tener en cuenta que es impedimento dirimente el hecho que una persona tenga incapacidad y que, por tanto, le prive de esa posibilidad de expresar ese consentimiento libre y voluntario, obviamente la persona que no tiene la capacidad de razonamiento muy difícil pueda expresar su consentimiento y en consecuencia son considerados personas absolutamente incapaces de celebrar un acto o contrato.

En el quinto numeral del art. 95 de nuestro código civil, también se puede observar que se establece como impedimento dirimente el hecho de casarse con parientes de consanguinidad en línea recta, lo cual podría ser los padres con los hijos, en contra natura, definitivamente tratan de celebrar un matrimonio con línea consanguínea.

Por último, la normativa civil también hace mención como impedimento dirimente el casarse con parientes hasta el segundo grado de afinidad, lo cual no puede existir al momento del acto matrimonial, porque si no podrían originar la nulidad insanable del mismo.

Figura 10.

Causales por las cuales el matrimonio puede ser declarado nulo.



Nota: Se muestran las causales por las cuales un matrimonio puede ser declarado nulo.

Tomado de: Código Civil ecuatoriano (2005).

Una vez que se ha descrito cada uno de los impedimentos dirimentes que puedan causar una nulidad insanable al acto del matrimonio, el Código Civil también ha determinado otros impedimentos que la doctrina los considera impedimentos impeditivos que los resume en los siguientes:

- Qué exista un error en cuanto a la identidad del otro contrayente.
- Que tenga una discapacidad intelectual que le prive a uno de los cónyuges el uso de la razón.
- Matrimonio servil.
- Las amenazas graves son capaces de infundir un temor irresistible en la persona que está contrayendo las nupcias.

Es decir, el matrimonio es libre y voluntario, pero, así como establece derechos también establece obligaciones, para las partes.

1.2.1. Unión de hecho

Para dar inicio a este análisis de la Institución jurídica de la “Unión de Hecho”, creo procedente partir de lo que establece la Constitución de la República, con respecto a esta institución jurídica:

La unión estable y monogámica entre dos personas libres del vínculo matrimonial que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio. La adopción corresponderá solo a parejas de distinto sexo. (Art. 68)

Figura 11.

La unión de hecho estable y monogámica de dos personas mayores de edad.



¿Vive en unión libre?

Nota: La imagen muestra la unión monogámica de dos personas.

Tomado de: Conexión capital. Co, (2015).

Causas para dar fin a la unión de hecho:

- Mutuo consentimiento
- Voluntad de uno de los convivientes
- Matrimonio de un conviviente
- Muerte de un conviviente

Continuemos nutriéndose de este bagaje de conocimientos ahora sobre otra Institución jurídica importante conocer en el mundo de los abogados “Los hijos y la patria potestad”.

¡Avancemos!

1.3. Los hijos y la patria potestad

Al referirse a esta institución jurídica, el Código Civil establece (2005): “La patria potestad es el conjunto de derechos que tienen los padres sobre sus hijos no emancipados. Los hijos de cualquier edad, no emancipados, se llaman hijos de familia; y los padres, con relación a ellos, padres de familia” (Art. 283), es decir esta norma legal hace referencia que es un conjunto de derechos que tienen los padres sobre los vástagos no emancipados; concomitante a esto, también el Código de la Niñez y Adolescencia expresa:

“La patria potestad no solamente es el conjunto de derechos sino también de obligaciones de los padres relativos a sus hijos e hijas no emancipados, referentes al cuidado, educación, desarrollo integral, defensa de derechos y garantías de los hijos de conformidad con la Constitución y la ley.” (Art. 105).

Figura 12.

La patria potestad, conjunto de derechos de los padres sobre los hijos.



Nota: La imagen muestra la Patria potestad de los padres sobre su hijo.

Tomado de: Legis ámbito Jurídico (2007).

Es decir, no modifica la esencia de esta institución, sino más bien la complementa, toda vez que en el código de la mujer, niñez y adolescencia no solamente establece los derechos que tienen los padres sobre los hijos, sino también esas obligaciones correlativas que pueden ser del padre o la madre y corresponden el cuidado, la educación, la alimentación, el desarrollo integral y todos los demás derechos establecidos en la normativa a favor de los hijos.

Continuemos profundizando acerca de la patria potestad

La institución de la patria potestad, se rige por las normas del Código Civil ecuatoriano, donde establece una regulación que tiene el carácter de tutelar, por cuanto los niños pertenecen a aquellos grupos que nuestra Carta Magna los denomina como “grupo de atención prioritaria”.

En ese mismo hilo de análisis tal como lo describimos anteriormente el art. 283 del Código Civil, nos indica que los hijos emancipados se llaman hijos de familia y los padres respecto de los hijos se llaman padres de familia.

Por otro lado, la misma norma legal al referirse a los hijos no emancipados, a aquellos que aún no ponen fin a la patria potestad, los padres son los encargados de la administración de los bienes de sus hijos y también tienen derecho al usufructo, uso y goce de aquellos bienes; sin embargo, hay que tomar en cuenta que los padres que administran los bienes de sus hijos, cuyo usufructo le ha concedido la ley, según la regla de la administración de la sociedad conyugal, no podrán administrar aquellas cosas tales como herencias, legados, donaciones, etc., entregadas bajo las condiciones que no sean los padres los que hagan esa administración.

De igual manera, el Código Civil ecuatoriano (2005) establece algunas reglas, respecto de la administración de bienes que tienen los padres, respecto de los hijos de lo cual indica lo siguiente "No podrán enajenar ni hipotecar en caso alguno los bienes del hijo, aún pertenecientes a su peculio profesional, sin autorización del juez, con conocimiento de causa" (Art. 297), el espíritu de esta disposición es el padre que administra esos bienes que son de sus hijos, no puede disponer libremente de ellos, en caso de querer realizar una venta de algún bien que corresponda a sus hijos, es necesario que haya una autorización de un juez de familia.

Agregado a lo anterior, también es importante tener en cuenta que en caso de divorcio la patria potestad de los hijos va a corresponder a aquel cónyuge con quien se mantuvieron, es decir si los hijos de familia quedan con la madre, será la madre quien ejerza la patria potestad y si, por el contrario, los hijos quedan con el padre, será él quien ejerza la patria potestad, pero debiendo aclarar que es una formalidad que puede cambiarse en cualquier etapa de crecimiento de los vástagos, cuando los padres de común acuerdo crean conveniente.

Así mismo decir que la patria potestad confiere a los padres esa legitimación para representar a sus hijos, al respecto el Código Civil ecuatoriano (2005), manifiesta:

El hijo de familia no puede comparecer en juicio, como actor contra un tercero, sino representado por el padre o la madre que ejerza la patria potestad. Si el padre o la madre niegan su consentimiento al hijo para la acción civil que este quiere intentar contra un tercero, o si están inhabilitados para prestarlo, podrá el juez suplirlo, y al hacerlo así dará al hijo un curador para la litis. (Art. 300)

De la invocación de la norma legal se desprende que dentro de un proceso judicial tanto como parte actora o como parte demandada sus padres tienen autentificación para representarlos, pero en el momento que tanto el padre o la madre por cualquier razón no quiere o no pueda ejercer esa representación el juez de familia deberá dotar de un tutor en caso de menor de edad y un curador si se trata de un mayor de edad con algún tipo de discapacidad, quienes harán las veces de los padres que ostentan la patria potestad de sus hijos.

Figura 13.

Cuando el padre o la madre no puedan representar, el juez de familia dotará de un tutor.



Nota: La imagen muestra la incomprendión de los padres hace, recae sobre los hijos.

Tomado de: Editorial Jurídica Sepin (2021).

En esa misma línea de análisis, se cree necesario tener en cuenta que la patria potestad tiene algunas reglas, cuando se termina el matrimonio por cualquiera de sus causales, en consecuencia, es obligación de la jueza o juez de familia, adoptar medidas más saludables, más sanas, no para el esposo peor para la mujer, sino para los menores de edad; por consiguiente el primer paso que deba dar el juez antes de decidir con quién de los progenitores se va a quedar el niño, es hacerle una entrevista y dejarlo que exprese su opinión, posteriormente debe valorar esta opinión de acuerdo al grado de salud del menor. Esto normalmente puede darse en los hijos menores de 12 años sin distinción de sexo toda vez que la misma norma contempla que los hijos mayores de doce años y menores de dieciocho su decisión es determinante en un litigio entre los cónyuges.

Figura 14.
Patria potestad

Patria potestad		
Pérdida	Suspensión	Limitación
Por resolución judicial.	Debe ser ordenado por un juez con conocimiento de causa y después de oír a los parientes del menor.	Revestido de autoridad podrá decretar.
Debe ser ordenado por un juez con conocimiento de causa y después de oír a los parientes del menor.		Le reemplazará aquel, respecto del cual no se ha suspendido en la patria potestad.
Le reemplazará aquel, respecto del cual no se ha suspendido en la patria potestad.		Por causa de conflicto de intereses.
El padre o madre que lleven una visa disuelta.		Art. Suspensión de la patria potestad, del Código de la Niñez y Adolescencia.
Art. 113.- Privación o pérdida judicial de la patria potestad. Código de la Niñez y Adolescencia.		
Por emancipación.		

Estimados estudiantes: una vez que hemos terminado el análisis de la primera unidad los invito a participar activamente de las siguientes actividades recomendadas.



Actividades de aprendizaje recomendadas

- Mediante un mapa conceptual, establezca la clasificación de las personas naturales y jurídicas como también su inicio y fin de la existencia legal.

¡Bien!, Hemos concluido la unidad uno, espero que haya adquirido muchos conocimientos que les permitan ir insertando poco a poco en el mundo del derecho. Ahora, con la finalidad de que midan vuestros conocimientos, motivó a desarrollar la siguiente autoevaluación, que sin lugar a duda le ayudará a establecer sus avances.



Autoevaluación 1

A. Lea con atención cada uno de los enunciados que se presentan a continuación y seleccione la única respuesta correcta.

1. Los tipos de personas que contempla nuestra legislación, son:

- a. Personas transeúntes y domiciliadas.
- b. Personas con domicilio civil y político.
- c. Naturales y jurídicas.
- d. Jurídicas, naturales y domiciliadas en Ecuador.

2. Según el Código Civil ecuatoriano, personas son:

- a. Todos los individuos de la especie humana.
- b. Los nacidos en el Ecuador y tienen mayoría de edad.
- c. Ecuatorianos nacidos dentro y fuera del Ecuador y por naturalización.
- d. Todos los individuos de la especie, a excepción de bárbaros.

3. La persona jurídica es:

- a. Un individuo que puede contraer obligaciones.
- b. Todo lo que se puede apreciar en la naturaleza.
- c. Persona real capaz de ejercer obligaciones civiles.
- d. Persona ficticia capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones.

4. Las personas jurídicas se dividen en:

- a. Capaces e incapaces según sea su desempeño.
- b. Personas reales y personas ficticias.
- c. Corporaciones y fundaciones de beneficencia.
- d. Absolutas y relativas.

5. El domicilio civil es:
- Todo el territorio ecuatoriano.
 - El lugar de nacimiento dentro del territorio nacional.
 - Una parte del territorio del Estado.
 - El lugar donde he contraído mi último matrimonio.
6. Se fijará como día presuntivo de la muerte:
- El último del primer año, contado desde la fecha de las últimas noticias.
 - Desde que se concedió la posesión efectiva a sus herederos.
 - Desde que el notario del cantón sentó razón de su pérdida.
 - Desde el tercer año de su desaparición.
7. Según el Código Civil ecuatoriano, el matrimonio es:
- La unión de un hombre y una mujer para vivir juntos.
 - Un contrato más o menos solemne de dos personas.
 - Contrato solemne entre un hombre y una mujer para procrear y vivir juntos.
 - Es un contrato solemne entre dos personas para vivir juntas y auxiliarse mutuamente.
8. Para alcanzar la categoría de la unión de hecho es necesario:
- Unión de dos personas.
 - Unión de dos personas por más de dos años y mayores de edad.
 - Unión de un hombre y una mujer dispuestos a compartir sus bienes.
 - La unión entre dos personas sin importar si aún tienen vínculo matrimonial.
9. La patria potestad es:
- El conjunto de deberes que tienen los padres con los hijos emancipados.
 - La acción que hacen los menores adultos para salir del hogar.
 - El conjunto de derechos que tienen los padres sobre sus hijos no emancipados.
 - El deber del padre sobre los hijos cuando se encuentran estudiando.

10. Según las reglas de la patria potestad, un hijo menor de edad:
- a. Ya puede comparecer a juicio como actor en contra de un tercero.
 - b. No puede comparecer en juicio como actor contra un tercero, sino que es representado por unos de sus padres.
 - c. Si puede comparecer, pero si su conducta es madura.
 - d. Depende del juez donde plantee la demanda, por raciocinio y sana crítica del mismo.

[Ir al solucionario](#)

¿Dio respuesta a la autoevaluación? Sí, ¿Cuántas preguntas acertó y cuántas no? Revise las preguntas donde no acertó. Ahora, luego de esta nueva revisión compárelas en la parte denominada solucionario, para que retroalimente esta actividad, a fin de reforzar sus conocimientos y mejorar en sus estudios.

¡Siga adelante en sus estudios!

¡Nos veremos la próxima semana!



Unidad 2. Derecho civil: bienes, dominio, posesión, uso, goce y limitaciones

¡Bienvenido a una nueva semana de clases!

*Le motivó para que trabaje en sus estudios con la mejor actitud y empeño que requiere la asignatura, dado que le permitirá comprender el tema relacionado con **los bienes, su dominio posesión, uso, goce y limitaciones**.*

¡Continuemos sin demora!

2.1. Los bienes en el derecho civil ecuatoriano

Los bienes son todo aquello que puede ser objeto de apreciación y por ende tienen un valor económico, y se encuentra dentro del comercio, estos objetos han sido de utilidad para el hombre, del cual se han visto satisfechas sus necesidades.

Ahora bien, una vez puesto en conocimiento el concepto de bienes, es importante hacer mención, aquello que establece el Código Civil ecuatoriano, cuando menciona:

Los bienes consisten en cosas corporales e incorporales. Las partes corporales son las que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos, como una casa, un libro. Incorporales las que consisten en meros derechos, como los créditos, y las servidumbres activas.
(Art. 583)

De esta disposición se desprende, que las cosas corporales son aquellas que tienen un ser real, aquellas que tienen una existencia material, presencia física, que, por lo tanto, ocupan un lugar en el espacio y esto puede ser un libro, un televisor, una moneda, etc. y, por otro lado, en lo que se refiere a las cosas incorporales, son aquellas que no tienen un ser real, ni material. Estas cosas incorporales no ocupan un lugar en el espacio, pero sí son cosa, por cuanto reúne todos los requisitos para ser tales y, en consecuencia, le interesan al ser humano, son útiles, escasas,

son los derechos y están llamadas a materializarse, a convertirse en cosas corporales, habitualmente al ejercerse o accionarse; un derecho de crédito por ejemplo cuando se lo cobra, el titular del mismo recibe cosas corporales como dinero o especies.

Las cosas incorporales o derechos pueden ser reales y personales. Los derechos reales son aquellos que se tienen respecto de determinada cosa, aquellos en los que la relación es directa entre un sujeto o persona -titular del derecho- y una cosa, como el derecho de propiedad que vincula al individuo con la cosa corporal de que es propietario y en los cuales el beneficio o provecho procede directamente de la cosa, como en el mismo derecho de propiedad o en el derecho de usufructo, en que los frutos o beneficios de una cosa material aprovechan directamente al sujeto.

Con la finalidad que ustedes puedan profundizar en sus estudios, les invito a leer los artículos desde el 583 al 598 del Código Civil ecuatoriano.

Ahora les convoco a analizar el siguiente gráfico donde se muestra la clasificación de los bienes de conformidad a lo que establece el Código Civil.

Figura 15.
Clasificación de los bienes según la doctrina.



Nota: Se resume la clasificación de los bienes según la doctrina.

Tomado de: Derechos Reales, Vásquez Ríos (2013).

Ahora bien, una vez que hemos comprendido la clasificación que hace la doctrina revisemos el siguiente gráfico que nos menciona la clasificación de los bienes de conformidad a lo que estipula el Código Civil ecuatoriano.

Tabla 2.

Clasificación de los bienes según el Código Civil.

Bienes Corporales	Bienes Incorporales
<ul style="list-style-type: none">▪ Incorporales las que consisten en meros derechos, como los créditos, y las servidumbres activas.▪ Incorporales las que consisten en meros derechos, como los créditos, y las servidumbres activas.▪ Por ser incorporados a un inmueble.▪ Por adherencia: el árbol adherido al suelo, los frutos pasan a ser bienes muebles por naturaleza.▪ Por destinación: Las losas de un pavimento, los tubos de las cañerías.	<ul style="list-style-type: none">▪ Derechos reales▪ Derechos personales

Nota: Se muestra la clasificación de los bienes que hace el Código Civil Ecuatoriano.

Tomado de: Código Civil ecuatoriano (2005).

Con estos gráficos espero le resulte más fácil recordar la clasificación de los bienes de acuerdo a lo que nos indica la doctrina como también aquello que establece la normativa vigente.

Hemos concluido con este numeral. Estuvo fácil, ¿verdad?, pues, ¡muy bien!, en caso de que haya quedado algún vacío, no dude, recuerde, su tutor está al otro lado de la línea esperando por usted, contáctese con él de forma inmediata.

;Siga adelante!

2.2. Derechos reales

Los derechos reales son aquellos que se derivan "ius in re", donde se determina que los derechos que una persona tiene en relación con un objeto son oponibles a cualquier persona, es decir, tienen efecto *erga omnes*; en ese contexto el Código Civil menciona:

Derecho real es el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona. Son derechos reales el de dominio, el de herencia, los de usufructo, uso o habitación, de servidumbres activas, el de prenda y el de hipoteca. De estos derechos nacen las acciones reales. (595)

Es decir, los derechos reales son aquellos que tienen una relación entre una persona y un objeto, sin que esto signifique una relación jurídica, ya que estas son más bien entre personas y el poderío de estas que se ejerce sobre el objeto; otra característica que tienen los derechos reales, es que son oponibles a cualquier persona, como ya lo mencionamos en líneas anteriores, estos derechos no requieren de una intermediación para ser ejercidos, la mayoría de ellos son preferentes frente a otro tipo de derechos, como por ejemplo, la hipoteca, que es una garantía real que se realiza afectando a un inmueble con un gravamen para garantizar el pago de una deuda, dicha hipoteca si fuera ejecutado el dueño de la casa hipotecada en un juicio civil por una obligación diversa el acreedor hipotecario tendrá preferencia en el cobro de su crédito en caso de que la propiedad sea sometida a un remate.

Otro ejemplo que podríamos ver para reconocer la relación jurídica el que Burneo (2017) en la guía Trabajo de Titulación Examen Complexivo o de grado, manifiesta:

Cuando se entrega una cosa, recibiendo a cambio dinero, como es el caso de una compraventa, en la que se hace la entrega de una cosa operando uno de los modos de adquirir el dominio que es la tradición, naciendo de esta manera el derecho real de dominio o propiedad. En este caso se deben cumplir ciertas solemnidades como lo es la inscripción de este contrato en el respectivo Registro de la Propiedad del lugar donde se encuentra el bien inmueble. (p.64)

2.3. El dominio y modos de adquirirlo

Dominio podemos decir, que es el derecho real que otorga las facultades de usar, gozar y de disponer material y jurídicamente de una cosa, dentro de los límites previsto por la ley, en consecuencia, se podría decir que el dominio se presume perfecto hasta que no se demuestre lo contrario. Así mismo es absoluto, por cuanto el titular del derecho de dominio puede

hacer lo que desee con la cosa, de manera perpetua, por cuanto este derecho no se extingue, aunque su titular no lo ejerce.

Al respecto Cabanellas, G. (1997) define como “El que corresponde al dueño de una cosa para gozar, servirse y disponer de la misma según la conveniencia o voluntad de aquel” (p.320). Es decir, el dominio es exclusivo por cuanto admite la titularidad de una sola persona sobre la cosa.

Figura 16.

El dominio de los bienes.



Nota: La imagen muestra cuando una persona tiene el dominio de los bienes.

Tomado de: Revista estudiantil de Derecho Privado, (2021).

¡Excelente!, ahora nos disponemos a continuar con el estudio de esta materia

Revisemos los modos de adquirir el dominio.

Los modos de adquirir el dominio son hechos materiales o jurídicos en los cuales el Código Civil, les atribuye la virtud de hacer, nacer o traspasar un derecho. Los invito a revisar cada uno de ellos

a. Ocupación

La ocupación es un modo de adquirir el dominio de las cosas que no corresponden a nadie “res nullius”. Respecto a esto nuestro Código Civil, menciona: “Por la ocupación se adquiere el dominio de las cosas que no pertenecen a nadie, y cuya adquisición no está prohibida por las leyes ecuatorianas, o por derecho internacional” (art. 622). Es decir, la norma sustantiva expresa que ese modo de adquirir el dominio de las cosas que

no tienen dueño debe serlo de aquellas que no estén prohibidas por la ley nacional e internacional.

Así mismo decir que la ocupación es un modo originario de adquirir el dominio, puesto que en ella la propiedad de un bien no se recibe de alguien, sino que por consiguiente la ocupación se hace efectiva y se reconoce respecto de los bienes que carecen de propietario, por lo tanto, se puede decir, que en esta relación jurídica no caben los bienes inmuebles, puesto que este tipo de bienes en nuestra normativa siempre tienen un propietario ya sea un particular o a su vez el estado, en ese sentido, se infiere que las cosas que no tienen dueño son las ocupables, de tal manera que en primer lugar cuando nunca han tenido dueño, estas toman el nombre de “res nullius” y, por otro lado aquellas cosas que habiendo tenido dueño, su derecho de dominio fue abandonado por su antiguo propietario, se les denomina “res derelictae”.

Figura 17.
Cosas que pueden ser objeto de ocupación.



Nota. Se detallan las cosas que pueden ser objeto de ocupación.

Tomado de: Slideshare (2020).

¡Muy bien! Ahora con la finalidad de profundizar nuestro conocimiento los invito a revisar los arts. 622 al 658 del Código Civil ecuatoriano.

Excelente ahora que ya hemos conocido lo que significa la ocupación, avancemos al siguiente modo de adquirir el dominio.

b. Accesión

Para hablar de accesión es importante que mencionemos lo que establece el Código Civil al respecto: “La accesión es un modo de adquirir, por el cual el dueño de una cosa pasa a serlo de lo que ella produce, o de lo que se ajusta a ella. Los productos de las cosas son frutos naturales o civiles (art. 695).

En este hilo de análisis podemos decir que la accesión es una forma originaria de adquirir el dominio y está fundada en el principio que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, es decir lo que a alguien se le adhiere se lo considera como accesión y, por lo tanto, pasa a ser propiedad del dueño de este bien. Se puede dar el fenómeno de la transformación cuando hablamos de bienes muebles, cuando se incorpora un bien mueble a otro, así mismo cuando se trata de bienes inmuebles por ejemplo en una finca se incorpora una casa, debiendo entender que mejoras no es lo mismo que accesión. De igual manera, la accesión puede ser natural o por unión, en este caso cuando hablamos de unión debemos entender que esta requiere de la intervención del ser humano para que se lleve a cabo, por ejemplo, la persona construyó una casa en el bien inmueble; por otro lado, lo que corresponde a natural, decir que se trata de un fenómeno que se dio abruptamente o que quizá por el paso del tiempo se ha ido incorporando al bien inmueble.

Estimados estudiantes, ahora los invito a revisar el Código Civil ecuatoriano, desde el art. 660 hasta el 685, donde encontramos detalladas todas las formas de accesión que contempla nuestra normativa.

¡Muy bien! Una vez que ya conocemos la norma, vamos a retroalimentar un poco más nuestro aprendizaje, para ello revisaremos el siguiente recurso.

[**La Accesión un modo de adquirir el dominio**](#)

c. Tradición

El Código Civil ecuatoriano al referirse a la tradición, establece:

La tradición es un modo de adquirir el dominio de las cosas, y consiste en la entrega que el dueño hace de ellas a otro, habiendo, por

una parte, la facultad e intención de transferir el dominio, y por otra, la capacidad e intención de adquirirlo. (Art. 686)

Es decir, se trata de un acto jurídico bilateral en una convención que se perfecciona por un acuerdo de voluntades del tradiente y del adquirente, la cual puede darse de forma gratuita, como cuando es precedida por una donación, o a título oneroso, cuando se da a través de venta, permuta, etc. Es importante considerar que cuando se realiza la tradición, además de adquirir el dominio de la cosa, se adquiere los derechos reales, derechos personales a excepción de los derechos personalísimos que no pueden ser extraditados.

La tradición se considera perfecta cuando reúne los siguientes requisitos.

Figura 18.
Requisitos de la tradición.



Nota: Se detallan los requisitos para que se configure la tradición.

Tomado de: Ochoa, H. (2013).

Hemos revisado los tres modos de adquirir el dominio. El siguiente modo de adquirir el dominio es la **Sucesión por causa de muerte**, en esta ocasión no lo vamos a revisar toda vez que en la parte donde estudiaremos el libro tres lo revisaremos minuciosamente, de igual forma decir que el último modo de adquirir el dominio es la Prescripción, lo propio, revisaremos con detenimiento en el libro cuarto, por lo tanto, los invito a seguir reflexionando en el punto que corresponde.

2.4. La posesión y acciones posesorias

Las acciones posesorias son mecanismos legales de defensa de la posesión, es decir, estas acciones están pensadas para poseer; nuestro Código Civil a partir del art. 960 nos detalla las acciones posesorias. Ahora bien, es necesario comprender que las acciones posesorias son de dos clases a saber:

En cuanto a la primera está la propiamente dicha que se refiere a las acciones posesorias de **conservación**, mismas que tienen por objeto conservar la posesión cuando se ve perturbada por un tercero.

El otro tipo de acción posesoria, se refiere a las de recuperación, ya que éstas se presentan cuando el poseedor ha sido despojado de la cosa o bien, no cualquier poseedor puede utilizar o interponer estas acciones, puesto que dicho poseedor que quiera valerse, beneficiarse de estas acciones, tiene que cumplir con ciertos requisitos esenciales y fundamentales que a continuación nos permitimos enunciarlos:

- a. Haber estado en posesión de la cosa; en este sentido podemos citar un ejemplo. Los hechos positivos como las construcciones, las cercas, las edificaciones y puede ser también las plantaciones de plantas, que pueden dar evidencia de la posesión.
- b. Tener una posesión tranquila e ininterrumpida, en este caso nuestro Código no explica qué es tranquila, por lo que es necesario recurrir a lo que define como posesión violenta, que tiene como característica fundamental la violencia, en consecuencia, partiendo de ese concepto podemos decir que posesión tranquila es aquella que se da sin violencia y sin intervención de ninguna persona, y; en cuanto a "ininterrumpida", es decir que no se vea interrumpida de manera civil ni natural, por ejemplo cuando yo estoy en posesión del bien, pero no puedo realizar acciones posesorias por cuanto está inundado el predio y otra es cuando perdemos la posesión del bien y es ocupada esta posesión por otra persona, en cambio, la interrupción civil, se refiere a que ha sido interrumpida por cuanto se ha presentado un recurso judicial.
- c. El haber estado en posesión un año completo, antes de que se haya presentado la perturbación o el despojo del bien o de los derechos reales, al respecto, cabe recalcar que el objeto de esta acción, es recuperar bienes raíces o derechos reales constituidos.

Algo fundamental que es importante señalar, en que **el mero tenedor**, no puede interponer estas acciones posesorias, por cuanto el mero tenedor y el poseedor son diferentes, a continuación, lo vamos a explicar.

Para poder entender, es menester recordar el elemento objetivo y el elemento subjetivo. En el caso del tenedor tiene el elemento objetivo, es

lo que se refiere a tener el bien o la casa, pero el elemento subjetivo no tiene que ser el ánimo de señor y dueño de la cosa; en cambio, el poseedor cumple con los dos elementos tanto el objetivo como el subjetivo.

Prescripción de las acciones posesorias de conservación, analicemos por favor.

Acciones posesorias de conservación, son aquellas que pueden presentarse hasta un año desde que se inician con la turbación o se embaraza la posesión y tienen como finalidad, mantener o recuperar una cosa sobre la cual se tiene relación de poder.

Es importante tener en cuenta que las acciones posesorias en ningún momento persiguen el dominio del bien, lo único que interesa resolver es la posesión, por ende, el poseedor, no tendrá que demostrar la titularidad del bien para interponer estas acciones, toda vez que no entra en debate el dominio o la titularidad del bien.

Por último, decir que las acciones posesorias lo que buscan es defender al poseedor, ya sea este de bienes raíces o de derechos reales constituidos y en ningún caso podemos confundir entre el mero tenedor o el poseedor. Ahora, profundicemos acerca de las limitaciones del dominio

a. Las limitaciones del dominio

Las limitaciones del dominio son también llamadas derechos reales en cosa ajena o desmembraciones del dominio, en este sentido el Código Civil establece que dominio es “El dominio, que se llama también propiedad, es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella, conforme a las disposiciones de las leyes y respetando el derecho ajeno, sea individual o social. (Art. 599), de este concepto podemos ya extraer las limitaciones de dominio que son la ley y el derecho ajeno que se relaciona con la teoría del abuso del derecho, en este sentido el art. 47 del mismo cuerpo legal, señala que el dominio puede estar limitado por: la propiedad fiduciaria, el derecho de usufructo, derecho de uso y habitación, patrimonio familiar, y las servidumbres.

Cuando hablamos de propiedad fiduciaria nos referimos a aquella limitación que se encuentra por cuanto está sujeta al gravamen de pasar a otra persona por el hecho de verificarse una condición. Es importante recordar que la constitución de la propiedad fiduciaria se llama fideicomiso

y en consecuencia la traslación de la propiedad a la persona en cuyo favor se ha constituido el fideicomiso se llama restitución.

Por otro lado, tenemos el derecho real de usufructo, el cual, la normativa vigente manifiesta que es un derecho real que consiste en la facultad de gozar de una cosa con cargo de conservar su forma y su sustancia y de restituir a su dueño si la cosa no es fungible o con cargo de volver igual cantidad y calidad de lo mismo o a su vez de pagar el valor si la cosa es fungible.

En ese mismo hilo de análisis encontramos el derecho de uso y habitación, es un derecho real que consiste generalmente en la facultad de goce de una parte limitada de utilidades y productos de una cosa, en ese contexto si se refiere a una casa y a la utilidad de morar en ella, es decir a la habitación.

Así mismo es necesario tener en cuenta que el patrimonio familiar, quien lo considera la doctrina como un conjunto de bienes destinado al núcleo familiar que se caracteriza por ser inembargable e inalienable y no poder ser sometidos a un gravamen, considerándose de tal manera como el mínimo patrimonial necesario para una familia.

La servidumbre es un gravamen impuesto sobre un predio, en utilidad de otro predio que pertenece a distinto dueño, en este sentido podemos decir que la servidumbre tiene como principales características que es un derecho real inmueble, es un derecho accesorio, es derecho perpetuo y también es un derecho indivisible.

¡Muy bien! Espero lo hayan entendido, con la finalidad de profundizar un poco más en las limitaciones del dominio con base en lo que dispone nuestra normativa vigente, los invito a revisar la siguiente tabla.

Tabla 3.*Limitaciones de dominio.*

Limitaciones de dominio		
Propiedad fiduciaria	Está sujeta a un gravamen, consistente en cumplir una condición, lo cual es el fideicomiso, si cumple la condición se realiza la traslación.	Fideicomitente Fiduciario
Arts. 747 - 777		Fideicomisario
Derecho de usufructo.	Derecho real de beneficio, utilidad o provecho de la cosa, se llama usufructuario, tiene la posesión, pero no el dominio.	-
Arts. 778 - 824		
Derecho de uso y habitación.	Son derechos reales, el uso faculta a una persona a gozar de una parte limitada o de las utilidades o productos de un bien, en cambio, la habitación corresponde el derecho real de morar en ella.	-
Art. 825 - 834		
Patrimonio Familiar.	Protección del núcleo familiar, la propiedad no puede ser comprometida, hipotecada, embargada, etc., en caso de acciones legales.	Fallecimiento de todos los familiares cuando el instituyente es célibe.
Arts. 835 - 858		Terminación del matrimonio, si han fallecido los beneficiarios.
		Acuerdo de los cónyuges, cuando no estén hijos o nietos de ninguno de ellos, que tenga derecho a ese beneficio.
		Subrogación de otro patrimonio.
Las servidumbres	Son los gravámenes puestos sobre un predio en utilidad de otro dueño; es una carga que soporta el predio para utilidad de otro predio y se clasifica en:	Servidumbre activa
Arts. 859 - 932		

Nota: Se detallan las limitaciones del dominio.

Tomado de: Código Civil ecuatoriano (2005).

Después de este recorrido por el libro dos de nuestro ordenamiento jurídico, es necesario recapitular lo aprendido, para ello les propongo realizar la siguiente actividad.



Actividades de aprendizaje recomendadas

- Mediante un cuadro sinóptico conceptualice y señale las principales características de las diferentes instituciones jurídicas que usted aprendió en el segundo libro del Código Civil ecuatoriano.

¡Felicitaciones por el trabajo realizado! Recuerde revisar constantemente el esquema realizado, ya que le permitirá repasar gran cantidad de contenidos, tomando sus elementos más relevantes.

Estimados estudiantes, hemos terminado de estudiar la unidad N.º 2, por lo tanto, nos corresponde comprobar el grado de comprensión sobre dicha materia, en consecuencia, los invito a desarrollar la siguiente autoevaluación.



Autoevaluación 2

- A. Lea con atención cada uno de los enunciados que se presentan a continuación y seleccione la única respuesta correcta.**
1. De conformidad a lo que establece la doctrina y la norma sustantiva, cuando hablamos de bien, estamos refiriendo a:
 - a. Todo aquello que puede ser objeto de apreciación y por ende tiene un valor económico.
 - b. Todos aquellos que ocupan un lugar en el espacio y desaparecen.
 - c. Los seres que se mueven sin la necesidad de una fuerza externa.
 - d. Los seres humanos por cuanto razonamos y ocupamos un lugar en el espacio.
 2. Los bienes son los que consisten en cosas corporales e incorpóreas, Corporales son las que:
 - a. Consisten en meros derechos.
 - b. Pueden ser apreciadas por los sentidos como el agua y el gas.
 - c. Tienen un ser real y pueden ser apreciadas por los sentidos.
 - d. Están llamadas a materializarse y convertirse en cosas.
 3. Derecho real son aquellos que tienen una relación entre:
 - a. El bien y la cosa.
 - b. Una persona y un objeto.
 - c. Entre dos objetos del mismo valor.
 - d. Dos personas objetivadas.
 4. El dominio se presume perfecto hasta que:
 - a. No se demuestre lo contrario.
 - b. Se convierte en cosa o bien.
 - c. Tenga un lugar en el espacio.
 - d. Pueda constituirse en bien.

5. Por la ocupación se adquiere el dominio de las cosas que:
 - a. Se ha encontrado en nuestro poder por más de quince años.
 - b. Se hace a través de un otorgante y un tradente.
 - c. Por un fenómeno natural han sido movidas desde su lugar de nacimiento.
 - d. No corresponden a nadie.
6. La accesión es un modo de adquirir el dominio, por el cual, el dueño de:
 - a. Una cosa pasa a perder por la ocupación de una tercera persona.
 - b. Una cosa no puede acceder a lo que esta produce, pero sí le pertenece.
 - c. Una cosa pasa a ser de lo que ella produce o de lo que se ajusta a ella.
 - d. Un bien lo deja abandonado e ingresa otra persona a ocuparlo.
7. Las acciones posesorias de conservación tienen por objeto:
 - a. Ocupar el bien que se encuentra sin dueño.
 - b. Conservar la posesión cuando se ve perturbada por un tercero.
 - c. Dar la titularidad del bien a la persona en posesión.
 - d. Crear un ambiente de pasa entre poseedor y mero tenedor.
8. El derecho de uso y habitación, como limitación de dominio tiene por objeto:
 - a. Ayudar al dueño para que posea el bien.
 - b. Determinar a quién le corresponde ocupar ese espacio físico.
 - c. Controlar la ocupación por terceras personas de los bienes muebles.
 - d. Facultar a una persona a gozar de una parte limitada de un bien.

9. Se llama propiedad fiduciaria:
- a. Cuando las partes se obligan mutuamente a dar una especie de cuerpo cierto por otro.
 - b. La posibilidad de gozar de la cosa, obteniendo de ella los frutos civiles o naturales que la misma puede producir.
 - c. La que está sujeta al gravamen de pasar a otra persona, por el hecho de verificarse una condición.
 - d. Cuando las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa y la otra a pagar por este goce.
10. La servidumbre es:
- a. Un gravamen impuesto sobre un predio en utilidad de otro predio de distinto dueño.
 - b. La facultad de gozar de una parte limitada de una cosa.
 - c. Es la que tiene el dueño de una cosa singular, que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituírsela.
 - d. El derecho sobre un predio que le faculte al dueño la posibilidad de vender.

[Ir al solucionario](#)

¡Excelente trabajo!, vaya mis felicitaciones a quienes resolvieron bien. Aquellos que tengan dudas remítanse al solucionario y consecuentemente revisen nuevamente los temas abordados.

Queridos estudiantes, hemos finalizado el libro dos del Código Civil ecuatoriano, ahora los invito a predisponernos para avanzar en esta etapa de formación, ahora con el libro tres.

¡Nos volveremos a encontrar la próxima vez! ¡Buena suerte en sus estudios!



Unidad 3. Derecho civil: sucesión por causa de muerte

¡Bienvenido a una nueva semana de clases!

Estimados estudiantes.

*La necesidad de normas y leyes que armonicen las situaciones derivadas de la muerte de un ser humano, respecto de su patrimonio; influenciaron en el legislador, para la consecución de esta normatividad compilada en el Libro Tercero del Código Civil (**Sucesión por causa de muerte**).*

En este acápite, pondremos énfasis primordial en los conceptos y reglas generales sobre la sucesión, mismos que deben ser de dominio absoluto del futuro profesional del derecho.

La institución de la sucesión por causa de muerte viene precisamente a reglamentar y organizar el patrimonio del causante; aquella parte del patrimonio que sea transmisible, pasa a sus herederos y legatarios de manera que no se produzca quebranto alguno en las relaciones jurídicas ni en los derechos y obligaciones que era sujeto el causante.

3.1. Sucesión en general

El Código Civil en los Arts. 993 al 996, podemos observar que se da una definición respecto de lo que es la sucesión, coincidiendo ambos en el aspecto de que esta figura jurídica, es el acto que nace con base en un título traslativo de dominio, por tanto, se produce una sucesión; es decir, el derecho pasa de un sujeto a otro y conserva sustancialmente sus características inmutadas. Cuando se habla de "sucesión", generalmente se hace mención de la sucesión por causa de muerte; esta es la sucesión por excelencia.

Todos los individuos por su calidad de tales, necesariamente deben tener un patrimonio esto es, un conjunto de derechos y obligaciones susceptibles de evaluación pecuniaria, y el cual consta indispensablemente de un activo y un pasivo. En el rubro del activo figuran todos los bienes y derechos, y en

el pasivo sus obligaciones; tanto unos como otros deben ser evaluables en dinero.

Todas las relaciones jurídicas que en vida desarrollaba el titular de ese patrimonio, no pueden detenerse ni desaparecer por su muerte, he ahí que se instituye la sucesión por causa de muerte, entendiendo que suceder significa ocupar el lugar de otro, reemplazar, continuar algo.

¡Interesante verdad!

¡Continuemos!

3.2. Sucesión por causa de muerte

Ahora bien, en la sucesión por causa de muerte se produce el paso de todo el patrimonio de una persona natural a otro sujeto de derechos que puede ser único o múltiple. El que recibe o sucede será una o varias personas naturales; o una o varias personas jurídicas, en cambio, el que origina la sucesión, conocido como causante, de cuius, o predecesor, ha de ser necesariamente una persona natural, puesto que precisamente la muerte es la condición indispensable para que se produzca este fenómeno jurídico.

La sucesión por causa de muerte es un modo derivativo de adquirir el dominio, debemos entender como modo derivativo la existencia de un titular anterior del derecho que se transfiere o se transmite. Sintetizando los principios más generales sobre la sucesión por causa de muerte podemos corroborar lo manifestado por Meza Barros, quien nos dice que la sucesión implica un triple significado: a) designa la transmisión de todo o parte del patrimonio de una persona fallecida a una o más personas señaladas por el difunto o la ley; b) sirve para designar también el patrimonio mismo que se transmite, el objeto de la transmisión; c) en fin, la expresión designa el conjunto de los sucesores; se habla así de la sucesión de tal o cual.

3.3. Características de la sucesión por causa de muerte

Al respecto Barros A, (2007) nos dice: "La sucesión por causa de muerte es el único modo adecuado para adquirir la universalidad de los bienes de otra persona, la ley prohíbe vender o donar en vida todo el patrimonio"

(p. 15.), se pueden vender las diversas cosas, las partes integrantes, hasta agotar la totalidad, pero no el patrimonio como tal en su integridad. Esta universalidad y el hecho determinante de la muerte, imprimen características peculiares a la sucesión.

Guillermo Bossano, en su obra Manual de Derecho Sucesorio, considera estas dos características:

1. La persona fallecida, origen de la sucesión y cuyos bienes van a ser transmitidos a otras u otras personas. A esta persona que fallece y cuyo patrimonio va a radicarse en otras personas, jurídicamente se la denomina causante, de cuius, antecesor, o predecesor.
2. La persona o personas llamadas a sucederle, sea por voluntad del que ya es difunto, manifestada por acto testamentario o por mandato de la ley. A las personas que van a recoger los bienes materia de la sucesión, se les conoce con el nombre genérico de: sucesores, causahabientes, asignatarios.

Ante las características anotadas, debemos observar la siguiente regla:

Figura 19.

Regla para que se produzca la sucesión por causa de muerte.



Adaptado de: Código Civil ecuatoriano (2005).

Una característica muy importante es aquella que nos manifiesta que mientras no se produzca el fallecimiento del testador, nadie puede alegar derecho alguno que derive del testamento. Un individuo, mientras existe, no podría ser despojado de su patrimonio, como tampoco puede serlo de su personalidad misma y esta es la razón de que no pueda ni concebirse siquiera la reivindicación del patrimonio de una persona viviente.

¡Excelente! Acordémonos entonces, señores estudiantes, que para que exista una sucesión por causa de muerte debe debemos observar que haya una persona que fallezca, otro que esté dispuesto a recibir la sucesión, el patrimonio del fallecido y con eso se conforma la sucesión por causa de muerte.

3.4. La sucesión intestada

Ahora nos aprestamos a reflexionar sobre la sucesión intestada, para ello los invito a abrir su Código Civil y vamos a hacer una lectura desde el artículo 1021, hasta el artículo 1036.

Entonces el hecho de no haber dispuesto de los bienes que conforman el patrimonio de una persona natural, para después de sus días, no limita la transmisión de estos bienes a sus sucesores; e inclusive si dispuso de ellos contrariando las normas, la ley suple estas deficiencias. El legislador prevé de muy buena manera esta situación, con la finalidad de perfeccionar la sucesión intestada o contraria a la norma. Continuemos profundizando acerca de las sucesiones

3.4.1. Cuando se produce la sucesión

Para poder entender este tema es importante citar lo que el Código Civil (2005), al respecto menciona “Las leyes regulan la sucesión en los bienes de que el difunto no ha dispuesto, o si dispuso, no lo hizo conforme a derechos, o no han surtido efecto sus disposiciones” (Art. 1021)., de este artículo se desprenden las reglas que norman la sucesión de los bienes de que el difunto no ha dispuesto, o si bien lo hizo no se apegó a lo que la ley dispone o simplemente no surtieron efecto.

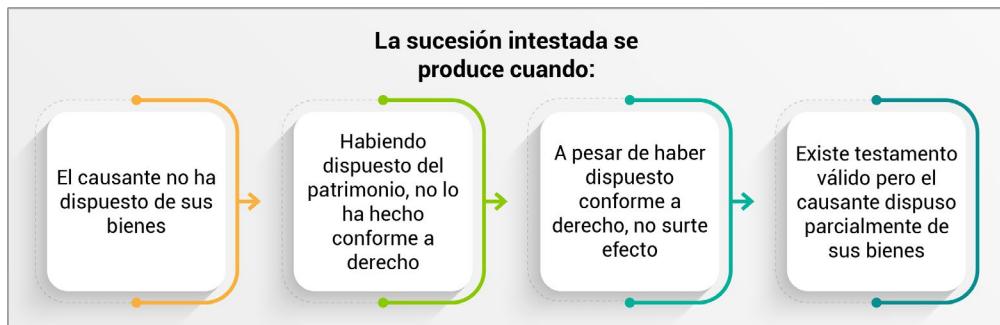
Históricamente, parece ser que primero surgió la sucesión intestada; espontáneamente las personas más vinculadas con el difunto, tomaban sus bienes en calidad de herederos. El testamento resulta de una elaboración de Derecho Civil y aparece en Roma con las Doce Tablas, en algunos países fue desconocido y en otros surgió en épocas muy antiguas, pero indudablemente cuando ya habían alcanzado una cierta civilización.

El Derecho procura que coincidan en lo posible las reglas de la sucesión testamentaria y las de la intestada, pero no siempre se consigue una perfecta armonía. En el plano práctico. Si urge una controversia entre personas que pretenden la aplicación de las reglas de la sucesión intestada y de la testamentaria, corresponde a estos últimos el presentar el testamento y demostrar que es aplicable, mientras los que se atienden a la sucesión legítima, tendrían la carga de la prueba si pretenden que el testamento es nulo o inaplicable en todo o en parte.

De lo expresado anteriormente lo hemos resumido en estos cuatro puntos importantes, para lo cual les invito a revisar el siguiente gráfico.

Figura 20.

Partes que deben cumplirse para que exista una sucesión intestada.



Nota: Se detalla las partes que cumplirse para que exista la sucesión intestada.

Tomado de: Código Civil ecuatoriano (2005).

3.4.2. Bienes a los que se aplica la sucesión intestada

Ninguna limitación se admite en nuestro derecho; ya que hay una total diferencia respecto del origen de los bienes; todos entran en la herencia y pasan a los herederos abintestato sin ninguna distinción en cuanto al origen de los bienes. Cuestión muy diferente es la de investigar el origen de los bienes para establecer si pertenecieron al difunto o si le pertenecían en su totalidad; si era una persona casada, por ejemplo, unos bienes serán personales y otros, de la sociedad conyugal, según cómo y cuando hayan sido adquiridos. Por eso se procede primeramente a la separación de patrimonios, es decir, a determinar cuáles son los bienes sucesorios y cuáles los que no entran en la sucesión.

También la muy imperfecta disposición introducida por la Ley 43, promulgada en R. O. 256 de 18 de agosto de 1989; establece una cierta reserva de bienes que pueden o no entrar en la sucesión de una persona casada, según la cual el cónyuge que tiene el cuidado de hijos menores o minusválidos, tendrá derecho real de uso y habitación en la casa que sirvió de hogar. Ciertamente, esta regla no altera las normas sucesorias, no excluye de la sucesión al inmueble social único, pero si lo grava con el derecho de uso y habitación, que desmiembra la propiedad o la limita.

3.4.3. Igualdad de la sucesión por causa de muerte

Así como el derecho antiguo establecía diversas categorías de bienes para los efectos sucesorios, distinguiendo muebles e inmuebles y los adquiridos de la rama paterna o la materna y todas las distinciones se han derogado; así también se diferenciaban profundamente los herederos por su sexo, por el orden de su nacimiento y por la calidad de su parentesco: legítimo, natural o ilegítimo; igualmente estas diferencias se han eliminado de nuestro Derecho Civil.

Con la promulgación del Código Civil desapareció la diferencia entre el hombre y la mujer para los efectos de la sucesión intestada. Tampoco se conservaron los derechos de primogenitura, pero al continuar vigente la legislación sobre censos podrían perdurar relaciones fundadas en la primogenitura, que solamente desaparecen cuando se derogan los censos a principios del siglo XX.

Cuando se han llamado a los extranjeros a suceder, nuestro Código Civil dispone “Los extranjeros son llamados a las sucesiones abintestato abiertas en el Ecuador, de la misma manera y según las mismas reglas que los ecuatorianos” (Art. 1035), es decir que no recibirán uno o más que otros, ni serán cargados de diversa manera con las deudas hereditarias, que todos tendrán por igual derecho de pedir la intervención de los jueces, solicitar la partición o tomar medidas precautelares. Pero no se opone la igualdad de derechos a que se procure que los ecuatorianos reciben bienes situados en el Ecuador, si es que en la sucesión lo hay.

Para la regulación jurídica de las sucesiones relacionadas con extranjeros o con ecuatorianos en el exterior, hay que aplicar primeramente las convenciones internacionales y a falta de ellas, las normas de Derecho Internacional Privado. Entre esas convenciones, la más amplia es aquella suscrita por el Ecuador llamado “[el Código Sánchez Bustamante](#)”, en ese contexto, los invito a leer dicha norma con la finalidad de distinguir con mayor certeza que los derechos de una persona se transmiten a otra u otras al momento mismo de su muerte.

¡Excelente!, una vez que han terminado de leer el Código Sánchez Bustamante se pudieron dar cuenta que los artículos 29, 30, 82, 83 y 145, regulan estas materias en perfecta armonía con las disposiciones del Código Civil ecuatoriano.

¡Avancemos!

3.4.4. Sucesión por derecho personal o derecho de representación

Dentro de la sucesión intestada, existen dos formas de recibir la herencia: directamente o sea por derecho personal de quien la recibe, o bien por representación.

La sucesión personal, que más precisamente podría denominarse directa, supone la existencia de un vínculo de parentesco o de matrimonio con el causante. Las personas unidas por estas relaciones de familia, están más obligadas a una solidaridad entre sí, a ayudarse en todas las necesidades; esta solidaridad o caridad mutua se concreta en múltiples disposiciones del Derecho Civil, pero principalmente en las obligaciones de alimentos y en los derechos hereditarios.

Por otra parte, Larrea, J. (2009), nos dice:

El derecho de representación es una institución legal por la cual determinados herederos, descendientes de un mismo tronco, o en concurrencia con otros herederos descendientes de un mismo tronco, o en concurrencia con los herederos provenientes de otro tronco, ejercen sus derechos que, en la sucesión abierta, hubiera tenido su ascendiente premuerto si hubiera sobrevivido al de cujus. (p.93)

Hay que advertir que esta definición resulta incompleta en nuestro derecho, porque no solamente en caso de muerte el representado, sino en otras circunstancias en que no puede o no quiere recibir la herencia del causante, pasan sus derechos a los representantes.

La representación solamente se produce en línea recta y en sentido descendente, nunca ascendente, los hijos pueden ocupar el lugar del padre, los nietos el lugar del abuelo. Pero es evidente que, en la vida real no se dará sino muy raramente la representación del nieto al abuelo y casi nunca la del bisnieto al bisabuelo, sin que quepa siquiera pensar una representación en ulterior grado; no la prohíbe la ley, pero es imposible que premueran cuatro generaciones y solamente después de morir el hijo, el nieto y el bisnieto, se abra la sucesión del padre del bisabuelo sobreviviente y muerto después de todos aquellos descendientes.

¡Interesante, verdad!

Sigamos con el siguiente tema

3.4.5. El orden sucesorio

Cuando no hay testamento, por cualquier motivo, o no se puede aplicar el testamento a toda o una parte de la sucesión hereditaria, es decir, en todos los casos de herencia intestada, la ley establece un orden de llamamiento a los que pueden recibir el patrimonio del causante. Esta vocación hereditaria se realiza por grados u órdenes, de modo que los de más próximo orden son preferidos y excluyen a los de un grado u orden posterior. Los llamados pueden aceptar o repudiar la herencia; si no la recibe ninguno de los comprendidos en un orden, la herencia pasa a los del siguiente orden sucesorio.

Tomando como referencia lo dispuesto por el Código Civil ecuatoriano (2005), cuando expresa “Son llamados a la sucesión intestada los hijos del difunto, sus ascendientes, sus padres, sus hermanos y el cónyuge sobreviviente y el Estado” (Art. 1023), de esta invocación jurídica, se desprende que tenemos cuatro órdenes sucesorios:

Primer orden sucesorio: los hijos, por derecho personal y los nietos por derecho de representación. Se refiere la ley tanto a los hijos carnales como a los adoptivos, todos los cuales dividen entre sí la herencia por partes iguales, excluyen a los demás herederos, sin perjuicio de la porción conyugal.

Segundo orden sucesorio: ascendientes y cónyuge sobreviviente, o conviviente que sobreviviera. El de los ascendientes, los cuales no excluyen al cónyuge, por partes iguales. No habiendo padres o ascendientes toda la herencia será para el cónyuge y, viceversa, faltando este la herencia será para aquellos. Si la filiación del difunto está establecida respecto de uno de sus padres, este solo le heredará; y si la filiación está establecida respecto de ambos los dos le sucederán por partes iguales. El ascendiente de grado más próximo excluye a los demás ascendientes, lo cual se debe a que en la línea ascendiente no obra el derecho de representación.

En este orden de sucesión no puede haber porción conyugal, puesto que el cónyuge sucede como heredero abintestato, y lo que le corresponde en cuanto tal excede al valor de la porción conyugal.

Tercer orden sucesorio: hermanos, por derecho personal y sobrinos, por derecho de representación, incluyéndose entre estos el Estado, asimilándose a sobrino de mejor calidad. Hay una distinción importante entre hermanos carnales y medio hermanos, de conformidad a lo que establece la normativa Civil cuando dice:

Si el difunto no hubiese dejado ninguno de los herederos expresados en los artículos anteriores, le sucederán sus hermanos, ya sea personalmente, o ya representados de acuerdo con el Art. 1026, y conforme a las reglas siguientes:

1. Si el difunto hubiere dejado solamente hermanos carnales o solamente medios hermanos, cada uno de ellos recibirá partes iguales.
2. Si el difunto hubiese dejado uno o más hermanos carnales y también uno o más medios hermanos, cada uno de los primeros recibirá una cuota igual al doble de la de cada uno de los segundos. Por consiguiente, la herencia se dividirá en tantas partes cuantos fueren los medios hermanos, más el doble del número de hermanos carnales; así cada uno de estos recibirá dos de dichas partes, y cada uno de los medios hermanos recibirá una de tales partes. (Art. 1023)

Por lo tanto, si le sobreviven al difunto solo hermanos carnales, o solo medios hermanos, les toca partes iguales en cada caso; y si concurren hermanos carnales con medios hermanos, estos llevan la mitad de los hermanos carnales.

Si en este orden hay sobrinos del causante que heredan por derecho de representación, toma parte el Estado como sobrino privilegiado, según las reglas que establece el Código Civil ecuatoriano, cuando dice:

En concurrencia con sobrinos del causante, el Estado sucederá de acuerdo con las siguientes reglas:

La cuota del Estado se deducirá de la porción de bienes que corresponda a los sobrinos, y hecha esta deducción el resto constituirá un nuevo acervo divisible entre los sobrinos, de acuerdo con las reglas generales.

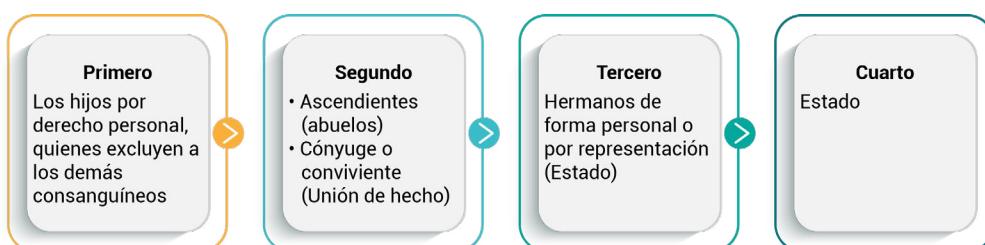
La cuota del Estado será la mitad de esa porción, si hubiera un solo sobrino; un tercio, si hubiera dos, y un cuarto, si hubiera tres o más. (Art. 1032)

Es decir que la cuota del Estado se reducirá de la porción de bienes que corresponda a los sobrinos, y hecha esta deducción el resto construirá un nuevo acervo divisible entre los sobrinos, de acuerdo con las reglas generales. La cuota del estado será la mitad de esa porción, si hubiera un solo sobrino; un tercio, si hubiera dos, y un cuarto, si hubiera tres o más.

Por último, tenemos el cuarto orden sucesorio, lo cual la normativa vigente, textualmente manifiesta: “A falta de todos los herederos abintestato designados en los artículos precedentes, sucederá el Estado”, en conclusión, lo que establece dicha norma es que a falta de todos los herederos abintestato designados en los artículos precedentes, le sucederá el Estado”; el cuarto orden sucesorio, a diferencia de los anteriores que son complejos, no abarca más que un sucesor: el Estado, con quien no concurre nadie más.

Estimados estudiantes, con la finalidad de que sus conocimientos queden cimentados en bases firmes les pido se permitan analizar el siguiente gráfico.

Figura 21.
Modos de suceder por causa de muerte.



Nota: Se detallan los modos de suceder por causa de muerte.

Tomado de: Código Civil ecuatoriano (2005).

3.4.6. Sucesiones mixtas

La sucesión en los bienes de una persona puede ser parte testamentaria y parte intestada, así lo determina el Código Civil ecuatoriano (2005), cuando dice:

Cuando en un mismo patrimonio se ha de suceder por testamento y abintestato, se cumplirán las disposiciones testamentarias, y el remanente se adjudicará a los herederos abintestato, según las reglas generales. Pero los que suceden a un tiempo por testamento y abintestato, imputarán a la porción que les corresponda abintestato lo que recibieren por testamento, sin perjuicio de retener toda la porción testamentaria, si excediere a la otra. Prevalecerá sobre todo lo dicho la voluntad expresa del testador, en lo que de derecho corresponda. (1034)

Es decir, de esta disposición jurídica se desprenden algunas normas para resolver algunos casos de ordinaria ocurrencia en las sucesiones mixtas.

Cuando en un mismo patrimonio se ha de suceder por testamento y abintestato, se cumplirán las disposiciones testamentarias, y el remanente se adjudicará a los herederos abintestato, según las reglas generales. La norma citada hace prevalecer la voluntad del testador y da a la sucesión intestada carácter supletorio; pero en lo demás no es de fácil interpretación.

El caso más frecuente de sucesiones mixtas consistirá en que realmente el testador no haya dispuesto de todos sus bienes, o sus disposiciones no sean válidas respecto de algunos bienes, o no puedan aplicarse, como sucede si no se ha cumplido alguna condición impuesta legalmente por el testador, entonces hay un verdadero remanente, sujeto a las reglas de la sucesión intestada. La dificultad se presenta si el de cuius dejó únicamente hermanos (directamente no representados por los hijos de ellos) y no dispuso de todos sus bienes. El remanente debe seguir las reglas de la sucesión intestada, y, por tanto, corresponderá a los hermanos y los que hayan recibido por testamento algo, retendrá esa asignación, pero se debe imputar la herencia intestada; si supiera el monto de lo que corresponde de no haber testamento, el beneficiario recibe completa su porción intestada, o bien puede optar por recibir la parte testamentaria, según mejor le convenga, puesto que no perjudica a ningún legitimario y porque puede aceptar libremente una parte y repudiar otra asignación. Si uno de estos herederos repudia su parte, se produce el acrecimiento a favor de los partícipes, incluido él mismo. Por lo cual tendrá que calcular, según los casos, que sea más conveniente, de estas dos posibilidades igualmente legales.

Apreciados alumnos, una vez que hemos concluido la tercera semana de estudios, es importante poner en práctica lo aprendido, por ello les presento la siguiente actividad.



Actividades de aprendizaje recomendadas

- Mediante un diagrama de flujo explique detalladamente el procedimiento para recibir la herencia cuando:

El causante no ha dispuesto de sus bienes, cuando habiendo el causante dispuesto de su patrimonio, no lo hizo conforme a derecho y a pesar de haber dispuesto de sus bienes conforme a derecho, no surten efecto.

¡Éxitos!, en el desarrollo de esta actividad!

Muy bien estimados estudiantes, hemos concluido la tercera unida, ¡Cómo pasa el tiempo!, ¿verdad?, bueno vamos a seguir adelante, y, con la finalidad de evaluar nuestros conocimientos, es tiempo de poner en práctica lo aprendido, para ello le propongo desarrollar la siguiente autoevaluación.



Autoevaluación 3

- A. Lea con atención cada uno de los enunciados que se presentan a continuación y seleccione la única respuesta correcta.**
1. Los elementos constitutivos de la sucesión por causa de muerte son:
 - a. Personales, reales y de hecho.
 - b. Jurídicos, reales y testamentarios.
 - c. De hecho, personales y mixtos.
 - d. Reales, mixtos y fundamentales.
 2. El art. 67 del Código Civil ecuatoriano establece las reglas para la declaración de la presunción de muerte, entre ellas está la 5 que establece “5. El juez fijará como día presuntivo de la muerte ...”:
 - a. El último día del primer mes de la desaparición, contado desde la fecha de las últimas noticias.
 - b. El primer año contado desde la fecha de la desaparición del individuo.
 - c. El último día del primer año, contado desde la fecha de las últimas noticias.
 - d. El tercer año a partir de las últimas noticias que se tenga del desaparecido.
 3. La sucesión intestada tiene lugar cuando:
 - a. El causante ha dejado testamento.
 - b. El causante deja testamento, pero existen propiedades que no han sido tomadas en cuenta.
 - c. Cuando no ha otorgado testamento.
 - d. El causante ha dispuesto de sus bienes de forma no tan regular.
 4. En el sentido más amplio, suceder significa:
 - a. Sustituir, ocupar, estar en lugar del otro.
 - b. Acompañar al ser querido en el proceso de tránsito al cielo.
 - c. Ayudar al causante en los momentos difíciles de su vida.
 - d. Perdonar al momento de fallecer.

5. Cuando se habla de sucesión por causa de muerte se refiere a:
- Un libro del Código Civil ecuatoriano.
 - La trasmisión del patrimonio del difunto a sus sucesores por disposición testamentaria o por la ley.
 - Un acto religioso que se realiza al momento que el féretro del causante está presente.
6. La condición indispensable para que se produzca el fenómeno jurídico de la sucesión es:
- El patrimonio del causante.
 - Que haya quien desee recibir la sucesión por causa de muerte.
 - Que exista necesariamente ese vínculo entre el causante y el heredero.
 - La muerte de una persona natural.
7. En la sucesión por causa de muerte, el dominio, la posesión y otros derechos y obligaciones pasan a favor de los asignatarios:
- En un plazo de dos años de su muerte.
 - En el instante mismo de su muerte.
 - Un año después, contado desde el último día del primer año de su muerte.
 - Después de siete meses de su muerte.
8. En la relación jurídica de la sucesión por causa de muerte, existe un sujeto activo que es:
- Legatario.
 - Donatario.
 - Hereditario.
 - Causante.
9. Al fallecimiento de su padre, Tito Fuentes y Maritza Fuentes se constituyen en únicos herederos. Aquí procede la sucesión en virtud de:
- La ley.
 - La convención.
 - El testamento.
 - La prescripción.

10. Dentro de la sucesión intestada, caben dos formas de recibir la herencia:

- a. Por derecho subjetivo u objetivo.
- b. Por derecho personal o por derecho de representación.
- c. Por derecho individual o por designación.
- d. Por derecho personal o por asignación.

[Ir al solucionario](#)

¡Ya culminó su autoevaluación! ¡Felicidades! Ahora los motivo a revisar en el solucionario, que se encuentra al final de esta guía; si no acertó vuelva a revisar los temas que cree le falta profundizar.

¡Continuemos con la última unidad!



Unidad 4. Derecho civil: obligaciones y contratos

Estimados estudiantes, nos aprestamos a estudiar el último libro del Código Civil ecuatoriano, mismo que versa sobre las obligaciones, entendiéndose por tal, al vínculo o relación jurídica en virtud de la cual un sujeto llamado acreedor se encuentra facultado para exigirle a otro sujeto llamado deudor, el cumplimiento de una conducta ya sea de dar, hacer o no hacer, en ese contexto los invito a activarnos para sumergirnos en la materia en cuestión.

¡Iniciemos!

4.1. Las Obligaciones

La palabra obligación según Pesantez, H. (2027) en su artículo [**Obligaciones civiles**](#) y sus fuentes nos manifiesta que se desprende del vocablo latino obligare que significa “atar, enlazar, amarrar o ligar a algo, siguiendo la tradición jurídica de la ligazón entre el deudor con el acreedor desde los primeros enfoques del derecho romano.”; ahora bien con la finalidad de ahondar en el conocimiento de esta institución jurídica, creemos necesario acudir a la doctrina donde con mayor claridad nos la conceptualizan, en ese contexto Smith, J. (1965), al referirse a esta figura jurídica expresa: “obligación es el deber jurídico, normativamente establecido, de realizar u omitir determinado acto y a cuyo incumplimiento por parte del obligado, es imputada, como consecuencia, una sanción coactiva, es decir, un castigo traducible en un acto de fuerza física organizada” (p.11)., es decir, toda obligación o deber jurídico de un individuo se encuentra siempre en correlación con la facultad o derecho subjetivo de los demás, por tanto, no existe en derecho una obligación a la que no corresponda una correlativa facultad.

En esa misma línea de análisis Ruiz, L. (2015), al respecto manifiesta:

Un vínculo en virtud del cual una persona llamada deudor queda en la necesidad de realizar una determinada prestación, que puede consistir en dar, hacer, o no hacer, a favor de otra determinada

o acreedor, de tal manera que compromete todo su patrimonio embargable en garantía del cumplimiento (p. 89).

De igual forma, Smith J. (2013), al respecto manifiesta: “denominarse obligación al deber jurídico, normativamente establecido, de realizar u omitir determinado acto y a cuyo incumplimiento por parte del obligado, es imputada, como consecuencia, una sanción coactiva, es decir, un castigo traducible en un acto de fuerza física organizada.” (p. 616), es decir que la obligación da derecho para exigir su cumplimiento y consecuentemente permite ejercer una acción en caso de incumplimiento.

¡Muy bien! Ahora que hemos conceptualizado la palabra obligación, los invito a revisar el siguiente subtítulo que se refiere a su clasificación.

4.2. Clasificación de las obligaciones

Normalmente, decimos que las obligaciones se clasifican en dar, hacer o no hacer algo, sin embargo, esta clasificación es según la naturaleza de la prestación de la obligación, es decir que estamos ante una clasificación que hace referencia ante una pequeñísima parte del objeto de la obligación y la obligación tiene distintos elementos el objeto es solo uno de ellos, ahora vamos a realizar una clasificación según la norma jurídica, como es el Código Civil el cual a partir del art. 1489 inicia haciendo una clasificación más extensa, misma que la vamos a revisar en el siguiente gráfico.

¡Avancemos!

[Clasificación de las obligaciones](#)

4.3. Efecto de las obligaciones

El efecto normal de una obligación es el cumplimiento, lo cual no significa que se dé siempre ese efecto, en ese contexto el Código Civil establece “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales” (art. 1561), a menudo de lo que establece el Código Civil estos efectos de cumplimiento pueden ser con relación al acreedor, deudor y frente a terceros; seguidamente analizaremos cada uno de ellos.

- a. Con relación al acreedor puede ser principal o secundario, dentro de los acreedores normales pueden subdividirse en normales y anormales, entendiéndose por normales aquellos deudores que cumplen con el pago correspondiente, en consecuencia, cuando este no ha cumplido con su obligación se produce con el pago forzado IN NATURA, se paga prestación debida exacta y en lo que tiene que ver con los anormales se dice que implica una indemnización toda vez que ya se trata de una consecuencia de ese incumpliendo.
- b. Con relación al deudor el Código Civil establece:
El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza solo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima, en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio. El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora, siendo el caso fortuito de los que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregada al acreedor, o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa. La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; y la prueba del caso fortuito, al que lo alega. Todo lo cual se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes. (Art. 1563)
- c. Más allá de que en ciertos casos, se puede atribuir obligaciones a terceros, debe quedar claro que las obligaciones solo producen efectos con las partes acreedor y deudor.

4.4. Modos de extinguir las obligaciones

Los modos de extinguir una obligación son actos o hechos que tienen una virtud jurídica de liberar al deudor de la prestación debida, es decir toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas siendo capaces de disponer libremente de lo suyo (capacidad de ejercicio y libre administración de sus bienes), consienten en dar por nulas y además las obligaciones se extinguieren por lo que establece el Código Civil, en su art. 1583, para lo cual los invito a revisar el siguiente gráfico:

Modos de extinguirse las obligaciones

4.5. Los contratos, concepto y clasificación

Para poder entender esta institución jurídica, creemos necesario iniciar este análisis con lo que establece el Código Civil ecuatoriano, cuando dice “contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas” (art. 1454)., es importante señores estudiantes, tener en cuenta, la diferencia que existe entre convenio y contrato, entendiéndose por la primera como un acuerdo de voluntades para crear, transferir, modificar y extinguir derechos y obligaciones, es decir en sentido estricto que el convenio se reduciría a los acuerdos de voluntad para modificar y extinguir derechos y obligaciones. Ahora bien, cuando hablamos de contrato nos referimos a ese acuerdo de voluntades para crear y transferir derechos y obligaciones, por tanto, es más preciso referirnos a la fuente de las obligaciones como contrato y no como convenio, en virtud de que este, en sentido amplio y en sentido estricto se refiere a cuestiones que tienen que ver con la extinción de las obligaciones y no necesariamente con su nacimiento, por lo tanto, los contratos son la fuente de las obligaciones, definida como el acuerdo de voluntades para crear y transferir derechos y obligaciones, para mayor comprensión en el tema de los contratos, existe en la doctrina varias clasificaciones de los mismos.

En este hilo de ideas podemos mencionar como una primera clasificación de los contratos en bilaterales y unilaterales.

Bilaterales. - son aquellos acuerdos en que las partes se obligan recíprocamente, es decir, ambos acuerdos de la relación jurídica tienen derechos, pero ambos tienen obligaciones.

Unilaterales. - Son aquellos que solamente uno de los sujetos tiene obligaciones, por ejemplo, en el contrato de donación, el donante tiene el deber de transferir gratuitamente a favor de otra persona determinados bienes, por su parte el donatario no tiene ninguna obligación legal al respecto.

Por otro lado, también podemos mencionar otra clasificación que entrarían los contratos gratuitos y los contratos onerosos, en ese sentido es necesario decir que:

Gratuitos, son aquellos en los cuales solamente una de las partes se llevan los beneficios, ejemplo el comodato o la donación. En este caso la persona que recibe el nombre de comodatario o donatario, es la única persona que se beneficia económicamente al recibir determinada prestación, sin ella entregar nada que le **beneficie al otro contratante**.

Onerosos. - Son aquellos donde ambas partes contratantes tienen obligaciones y deberes, es decir son recíprocos entre sí.

Así mismo podemos identificar otra clasificación de los contratos, misma que corresponde aleatorios y conmutativos.

Aleatorios. - Este tipo de contratos se caracteriza por cuanto las prestaciones o beneficios que se llevarán una u otra parte, no son conocidos de un inicio, sino que quedan al azar o sujetos a alguna eventualidad, por tanto, de entrada, al inicio de la contratación, no podemos determinar la magnitud de los beneficios o de los gravámenes para las partes.

Comutativos. – En esta clase de contratos desde el inicio de la contratación se sabe a qué atenerse, sabe las prestaciones y beneficios que cada una obtendrá de la otra parte.

Por otro lado, también la doctrina establece otra clasificación de contra a saber, mismo que nos permitimos detallarlos a continuación:

Principales. – son aquellos que tienen una existencia independiente, es decir no necesitan de algún acuerdo de voluntades para existir; por ejemplo: la compraventa, el arrendamiento, el comodato el mutuo; son contratos que existen por sí solos sin necesidad de un acuerdo de voluntades previo, que les anteceden o que les dé origen.

Accesorios. – son los que necesariamente necesitan que exista un acuerdo de voluntades previo, dentro de esta clase de contratos tenemos: la hipoteca, prenda y fianza, estos contratos tres contratos también llamados contratos de garantía, no pueden existir si no tenemos una obligación principal, que necesita ser garantizada, luego entonces para garantizar obligaciones previas pueden existir de manera secundaria los mencionados anteriormente.

Por otro lado, también tenemos otra clasificación, los instantáneos y de trato sucesivo, vamos a analizar cada uno de ellos.

Instantáneos. – son aquellos, en los cuales el surtimiento de efectos y la extinción de los mismos, se produce en el mismo acto, por ejemplo, cuando se hace una compraventa de contado, la tradición se la hace de inmediato, entra el bien o cosa y por la otra parte el dinero y se extingue el contrato.

Trato sucesivo. – es aquel que no se da en el mismo acto no se da el surtimiento de efectos y la extinción del mismo, sino que los efectos se van surtiendo o actualizando en el transcurso del tiempo y la extinción del contrato tendrá lugar en el futuro.

También la doctrina clasifica a los contratos en nominados o típicos innominados o atípicos, que los conceptualiza de la siguiente manera:

Nominados. - son aquellos que se encuentran perfectamente regulados en algún ordenamiento jurídico.

Innominados o atípicos. - son aquellos que no tienen una definición concreta en algún ordenamiento, no obstante, de acuerdo al principio de autonomía de la voluntad y libre contratación de las partes dos sujetos pueden obligarse en los términos que ellos deseen y hacer un híbrido entre varios contratos, no causaría ningún problema.

Por último, tenemos la clasificación de los contratos formales y solemnes, nos permitimos reflexionar sobre cada uno de ellos:

Formales. - son aquellos que exigen que el otorgamiento de voluntades se dé, de la forma prescrita en la ley a efecto que el contrato sea válido, en virtud de que la falta de formalidad equivale a un defecto en la contratación que representa la nulidad relativa del contrato, recuerden que la formalidad la vimos como un requisito de validez de los actos jurídicos.

Solemnes. - de conformidad a lo que establece el Código Civil (2005), "el matrimonio es un contrato solemne" (art. 81), es decir este es el mejor ejemplo de contrato solemne, toda vez que, si no se realiza con todas las formalidades de ley, ese acto estaría revestido de nulidad absoluta, por lo tanto, no existiría para efectos legales.

En conclusión, podemos decir que los contratos son la fuente de las obligaciones consistente en el acuerdo de voluntades para crear o transferir derechos y obligaciones.

4.5.1. Cuasicontatos

Con la finalidad de poderlos introducir en el tema, nos permitimos indicar que el Código Civil ecuatoriano (2005), referente a esta figura jurídica establece:

Las obligaciones que se contraen sin convención, nacen, o de la ley, o del hecho voluntario de una de las partes. Las que nacen de la ley se expresan en ella. Si el hecho de que nacen es lícito, constituye un cuasicontrato. Si el hecho es ilícito y cometido con intención de dañar, constituye un delito. Si el hecho es culpable, pero cometido sin intención de dañar, constituye un cuasidelito. (art. 2184)

Es decir que esta institución jurídica comparte casi todas las características de un contrato, sin embargo, aunque los cuasicontatos también producen consecuencias de derechos, solo que estos carecen de los elementos indispensables de los contratos, el cual es el consentimiento de los sujetos.

4.5.1.1 La agencia oficiosa

Cuando hablamos de agencia oficiosa nos estamos refiriendo a un cuasicontrato, unilateral con voluntad de agente, es decir cuando un sujeto de derechos sin vicio de consentimiento, con plena voluntad, actúa en beneficio de otro sin que exista acuerdo o contrato alguno.

Agregando a lo anotado podemos también decir que la agencia oficiosa o gestión de negocios ajenos, es una clase de cuasicontrato que la norma sustantiva lo define de la siguiente manera: "La agencia oficiosa o gestión de negocios ajenos, llamada comúnmente gestión de negocios, es un cuasicontrato por el cual el que administra sin mandato los negocios de alguna persona, se obliga para con esta, y la obliga en ciertos casos" (2186).

Por su lado también la agencia oficiosa, es quien de conformidad a lo que expresa Sánchez, M. (2013) indica: "La agencia oficiosa o gestión de negocios ajenos, llamada comúnmente gestión de negocios, es un

cuasicontrato por el cual el que administra sin mandato los negocios de alguna persona, se obliga para con esta y la obliga en ciertos casos." (p.140), en virtud de lo antes indicado podemos decir que esta figura jurídica tiene las siguientes características a saber:

- Injerencia en negocios ajenos. - puesto que participa en una acción sin que medie mandato alguno.
- La gestión es generadora de utilidad. - esto quiere decir que las gestiones deben ser honestas diligentes cuidadosas y no por ser de agencia oficiosa deben ser negligentes, es decir que debe producir utilidad en el negocio ajeno.

Es preciso aclarar que en la agencia oficiosa no produce salarios, por cuanto no existe un vínculo contractual:

- Sin ánimo de lucro. – esto quiere decir que el agente oficioso actúa con base en el principio de buena fe y a un principio altruista.

Como ya se mencionó es un cuasicontrato, en consecuencia, es generadora de obligaciones, tales como rendir cuentas de su gestión, y, por otro lado, al beneficiario de esta agencia le corresponde cumplir con las obligaciones contraídas por el agente, por lo que no puede incumplir con las acciones negociables que haya celebrado el agente oficioso en beneficio del titular.

4.5.1.2 El pago de lo no debido

La Norma Civil al referirse al pago de lo no debido manifiesta:

El que por error ha hecho un pago y prueba que no lo debía, tiene derecho a repetir lo pagado. Sin embargo, cuando una persona, a consecuencia de un error suyo, ha pagado una deuda ajena, no tendrá derecho para repetir contra el que, a consecuencia del pago, ha suprimido o cancelado un título necesario para el cobro de su crédito. Pero podrá intentar contra el deudor las acciones del acreedor. (Art. 2195)

Muy bien, el fundamento del pago no debido está en evitar el desplazamiento de patrimonios de un sujeto a otro, sin que medie una causa legítima que justifique ese pago, en ese mismo hilo de análisis, podríamos decir que el pago de lo no debido se puede fundamentar en la teoría del error. Aunque no todos aceptan que hay errores en los casos

de pago no debido y al respecto debe tomarse en cuenta las siguientes consideraciones.

- a. Que haya existido un pago
- b. Que haya ausencia de causa
- c. Que supone un error del solvens

Por último, cabe decir que el poseedor, aunque sea de mala fe tiene derecho a que le reembolsen el importe de todo.

4.5.1.3 La comunidad

La Ley Civil (2005), referente a la comunidad, nos da la siguiente definición “La comunidad de una cosa universal o singular, entre dos o más personas, sin que ninguna de ellas haya contratado sociedad o celebrado otra convención relativa a la misma cosa, es una especie de cuasicontrato” (Art. 2204).

La comunidad como concepto de cotitularidad de la relación jurídica, tiene tres diferentes significados.

- a. La cotitularidad de una relación jurídica cualquiera donde actúan varias personas, en conjunto.
- b. La titularidad solidaria que es la que se presentan las relaciones de crédito donde los deudores se comprometen a la obligación íntegra del contenido de esta prestación adquirida.
- c. La comunidad en sentido técnico, es la distribución indivisa en determinado conjunto de sujetos del contenido de la relación real.

En definitiva, la comunidad constituye el género dentro del cual la copropiedad es solo la especie.

4.6. Delitos y cuasidelitos

4.6.1. Delitos

El Código Civil ecuatoriano (2005), al referirse a los delitos y cuasidelitos manifiesta “el que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito” (Art. 2214).

Es decir que todo acto ilícito voluntario contrario al ordenamiento jurídico, lo cual a la vez genera responsabilidad civil para quien ejecutó dicho acto.

El delito civil consta de cuatro elementos a saber: la antijuricidad, el daño, factores de imputabilidad legal de responsabilidad y la relación de causalidad entre el daño y el hecho, revisemos cada una de ellas:

- a. Antijuricidad. - es todo acto contrario a la norma, por lo tanto, es el elemento material u objetivo necesario para que nazca la responsabilidad civil.
- b. Daño. - este debe estar concebido por el ordenamiento jurídico como causa o fuente de la obligación de indemnizar, ya que si el acto no causa ningún daño no existiría el deber de indemnizar, el daño encierra dos aspectos: el primero se refiere a detrimento del que ha sido objeto el acreedor, conocido en la doctrina como daño emergente, y el segundo aspecto hace relación a lo que ha dejado de percibir como consecuencia del acto dañoso, que es conocido así mismo por la doctrina como lucro cesante.
- c. Factores de imputabilidad legal de responsabilidad, es necesario tener en cuenta lo que establece el Código Civil ecuatoriano, cuando manifiesta:

Las obligaciones que se contraen sin convención, nacen, o de la ley, o del hecho voluntario de una de las partes y las que nacen de la ley se expresan en ella; si el hecho de que nacen es lícito, constituye un cuasicontrato. Si el hecho es ilícito y cometido con intención de dañar, constituye un delito. Si el hecho es culpable, pero cometido sin intención de dañar, constituye un cuasicontrato. (Art. 2184)

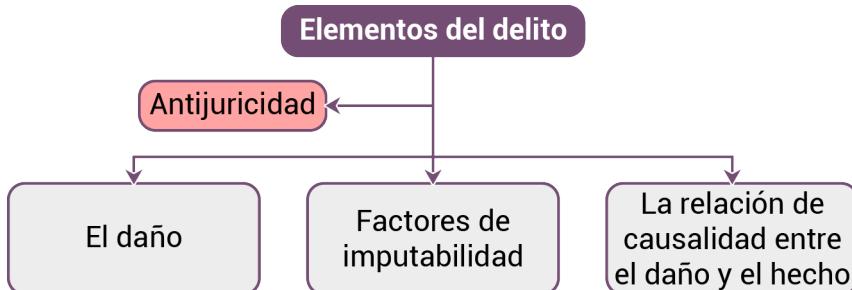
- d. Causalidad. - es aquello que se da entre el daño y el hecho, entendemos como el nexo causal existente que debe existir entre quien ejecuta el acto con el hecho en sí, ya sea por acción u omisión.



Queridos alumnos los invito a tener presente que el delito civil consta de cuatro elementos: antijuricidad, el daño, factores de imputabilidad legal de responsabilidad y la relación de causalidad entre daño y el hecho.

Muy bien ahora les invito una vez más a revisar el siguiente gráfico con la finalidad que lo recuerden siempre.

Figura 22.
Elementos del delito.



Nota. Se detallan los elementos del delito.

Tomado de: Sánchez, M. (2013).

4.6.2. Cuasidelitos

Conforme lo establece nuestro ordenamiento jurídico, en materia civil, el cuasidelito es la acción u omisión no intelectual que causa daño a otra persona, es decir, que no existe dolo, pero el hecho puede darse por culpa, negligencia, imprudencia e impericia, por lo que quien ejecuta el acto está obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por ese cuasidelito.

También podemos decir que es la responsabilidad que tiene una persona, por la comisión de un delito, toda vez que una persona responsable de un delito, también lo será civilmente, entendiéndose que la responsabilidad civil es la indemnización que debe hacer una persona a favor de otra por los daños y perjuicios ocasionados. En ese hilo de análisis es importante conocer que los cuasidelitos se dividen en cuatro que son: responsabilidad civil por actos propios, responsabilidad civil por actos de terceros, responsabilidad civil derivada de animales y la responsabilidad civil cosas.

Responsabilidad civil por actos propios. - se refiere a que todo lo que yo haga o los daños y perjuicios que yo ocasione, me corresponde a mí mismo responder por eso, y, esto puede ser por abusos del derecho, lesiones corporales, difamación, estado de necesidad, carencia de discernimiento, apremio, prisión ilegales y profesionales

A continuación, se resume las cuatro formas de cuasidelitos a saber:

- Responsabilidad civil por actos propios
- Responsabilidad civil por actos de terceros
- Responsabilidad civil derivada de animales
- Responsabilidad civil de cosas

4.7. Fianza, prenda e hipoteca

Estimado/a estudiante, le invitó a reforzar su aprendizaje conociendo más acerca de este tema

a. Fianza

Para hablar de fianza es necesario recurrir a la norma legal, para poder desde ahí sumergirnos en el estudio de esta importante figura jurídica, en consecuencia, el Código Civil ecuatoriano (2005) indica:

La fianza es una obligación accesoria en virtud de la cual una o más personas responden de una obligación ajena, comprometiéndose para con el acreedor a cumplirla en todo o en parte, si el deudor principal no la cumple. La fianza puede constituirse, no solo a favor del deudor principal, sino de otro fiador" (Art. 2238)

Por otro lado, Cabanellas, G. (1989), al referirse a fianza expresa: "fianza es una obligación subsidiaria, constituida para asegurar el cumplimiento de otra principal, contraída por un tercero: el deudor o responsable, mientras se denomina fiador quien por él se compromete" (p.54).

La fianza puede constituirse no solamente a favor del fiador principal, sino de otro fiador.

A manera de conclusión decir que la fianza tiene algunos elementos tales como: el consentimiento de las partes entre el acreedor y el fiador, la deuda, compromiso de pagar la obligación por un tercero y limitación del compromiso en caso de que el deudor no cumpla su obligación.

Los invito a ver el siguiente gráfico donde encontrarán las características de la fianza.

Figura 23.
Características de la Fianza.



Nota: Se detallan las características de la fianza.

Tomado de: Código Civil ecuatoriano (2005).

b. Prenda

Ahora, nos permitimos analizar la prenda, misma que nuestro Código civil ecuatoriano (2005), la define de la siguiente manera:

Por el contrato de empeño o prenda se entrega una cosa mueble a un acreedor, para la seguridad de su crédito. La cosa entregada se llama prenda, el acreedor que la tiene se llama acreedor prendario. (Art. 2686)

Como podemos apreciar la prenda es un derecho real que implica la entrega de un bien para que pase a un tercero, en consecuencia, no podrá usar de ella, lo cual priva una de las facultades de dominio; y, en caso de incumplimiento de la obligación asegurada con la prenda , el acreedor puede pedir el remate de la cosa para con el producto de aquella pagarse el crédito, evento en el cual se preside de la voluntad del sueño y claro,

se dispone de la cosa, lo cual significa claramente la una limitación al dominio.

Al respecto también es interesante decir que la facultad de usar la cosa dada en prenda no se transfiere al acreedor.

c. Hipoteca

Por último, vamos a revisar la figura jurídica de la Hipoteca la cual nuestro Código Civil (2005), la conceptualiza de la siguiente manera: "hipoteca es un derecho de prenda, constituido sobre inmuebles que no dejan por eso de permanecer en poder del deudor" (Art. 2309)., es decir, la hipoteca es un contrato accesorio mediante el cual se impone un gravamen a una propiedad para garantizar el cumplimiento de una obligación. Dicho gravamen se considera un derecho real de garantía y en consecuencia cuenta con un derecho de preferencia de pago de la obligación que garantiza.

Cuando hablamos que la hipoteca es un contrato accesorio, quiere decir que requiere de otro acto jurídico para que pueda constituirse, toda vez que al ser un contrato de garantía debe existir la obligación a garantizar.

Al respecto nos permitimos establecer un ejemplo a fin de entender mejor la figura jurídica.

En la adquisición de un bien inmueble (casa), a través de lo que se conoce comúnmente préstamo hipotecario se realizan tres actos jurídicos a saber.

- a. La compra de la casa.
- b. El contrato de mutuo (contrato de préstamos), esto corresponde al préstamo que hace el banco para la compra de la casa, para poder pagar al vendedor.
- c. La garantía hipotecaria, como la institución bancaria me está dando el dinero para comprar la casa, se deja de garantía la misma casa. Todos estos tres actos jurídicos quedan establecidos en un mismo instrumento público.

Figura 24.
La hipoteca.



Nota: La imagen muestra cuanto un bien inmueble es hipotecado.

Tomado de: educa (2020).

Por otro lado, también es menester conocer los requisitos más relevantes que deben tenerse en cuenta dentro de esta institución jurídica.

La forma. - se establece que una hipoteca debe constituirse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad, para que la garantía sea efectiva y surta sus efectos de forma pública en contra de terceros ya que, de lo contrario, es posible se limite el acceso a dicha garantía y pueda perder la misma por quedar en una prelación común de créditos.

Los bienes sobre los que se constituye una hipoteca, aunque principalmente se crean en bienes inmuebles este contrato de garantía puede establecerse sobre derechos reales, es importante mencionar que la normativa establece dos tipos de hipoteca la voluntaria y la necesaria.

En cuanto a la primera, se refiere a la compraventa, donde ambas partes de común acuerdo manifiestan garantizar una obligación a través de dicha figura, es decir de manera voluntaria.

Por otro lado, está la necesaria, que es aquella que se puede exigir se cumpla por el ministerio de la ley a favor de ciertos acreedores, como por ejemplo para garantizar el pago de la pensión alimenticia.

Ahora bien, el contrato de hipoteca no es común que se rescinda, ya que no existe un incumplimiento como tal de este contrato, sino que el incumplimiento se da en el contrato principal del cual viene la garantía, es decir el incumplimiento de obligaciones se deriva del contrato principal, por lo cual tan solo en la hipoteca se obtiene la ejecución o extinción; en ese contexto la ejecución de la hipoteca se da cuando ha existido un incumplimiento de la obligación, dando lugar al remate de lo hipotecado o su adjudicación en favor del acreedor, y, por otro lado, la extinción de la hipoteca se da cuando se ha extinguido la obligación ya sea por prescripción o por cumplimiento.

Por último, decir que la garantía hipotecaria frente a otros acreedores, se estima que la hipoteca es preferente, sin embargo, es bueno mencionar que la hipoteca pierde preferencia frente a acreedores alimentarios, aunque hay criterios que determinan que, si la hipoteca se constituye y se inscribe en el Registro de la Propiedad de forma previa, la hipoteca es preferente. Por otro lado, respecto de los créditos laborales siempre tendrá que velar por los tiempos de cada crédito para determinar a cuál corresponde preferencia.

Distinguidos estudiantes, hemos concluido con cuarto libro del Código Civil ecuatoriano, como ven ha sido un camino extenso, pero muy interesante, ahora con la finalidad de ejercitarnos en lo que hemos aprendido les propongo desarrollar las siguientes actividades.



Actividades de aprendizaje recomendadas

- En un mapa mental conceptualice cada una de las instituciones jurídicas que usted aprendió en esta unidad e indique sus principales características de cada una de ellas.

¡Le deseo la mayor de la suerte!

Una vez concluida la cuarta unidad, es importante que usted evalúe sus conocimientos adquiridos, por ello le dejo la siguiente autoevaluación para su desarrollo.

¡Ánimo!



Autoevaluación 4

- A. Lea con atención cada uno de los enunciados que se presentan a continuación y seleccione la única respuesta correcta.**
1. Las obligaciones que dan derecho para exigir su cumplimiento son:
 - a. Naturales.
 - b. Civiles.
 - c. Alternativas.
 - d. Judiciales.
 2. Las obligaciones, cuyo cumplimiento no es obligatorio, son:
 - a. Civiles.
 - b. Resolutivas.
 - c. Suspensivas.
 - d. Naturales.
 3. Juan se compromete entregar a Carlos cinco libros de la biblioteca hasta el 30 de marzo de 2022, llega la fecha establecida:
 - a. Juan debe contar cinco unidades, cinco especies que entren en el género de libro y entregarlas a Antonio.
 - b. Juan no tiene libros en su casa para darle, por ello le entrega cinco cuadernos sin escribir a Antonio, pues igual tienen hojas.
 - c. Juan le devuelve cinco revistas a Antonio, son similares a los cinco libros que le debía entregar.
 - d. Antonio debe pedir determinadamente qué tipo de libros quiere que le devuelva Juan.

4. María saca un préstamo al banco y José le sirve de garante; al no cumplir con la obligación el banco podrá exigir el pago a José, por ser deudor solidario.

En el presente ejemplo, identifique ¿a qué clase de obligación solidaria pertenece?

- a. Solidaridad activa.
- b. Solidaridad pasiva.
- c. Solidaridad mixta.
- d. Solidaridad tácita.

5. Para que Pedro herede a su padre es necesario que contraiga matrimonio.

Este ejemplo se refiere a una obligación condicional:

- a. Positiva.
- b. Negativa.
- c. Resolutiva.
- d. Suspensiva.

6. Un agricultor se compromete a brindar parte de su cosecha de tomates como pago de un préstamo recibido de parte de un inversionista, sin embargo, por motivos climáticos su cosecha de tomates fue infructuosa, pero la cosecha de yuca fue muy buena, por lo que cancela su deuda por equivalente en yuca como producto sustitutivo.

En el presente caso estamos hablando de una obligación:

- a. Facultativa.
- b. Alternativa.
- c. Resolutoria.
- d. Condicional.

7. En el presente caso, aplique lo estudiado frente a las obligaciones divisibles: Juana, María y Pedro realizaron un préstamo de \$60000 a Darío. Por su parte Juan y María ya cancelaron lo que le correspondía a cada uno, pero Pedro aún no cancela. En este caso Darío debe:
- Exigir a Juan y María cancelen la parte de Pedro, puesto que los tres le pidieron el dinero.
 - Exigir solo a Juan que pague la parte de Pedro, puesto que los dos son hermanos.
 - Solicitar a María que cancele la parte de Pedro, puesto que ella gana más en su trabajo.
 - Exigir a Pedro que pague su cuota, puesto que Juan y María solo están obligados al pago de lo suyo.
8. Carlos y Manuel realizaron un contrato de compraventa de una casa, en el contrato se estipula una cláusula penal, en la cual Carlos debe pagar una suma de dinero si entra en mora. Carlos no cumplió, no entregó la casa en la fecha establecida.

En el siguiente ejemplo, usted como abogado de Manuel ¿qué exigiría?

- Que Carlos le pague la suma de dinero que determinaron en la cláusula penal y entregue la casa.
 - Que Manuel demande por daños y perjuicios y por incumplimiento de la entrega de la casa.
 - Que Manuel espere un tiempo más para que Carlos le entregue la casa y luego cobrar lo establecido en la cláusula penal.
 - Que demande a Carlos, puesto que se constituyó en mora y cumpla con la cláusula penal, es decir, el pago de la suma de dinero que establecieron.
9. Contrato es un acto en el cual una parte se obliga para con otra a:
- Cuidarse y ayudar en lo que esté a su alcance.
 - Dar, hacer o no hacer alguna cosa.
 - A dar y no hacer dependiendo de la cláusula que exista en el mismo.
 - A dar, hacer o no hacer, pero siempre y cuando sea una tradición.

10. El cuasicontrato por el cual el que administra sin mandato los negocios de una persona se obliga para con esta y la obliga en ciertos casos, se refiere a:
- a. Agencia oficiosa.
 - b. La comunidad.
 - c. Causalidad.

[Ir al solucionario](#)

¡Qué emoción! Hemos concluido con el estudio de este componente educativo, gracias a la buena actitud, el positivismo que le pusieron a la materia de Derecho Civil.

Con mucho acierto, espero que los conocimientos alcanzados le permitan seguir escalando en el aprendizaje de este maravilloso mundo del conocimiento. Como es de vuestro conocimiento se encuentra a las puertas de concluir sus estudios y por ende ingresar ya al mundo de los abogados, por lo tanto, estoy seguro de que los temas abordados en este bimestre le servirán de mucho provecho para el desempeño de la actividad laboral. ¡Felicitaciones! Ha realizado un excelente trabajo.

¡Nos veremos la próxima semana!



Unidad 5. Derecho procesal

¡Bienvenido a clases!

Estimado estudiante, espero que iniciemos juntos el recorrido y estudio de esta unidad muy motivados. Mantengamos en la mente el concepto de que, el Derecho Procesal cumple un rol de ser el medio para la aplicación del Derecho.

Como parte de su preparación para rendir el examen complejo y para finalizar el taller de Derecho Procesal, revisar el Art. 169 de la Constitución de la República; Art. 29 inc. final, Art. 130 del Código Orgánico de la Función Judicial, art. 4 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y el art. 2 del Código General de Procesos; para determinar la importancia de los principios procesales.

5.1. Derecho Procesal General

5.1.1. Principios generales del proceso

Para el estudio de los principios procesales, revisaremos la siguiente presentación como una forma de síntesis esencial de cada uno de estos. [**Principios Constitucionales del procedimiento civil**](#)

Estimado estudiante, puede recurrir las veces que considere necesario a esta presentación, ya que la misma tiene el objetivo de ser una memoria de estudio que le apoyará al momento de su preparación en el presente ciclo académico.

Ahora, le invito a profundizar sus conocimientos acerca de los principios generales del proceso

Figura 25.

Principios generales del proceso.



Nota: Texto tomado de la Constitución de la República de Ecuador (2008).

Principio dispositivo, de inmediación y concentración. - Este principio se centra de manera especial en las partes, en la iniciación y determinación del objeto de un proceso. Por su parte el principio dispositivo, es aquel que dota a las partes procesales con la responsabilidad de impulsar el movimiento procesal y de proveer al juzgador con los medios y materiales.

Quiere decir que el juez se transforma en un sujeto pasivo, su tarea es muy limitada, únicamente le corresponde dirigir el debate y decidir sobre la controversia sobre la cual versa el proceso. Se considera que este principio, es el más aplicable en el campo del Derecho Civil por no contener asuntos de interés general y se resuelve únicamente las pretensiones planteadas

en la demanda. Una de las características de la aplicación de este principio radica en que:

Las partes pueden, por lo general renunciar a los derechos procesales, y tal renuncia se entiende a existir, en muchos casos, por el solo hecho de no usar de él en la debida oportunidad; aun cuando este se deba a olvido o descuido; lo mismo el que sufran consecuencias adversas si no cumplen los actos que las diversas cargas procesales le imponen (Devis Hechandía, 2009, p. 60).

Referente al principio de inmediación recae en ser una línea de comunicación directa entre el juez, los sujetos procesales y los hechos, de ello que la inmediación pueda ser subjetiva, objetiva y de actividad.

“Se entiende por inmediación subjetiva la proximidad o contacto entre el acto probatorio y determinados elementos personales subjetivos, bien sean los sujetos mismos del proceso, bien sean personas distintas de tales sujetos, es decir terceros” (Devis Hechandía, 2009, p. 68). Lo que este requisito impone es que la pruebas sean practicadas en presencia del juez como un mecanismo de verificación.

“La inmediación objetiva se refiere a la comunicación del juez con las cosas y los hechos materia del juicio” (Devis Hechandía, 2009, p. 68). Este requisito implica una mediación más física entre el actor, el actor y el objeto de la causa.

Por otra parte, el principio de concentración regula que la actividad procesal sea evacuada y la causa resuelta en la menor cantidad de actos procesales y por ende en el menor tiempo posible. “Es opuesto a la dispersión de los actos procesales y está inspirada por la necesidad de que la actividad judicial y de las partes no se distraiga, con posible y perjudicial repercusión en la decisión de fondo” (Devis Hechandía, 2009, p. 67).

En nuestro sistema judicial aplicamos la oralidad en los procedimientos lo que al aplicar el principio de concentración de manera adecuada agrupa que en el desarrollo de las audiencias se exponen alegatos de derechos, se evacuen pruebas y por ende la sentencia debe resolver todos estos hechos. Los principios definidos de dispositivo, inmediación y concentración se encuentran recogidos dentro del artículo 19 del Código Orgánico de la Función Judicial en el que expresa:

Todo proceso judicial se promueve por iniciativa de parte legitimada. Las juezas y jueces resolverán de conformidad con lo fijado por las partes como objeto del proceso y en mérito de las pruebas pedidas, ordenadas y actuadas de conformidad con la ley.

Sin embargo, en los procesos que versen sobre garantías jurisdiccionales, en caso de constatarse la vulneración de derechos que no fuera expresamente invocada por los afectados, las juezas y jueces podrán pronunciarse sobre tal cuestión en la resolución que expidieron, sin que pueda acusarse al fallo de incongruencia por este motivo.

Los procesos se sustanciarán con la intervención directa de las juezas y jueces que conozcan de la causa. Se propenderá a reunir la actividad procesal en la menor cantidad posible de actos, para lograr la concentración que contribuya a la celeridad del proceso.

Principio de celeridad. - El principio de celeridad, lo entendemos de forma inmediata como proveniente de velocidad o agilidad en la realización de un acto y aplicado al Derecho se concibe que es “la prontitud de la justicia a través de la rapidez y velocidad del proceso; este último concebido como un sistema de garantías” (Carrión, 2007, p. 23) es entonces un principio dirigido exclusivamente a la actividad procesal.

Este principio hace referencia a la prontitud con la que debe actuarse en la administración de justicia, referente al desarrollo de un proceso y con ello, vigilar que se evite dilataciones innecesarias y que ponga en riesgo un bien jurídico tutelado.

El principio de celeridad procesal se expresa a través de diversas instituciones del proceso, por ejemplo, la perentoriedad e improrrogabilidad de los plazos. Está manifestado a través de todo el proceso por medio de normas impeditivas y sancionadoras de la dilación innecesaria, así como por mecanismos que permiten el avance del proceso (Larrea Holguín, 2009. 43).

Este principio se encuentra bajo disposiciones constitucionales, las cuales son recogidas por el Código Orgánico de la Función Judicial (2009), donde se expresa en su artículo 20: La administración de justicia será rápida y oportuna, tanto en la tramitación y resolución de la causa, como en la ejecución de lo decidido. Por lo tanto, en todas las materias, una vez iniciado un proceso, las juezas y jueces están obligados a proseguir

el trámite dentro de los términos legales, sin esperar petición de parte, salvo los casos en que la ley disponga lo contrario. El retardo injustificado en la administración de justicia, imputable a las juezas, jueces y demás servidoras y servidores de la Función Judicial y auxiliares de la justicia, será sancionado de conformidad con la ley.

Principio de economía procesal. - La economía procesal versa sobre obtener resultados con la aplicación de mínimos recursos y actividades procesales. Es decir, se busca una justicia rápida sin la existencia de procedimientos engorrosos y dilatorios.

También persigue este principio justicia barata, para lo cual responde la jerarquía judicial, estableciendo jueces con circunscripción territorial más pequeña y que, por lo tanto, están más cerca del lugar del litigio y del domicilio de las partes, y que gozan de menores sueldos, en los asuntos de menor valor, y viceversa, con lo cual también se procura imponerles menores gastos a las partes y proporcionados al valor o importancia del litigio (Devis Hechandía, 2009, pág. 67).

Con este principio se pretende evitar el desgaste de la actividad jurídica jurisdiccional dado que el costo del proceso es relativo al tiempo de duración del mismo. Este principio tiene la característica de ser operativo, por ir acorde con el principio de celeridad antes estudiado, se busca la resolución del proceso de la forma más eficaz en tiempo y en recursos procesales. Por ello en el artículo 169 de la Constitución la República (2008) señala que:

El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagran los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.

Este principio es uno de los más importantes por regir dos funciones de gran valor que son vigilar la encomia del proceso y procurar su simplificación.

Principio de transparencia y publicidad. - El principio de transparencia y publicidad busca mantener la administración de justicia fiel a sus objetivos evitando que haya justicia secreta o la creación de procesos ocultos.

Es decir, todo proceso debe estar al alcance del conocimiento de los interesados sin excluir información relacionada con el mismo. Sobre esto, en la doctrina jurídica algunos autores se pronuncian, revisemos un criterio que conviene analizar, en el que se aclara que:

No quiere decir que todo el proceso debe ser necesariamente público, y que toda persona pueda conocer en cualquier momento los expedientes. Esto perjudica gravemente la buena marcha de los procesos, especialmente en materias penales. La publicidad se reduce a la discusión de las pruebas, a la motivación del fallo y a su publicación, y a la intervención de las partes y sus apoderados y a la notificación de las providencias (Devis Echandía, 1996, p. 39).

El Código General de Procesos, contempla que no solo debe ser la información de carácter público, sino las decisiones, las audiencias y todo acto que está inmerso como parte del proceso. Exigiendo de la aplicación de este principio existen los casos que requieren reserva ante la protección de una persona por versar sobre asuntos de intimidad, el honor, el buen nombre o la seguridad propia. Revisemos cómo se encuentra en la normativa:

Art. 8.- Transparencia y publicidad de los procesos judiciales. - La información de los procesos sometidos a la justicia es pública, así como las audiencias, las resoluciones judiciales y las decisiones administrativas. Únicamente se admitirán aquellas excepciones estrictamente necesarias para proteger la intimidad, el honor, el buen nombre o la seguridad de cualquier persona. Son reservadas las diligencias y actuaciones procesales previstas como tales en la Constitución de la República y la ley.

Principio de gratuidad. - La gratuidad busca poner al alcance de todos, los accesos a la justicia, persiguiendo los preceptos de la justicia e igualdad, con base en esto surge el principio de gratuidad. En la doctrina se refieren a este principio como que "... Constituye un derecho que se concede a determinadas personas para eximirse del pago de los gastos que irroga la tramitación del juicio en que interviene o pretende intervenir" (Carocca, 1998, p. 542).

La gratuidad es un principio constitucional en los artículos 75 y 168, numeral cuarto de la Carta Magna, pero que es extendido en el artículo

12 de la Función Judicial (2009), la cual establecen que el acceso a la administración de justicia es gratuito:

El régimen de costas procesales será regulado de conformidad con las previsiones de este Código y de las demás normas procesales aplicables a la materia. La jueza o juez deberá calificar si el ejercicio del derecho de acción o de contradicción ha sido abusivo, malicioso o temerario. Quien haya litigado en estas circunstancias, pagará las costas procesales en que se hubiere incurrido, sin que en este caso se admita exención alguna. Las costas procesales incluirán los honorarios de la defensa profesional de la parte afectada por esta conducta. Quien litigue de forma abusiva, maliciosa o temeraria será condenado, además, a pagar al Estado los gastos en que hubiere incurrido por esta causa. Estas disposiciones no serán aplicables a los servicios de índole administrativa que preste la Función Judicial, ni a los servicios notariales.

Principio de contradicción. - El principio de contradicción, podemos considerarlo como uno de los que rige el sistema procesal y va muy ligado al derecho a la defensa, ya que versa que toda persona puede confrontar lo que se argumente en su contra en defensa de sus derechos e intereses.

El principio de contradicción exige que ambas partes puedan tener los mismos derechos de ser escuchados y de practicar las pruebas con la finalidad de que ninguna de las partes se encuentre indefensa frente a la otra, por lo tanto, requiere de una igualdad (Sotomayor, 2016, p. 61).

Con la aplicación del mismo, se permite el cumplimiento de las reglas procesales establecidas garantizando con lo que se ha mencionado, el derecho a la defensa y la igualdad. Un juzgador no está facultado para emitir criterio legal alguno sin antes de que las partes actúen dentro del proceso. En la Constitución de la República del Ecuador (2008) este principio yace en el artículo 168, numeral 6 de la siguiente manera:

La administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los siguientes principios: (...) 6 La sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo.

Principio de simplificación y uniformidad. - Este principio busca que todos los trámites y procedimientos sean sencillos, evitando que las solemnidades dificulten la administración de justicia.

Implica la eliminación o supresión de determinadas exigencias de las partes o de ciertas actuaciones de los operadores procesales que tornan engorroso al proceso a fin de hacerlo más sencillo, siempre que no se transgredan los principios del debido proceso y no se afecte con ello la validez del proceso (Calle Guzmán, 2015, p. 38).

La aplicación de este principio en la actividad procesal, permite que se eliminen trámites que representan obstáculos y dilatan la resolución de los mismos. El principio de simplificación además propone que se considere para los casos aplicables la utilización de medios alternos para la resolución de conflictos como la mediación.

En suma, la simplificación procesal está motivada en la disminución de los tiempos en cada diligencia procesal, lo que hace que el juicio sea menos agobiante y finalice en un tiempo razonable, para que se haga efectiva la garantía constitucional de la tutela judicial, la que, como parte integrante del derecho al debido proceso, ampare los valores de la paz social, la justicia y la seguridad. (Calle Guzmán, 2015, p. 38)

Este principio está contenido en la Constitución de la República de nuestro país, junto con alguno de los principios ya estudiados; de la siguiente manera:

Art. 169.- El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagran los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades

Principio de oralidad. - Uno de los principios más destacados dentro del ámbito del Derecho Procesal de nuestro país es el principio de oralidad ya que, proporciona una orientación al proceso acogiendo a los otros principios. Considerando que con este:

la concentración e inmediación operan de manera perfecta, el juez adquiere una mayor capacidad para juzgar, el juez adquiere una mayor capacidad para juzgar, en razón del conocimiento y apreciación directa que hace que las personas y hechos sometidos a su examen, dispone por último de una mayor actividad y más amplias facultades (Devis Echandía, 1996, p. 51).

Este principio permite una mayor agilidad y rapidez al resolver una causa, nuestro sistema procesal no obvia la escritura en los procesos, pero se destaca más la oralidad, para evitar que por medios escritos un proceso se prolongue de manera innecesaria y evitar crear confusiones al juzgador. En la práctica procesal “así, la demanda debe ir por escrito, de manera que se precisen los hechos y peticiones que van a constituir el litigio” (Devis Echandía, 1996, p. 51), pero el principio de oralidad permite que los demás actos procesales sean de forma oral, creando así piezas procesales únicamente con lo esencial para el proceso.

Hasta este punto llegaremos con nuestro estudio de los principios procesales, es importante que siempre tengan en mente que no son los únicos principios existentes dentro del modo operativo del sistema de justicia, pero sí los más importantes en su aplicación.

Estimado/a estudiante, sugiero la siguiente actividad de aprendizaje, para afianzar los contenidos abordados:



Actividades de aprendizaje recomendadas

- Para reforzar los conocimientos adquiridos en esta primera temática abordada, elabore un esquema de columnas de cada principio procesal revisado, en donde pueda definir a cada uno de manera muy concreta y breve.

¡Felicitaciones por el trabajo realizado!

5.1.2. Competencia



Para el inicio de este tema necesitamos hacer un repaso por la organización de los órganos encargados de administrar justicia, enlistados en el artículo 178 de la Constitución de la República.

Además, como recomendación, es necesario tener el Código Orgánico General de Procesos al alcance ya que nuestro estudio de este tema será basado en este.

5.1.2.1 Qué se entiende por competencia

La delicada tarea de administrar justicia requiere una coordinación y cierto ordenamiento; por ello hay la división de jurisdicciones de acuerdo al territorio y a la pluralidad de materias existentes en el Derecho, y aquí se manifiesta la función de la competencia, que es la distribución de jurisdicción entre las autoridades judiciales.

Devis en otros términos define que “competencia es el poder jurisdiccional que pertenece al funcionario o al adscrito al despacho (juzgado, tribunal, Corte), considerado en singular” (2009, p. 115). Es decir, que un juzgador es competente cuando el asunto le corresponde ser de su conocimiento por encima de otros, reuniendo ciertos requisitos: el primero en razón de jurisdicción del territorio y posteriormente basado en que la materia sea de su despacho. Por ello el autor mencionado citando a Cornelutti afirma que “la jurisdicción es el género y la competencia es la especie, ya que por esta se otorga a cada juez el poder de conocer de determinada porción de litigios” (2009, p. 115).

Analizaremos dos tipos de competencia, la absoluta y relativa, para comprender la asignación de funciones entre los órganos del poder judicial:

Cuando es interés público prima, lo que es legal general, las normas sobre competencia tienen carácter imperativo y entonces nos hallamos ante la competencia absoluta o improrrogable. En este caso los particulares no pueden ni poniéndose de acuerdo, llevar el negocio a conocimiento de juez diferente (Devis Hechandía, 2009, p. 121).

Este tipo de competencia no admite que la causa sea conocimiento de otro juez, sino del asignado por las normas abstractas establecidas para

el efecto, evaluando la competencia en todos los factores requeridos. En cambio, la competencia relativa se conoce que es:

Cuando la situación se presenta, estamos en presencia de la competencia relativa o prorrogable, la que se fija por el factor territorial cuando hace relación al domicilio de las partes y en algunos casos por el lugar en donde deba cumplirse la obligación, o por el señalado como fuero especial por los contratantes, por la ubicación de los bienes (Devis Hechandía, 2009, p. 121).

En este tipo de competencia se considera la facultad de las partes para señalar la competencia, lo que permite que sea el inicio del proceso, económico y fácil. Con estos fundamentos se determina que la competencia es un requisito procesal y la existencia de un error en ella crea nulidad del proceso.

5.1.2.2 Normas comunes

El Código Orgánico General de Procesos en cuanto a la competencia estipula las normas comunes sobre las cuales es determinada para mantener una armonía en todas las manifestaciones de la administración de justicia, por ello clasifica a la competencia en tres tipos: territorial, ocurrente y excluyente.

En la primera categoría, para determinar la competencia es basada en circunstancias de territorialidad de las personas; es decir el juez idóneo para tener conocimiento y con capacidad de acción en una causa es el asignado para el territorio donde se encuentre el domicilio de la parte demandada en el caso de personas naturales y en las personas jurídicas será el juzgador del lugar donde se celebró actos administrativos o donde esta tenga filiales. Lo que la normativa lo expresa de la siguiente manera.

Art. 9.- Competencia territorial. Por regla general será competente, en razón del territorio y conforme con la especialización respectiva, la o el juzgador del lugar donde tenga su domicilio la persona demandada. La persona que tenga domicilio en dos o más lugares podrá ser demandada en cualquiera de ellos. Si se trata de cosas que dicen relación especial a uno de sus domicilios exclusivamente, solo la o el juzgador de este será competente para tales casos. La persona que no tenga domicilio fijo, podrá ser demandada donde se la encuentre. Si la demandada es una persona jurídica con la que se celebró un

contrato o convención o que intervino en el hecho que da origen al asunto o controversia, será competente la o el juzgador de cualquier lugar donde esta tenga establecimientos, agencias, sucursales u oficinas.

En cuanto a la competencia concurrente, permite que con base en condicionantes adicionales a la de lugar del domicilio, se determine en razón de los lugares donde se realizó actos, pagos, daños a territorio, o incluso en la ubicación de bienes que son materia del proceso, y en casos más especiales como alimentos o reclamos de filiación o acciones en contra del Estado; la competencia es fijada en el domicilio del actor, para ello Código Orgánico General de Procesos presenta nueve enunciados:

Art. 10.- Competencia concurrente. Además de la o del juzgador del domicilio de la persona demandada, serán también competentes a elección de la persona actora, la o el juzgador. 1. Del lugar donde deba hacerse el pago o cumplirse la obligación respectiva. 2. Del lugar donde se celebró el contrato, si al tiempo de la demanda está presente la persona demandada o su procurador general o especial para el asunto que se trata. 3. Del lugar donde la persona demandada se haya sometido expresamente en el contrato. 4. Del lugar donde esté la cosa inmueble materia de la demanda. Si la demanda se refiere solamente a una parte del inmueble, la o el juzgador del lugar donde esté la parte disputada y si esta pertenece a diversas circunscripciones, la persona demandante podrá elegir la o al juzgador de cualquiera de ellas. 5. Del lugar donde esté ubicada la casa de habitación, si la cosa materia de la demanda está en dos o más cantones o provincias. 6. Del lugar donde estén situados los inmuebles, si una misma demanda tiene por objeto reclamar cosas muebles e inmuebles. 7. Del lugar donde se causaron los daños, en las demandas sobre indemnización o reparación de estos. 8. Del lugar donde se produjo el evento que generó el daño ambiental. 9. Del lugar donde se haya administrado bienes ajenos, cuando la demanda verse sobre las cuentas de la administración. 10. Del domicilio de la persona titular del derecho en las demandas sobre reclamación de alimentos o de filiación. Cuando se trate de demandas en contra del Estado, la competencia se radicará en el domicilio de la o del actor y la citación podrá practicarse en la dependencia más cercana, de acuerdo a lo previsto en este Código.

Por su parte la competencia excluyente radica en, fijar un solo juzgador idóneo y en excluir la posible interferencia de terceros competentes, como en casos y situaciones más específicas, como la competencia del juzgador que sea en el territorio del domicilio del trabajador cuando este es demandado, o en conflictos de linderos o tema aguas, donde la competencia es en la ubicación de los bienes y así otros asuntos análogos que especifica la normativa procesal que se cita a continuación:

Art. 11.- Competencia excluyente. - Únicamente serán competentes para conocer las siguientes acciones: 1. La o el juzgador del domicilio del trabajador en las demandas que se interpongan contra este. Queda prohibida la renuncia de domicilio por parte de la o del trabajador. 2. La o el juzgador del lugar donde está la cosa a la que se refiere la demanda en los asuntos para cuya resolución sean necesarios conocimientos locales o inspección judicial, como sobre linderos, curso de aguas, reivindicación de inmuebles, acciones posesorias y otros asuntos análogos. 3. La o el juzgador del último domicilio del causante. Si la apertura de la sucesión se realiza en territorio extranjero y comprende bienes situados en el Ecuador, será competente la o el juzgado del último domicilio nacional del causante o del lugar en que se encuentren los bienes. 4. La o el juzgador del lugar donde se abra la sucesión, en los procesos de inventario, petición y partición de herencia, cuentas relativas a esta, cobranza de deudas hereditarias y otras provenientes de una testamentaria. 5. La o el juzgador del domicilio del pupilo en las cuestiones relativas a tutela o curaduría, aunque el tutor o curador nombrado tenga el suyo en lugar diferente.

Con este recorrido por los tipos de competencia que contempla nuestra legislación analicemos un ejemplo aplicable a persona jurídicas: Una conocida empresa automotriz con más de siete sucursales por el territorio nacional, incumple un contrato con uno de sus clientes que deseaba renovar toda la flota de vehículos de su empresa, este contrato fue firmado en la ciudad de Manta en una de sus filiales, pero la sede principal de la empresa automotriz es en la Ciudad de Quito. ¿Qué juzgador es competente en razón de territorio para atender el proceso a iniciarse? En razón de territorio le corresponde a un Juzgador de la ciudad Manta.

Es importante tener presente que, no todos los procesos se sustancian ante un juez unipersonal, algunos son ante un tribunal con un juez ponente,

la determinación de su competencia se realiza por sorteo en consideración a que los tribunales son para las Salas de la Corte Provincial o para Tribunales de lo Contencioso Tributario y Administrativo y finalmente para salas de la Corte Nacional de Justicia. Y su forma de proceder y actuar son las que señala El Código Orgánico General de Procesos dentro de las normas de competencia en las cuales ya nos indica las responsabilidades de este juez ponente:

Art. 12.- Competencia del tribunal, designación y atribuciones de la o del juzgador ponente. Cuando se trate de tribunales conformados por las Salas de la Corte Provincial o de los Tribunales de lo Contencioso Tributario y Administrativo se realizará el sorteo para prevenir su competencia y para determinar la o el juzgador ponente. El Tribunal calificará la demanda o el recurso y sustanciará el proceso según corresponda. La o el juzgador ponente emitirá los autos de sustanciación y dirigirá las audiencias conforme con las reglas de este Código, pero los autos interlocutores serán dictados con la intervención de todos los miembros del Tribunal. En el caso de los Tribunales conformados de las Salas de la Corte Nacional de Justicia, se aplicará la norma antedicha, con excepción de la calificación del recurso de casación, que la efectuará un único conjuez, conforme con la ley.

Hemos revisado las normas para la fijación de competencia, es conveniente planteamos también los casos de incompetencia y cómo deben ser resueltos. Esta incompetencia puede ser en ciertos casos como de fuero personal, territorio, de grados o de materia, cuando esto acontezca en algunas ocasiones se dispondrá el pase del proceso a la autoridad judicial que, sí sea competente, pero en algunas excepciones se deberá declarar la nulidad del mismo; cómo cuando se trate sobre una incompetencia de materia. Revisemos lo que el Código Orgánico General de Procesos contempla al respecto:

Art. 13.- Excepción de incompetencia. Planteada la excepción de incompetencia, la o el juzgador conocerá de esta en la audiencia preliminar o en la primera fase de la audiencia única, de ser el caso. Si la acepta, remitirá de inmediato a la o al juzgador competente para que prosiga el procedimiento sin declarar la nulidad, salvo que la incompetencia sea en razón de la materia, en cuyo caso declarará la nulidad y mandará que se remita el proceso a la o al juzgador

competente para que se dé inicio al juzgamiento, pero el tiempo transcurrido entre la citación con la demanda y la declaratoria de nulidad no se computarán dentro de los plazos o términos de caducidad o prescripción del derecho o la acción.

Si bien, puede existir incompetencia también podemos encontrarnos en situaciones de conflictos de competencia positivo o negativo, cuando esto acontezca no precisamente se dará inicio a un proceso judicial, pero si a un incidente interno. Hablamos de incompetencia positiva cuando al menos dos juzgadores afirman tener competencia sobre la misma causa; en cambio, nos referimos a una incompetencia negativa cuando se manifiesta que no hay atribuciones de competencia sobre la misma causa; lo que para resolverlo la normativa procesal establece la siguiente ruta:

Art. 14.- Conflicto de competencia. Si una o un juzgador pretende la inhibición de otra u otro juzgador para conocer de un proceso, le remitirá oficio con las razones por las que se considera competente. La o el juzgador requerido contestará cediendo o contradiciendo en forma motivada en el término de tres días, contados desde que recibió el oficio. Con esta contestación, se dará por preparado y suficientemente instruido el conflicto positivo de competencia y sin permitirse otra actuación, se remitirá a la Sala Especializada de la Corte Nacional o Corte Provincial de Justicia a la que pertenece el tribunal o la o el juzgador provocante. Si, al contrario, ninguna o ningún juzgador, avoca conocimiento del proceso aduciendo incompetencia, cualquiera de las partes solicitará a la o el último juzgador en declararse incompetente, que eleve el expediente al superior que corresponda, según lo dispuesto en el inciso anterior, para que resuelva el conflicto negativo de competencia. El conflicto de competencia se resolverá en mérito de los autos, salvo que por su complejidad se requiera información adicional a las partes o a las o los juzgadores involucrados. La resolución del conflicto de competencia, en ningún caso deberá superar el término de diez días. Mientras dure el conflicto de competencia el proceso principal estará suspendido. De la resolución que dirima el conflicto de competencia no cabrá recurso alguno.

Con este procedimiento para la resolución de conflictos de competencia, se deja claro que no hay posibilidad de tramitarse el inconveniente como nuevo proceso por la vía de justicia ordinaria, pero quienes tienen la

competencia de resolver estos conflictos, son a las Salas Especializadas de la Corte Nacional y de las Cortes Provinciales de Justicia.

Estos conflictos de incompetencia no solo se pueden manifestar entre los juzgadores sino también entre los órganos administrativos con los mismos tipos que se habló anteriormente: positivos y negativos, pero con la diferente que ya deja de ser un incidente interno a ser objeto de correspondencia de un Tribunal Contencioso Administrativo, según el Código Orgánico General de Proceso esto es:

Art. 14A.- Conflicto de competencia entre órganos administrativos. En caso de que no exista un órgano administrativo superior que dirima los conflictos de competencia positiva o negativa entre órganos administrativos, el último de los órganos que haya reclamado o negado la competencia remitirá el asunto al Tribunal Contencioso Administrativo competente y a la entidad que considera competente o incompetente con las debidas razones, para que en el término de hasta tres días la entidad notificada presente sus argumentos, con respecto a su competencia o incompetencia. La o el juzgador miembro del Tribunal resolverá en mérito de los autos en hasta diez días de recibidos los argumentos de la entidad notificada.

Con lo revisado, entendemos que pueden presentarse diferentes conflictos de competencia y que ley naturalmente contempla esa posibilidad; por ello se crean las soluciones contempladas en estas normas especiales para incluso no dejar al libre albedrío escoger el momento y las causas a tramitarse.

Estimado/a estudiante, le animo a completar la actividad descrita a continuación



Actividades de aprendizaje recomendadas

En la presente semana usted estudió un tema muy importante dentro del derecho procesal, como lo es la competencia, dado que, de existir incompetencia del juzgador para resolver una causa, es motivo para nulidad del proceso. Por este motivo, sugiero:

- Realizar un ensayo de 500 a 800 palabras sobre “Los tipos de competencia” en el que plasme ideas principales, secundarias y otros detalles sobre lo estudiado en este tema, para el desarrollo del mismo recomiendo apoyarse en el formato de redacción normas APA en su séptima edición.

Nota: conteste las actividades en un cuaderno de apuntes o en un documento Word.

¡Excelente trabajo! Recuerde que la elaboración de este esquema, además de permitirle hacer uso de sus capacidades de compresión, se convertirá en una gran herramienta de estudio para el repaso en su meta del examen complejivo.

¡Continuemos!

5.1.3. Sujetos procesales

Estimado estudiante, en la temática por iniciar a estudiar se constituye en una de las partes más activa de la teoría del Derecho Procesal Civil, ello antes de entrar en su estudio reforzaremos nuestras bases sobre el tema.

Recurso educativo abierto:

Actividad: Realizar la lectura comprensiva de las páginas 51 a 56 sobre el artículo “[Sujetos Procesales \(partes, terceros e intervinientes\)](#)” de autoría de **John Jairo Ortiz Álvarez**.

Finalidad pedagógica: Encaminar al estudiante a la consecución de conocimientos con claridad y sencillez sobre cada uno de los términos jurídicos que veremos en este tema a abordar y en los siguientes por su constante presencia en el ámbito jurídico.

Retroalimentación:

Si bien la lectura cita referencias del Código de Procedimiento Civil colombiano, como referencias conceptuales son muy acertadas. Con esto se define qué partes integran la relación jurídica procesal, lo que en doctrina se identifica como sujetos del litigio o sujetos del proceso, conocidos también en la práctica como sujetos procesales. Estos son los que intervienen en el proceso siendo estos: el juez, el actor, el opositor, un tercero, una entidad pública o privada.

Pero su clasificación es:

- Partes directas e indirectas
- Parte singular y plural
- Partes originarias o principales y partes secundarias, accesorias o subordinadas
- Partes necesarias y partes voluntarias
- Partes permanentes y partes transitorias

¡Enriquecedora lectura!

Ahora es momento de avanzar en sus estudios, con los contenidos sobre la conformación de los procesos generales, partiendo de la premisa de que es necesaria una estructura y un orden para una correcta administración de justicia.

5.1.3.1 Las partes

El inicio de un proceso crea como una consecuencia la relación jurídico-procesal entre los sujetos que están relacionados o interesados en este, los mismos que son: el demandante, el demandado, terceros intervenientes y el juez.

El concepto de partes se deriva del ejercicio del derecho de la tutela judicial efectiva, con el cual se pide algo a un órgano jurisdiccional, Devis citando a Rosenberg expone que “partes en el proceso civil son aquellas personas que solicitan y contra las que se solicita, en nombre propio, la tutela estatal, en particular la sentencia y la ejecución forzosa” (2009, p. 414).

Entendamos con este precepto que partes, son lo elementos que conforman un todo de una relación procesal, dado que según Guasp “fuera del proceso podrá haber contraposiciones de sujetos, como las partes de un contrato, pero estas situaciones no guardan o no tiene por qué guardar identidad con las partes procesales. Por ello, para el proceso no hay partes materiales y formales, sino con la condición de ser o no parte procesal” (Devis Hechandía, 2009).

No se puede obviar que existen relaciones procesales y extraprocesales. Pero siempre en el proceso judicial existirá una parte activa o pasiva, la parte activa siempre es la que inicia y mueve el proceso también conocido como actor, y la parte pasiva es sobre quien es promovido el proceso o identificado como procesado. Es importante además tener presente que una persona puede tener la calidad de parte en un proceso, pero

no encontrarse presente en él sin perder su vinculación por la actividad procesal de otro.

Dentro de la doctrina existe una afirmación en la se establece, que no es lo mismo las partes de un proceso, que las partes de un litigio; esta diferenciación se fundamenta en que:

Teóricamente, cuando un proceso surge como consecuencia de un litigio, las partes de aquel lo son de este; pero en la práctica ocurre a menudo lo contrario. Puede haber sujetos de una relación jurídica litigiosa que no están en el pleito (condeños, codeudores, etc.) y puede promoverse un pleito relativo a una relación sustancial, por una persona o frente a una persona, que no es el sujeto de ella y que carece de interés en el litigio, aún cuando se carezca de ellos, e igualmente para contradecir el derecho del actor basta la oposición a su pretensión, que también puede ser infundada, o simplemente figurar como demandado en la demanda. (Devis Hechandía, 2009, p. 423).

En conclusión, la idea de parte es la que se encuentra dentro del proceso, pero la parte procesal puede no ser siempre ser parte del litigio y que las partes pueden ser formadas por una persona o por un grupo de personas con las mismas pretensiones.

Nuestra normativa procesal enlista 4 tipos de partes procesales en su artículo 30 que contempla:

Figura 26.
Partes procesales.



Nota: Texto tomado del Código General de Procesos (2020), artículo 30.

5.1.3.2 Demandante y demandado

En este nuevo apartado de estudio, nos adentraremos en los sujetos procesales demandante y demandado, para establecer con precisión las diferencias que existen entre ellos y delimitar el rol que asumen cada uno dentro de una relación jurídico procesal establecida en la normativa ecuatoriana.

Partiremos de la diferencia más importante entre estos dos sujetos expuesta a continuación:

Tabla 4.
Diferencia entre parte actora y demandado.

Actora	Demandado
Quien propone la demanda	Contra quien se intenta la demanda

Nota: Texto tomado del Código General de Procesos (2020), artículo 30.

Nuestro Código Orgánico Integral Penal no tiene una amplia definición de actor y demandado; las pautas que expone son suficientes para tener una noción elemental; pero analicemos en la doctrina, donde una de las conceptualizaciones más completas nos dice que:

Por actor se entiende quien promueve una instancia del proceso y de consiguiente será el demandante, en la primera; pero como la segunda instancia se presenta mediante el recurso de apelación (salvo los casos de consulta oficiosa), en esta podrá ser actor el demandado cuando, por haberle sido favorable la sentencia del juez inferior, recurre ante el superior a fin de que enmiende lo que él considera un error o una injusticia (Devis Hechandía, 2009, p. 427).

Con esto, no queda muy en firme que actor es la persona que inicia el proceso en el pleno ejercicio de sus derechos, con plena conciencia del conflicto que lo motiva; cuya meta es tener resultado sobre bienes intangibles, bienes tangibles, u objetos con un valor intrínseco o cultural.

En cuanto al demandado “Es aquel que sostiene puntos de vista contrarios al actor, de manera que lo será el demandado en la primera instancia; pero si este se transforma en actor, por la apelación, en la segunda será entonces opositor al demandante” (Devis Hechandía, 2009, p. 427).

Es entonces la persona sobre la cual versa la demanda y parte de la controversia. Y como lo expone la doctrina ambos sujetos procesales son mutables en su rol invirtiendo sus acciones además existe otra circunstancia que “cuando tanto demandante como demandado apelante, conservan la primitiva calidad de actor y opositor, respectivamente. Y si la instancia se surte por consulta se considera como actor la parte en cuyo favor se ha establecido” (Devis Hechandía, 2009, p. 427).

Capacidad procesal

Capacidad procesal, no es otra cosa que la aptitud válida para el ejercicio de una acción procesal en torno a un derecho y que no es únicamente para las partes sino para todos los sujetos que intervienen dentro del mismo.

Esto es:

Los dos sujetos principales o necesarios: el tribunal y los interesados principales (concepto el segundo que comprende a las partes del proceso contencioso y a los gestores o simples interesados del proceso voluntario), y los dos sujetos auxiliares o eventuales: auxiliares del tribunal (testigos, peritos, informantes, tasadores, rematadores, depositarios, etcétera), y auxiliares de los interesados principales (asistentes técnicos, vale decir abogados y, para algunos procesos, escribanos públicos e incluso contadores públicos) (Dante, 1979, p. 132)

En efecto la capacidad procesal permite que se determine sobre los sujetos procesales las condiciones sobre las cuales es un sujeto de imputación jurídica dentro de un proceso y así sus actuaciones sean válidas. Por eso se considera “que esta capacidad se otorga con base en “que corresponde a todo sujeto jurídico; persona física o jurídica; significa que ella, y por ella sus representantes o sustitutos pueden demandar o gestionar; también que puede ser demandada” (Dante, 1979, p. 132)

En el Código Orgánico General de Procesos, manifiesta que capacidad procesal es la que poseen quienes pueden comparecer al proceso, considerando las excepciones que establece la ley como los dementes, los impúberes, los menores adultos, los interdictos, toda persona sorda que no pueda darse a entender a través de algún medio y casos especiales que la ley les impone a ciertos sujetos. Sobre esta capacidad procesal, el cuerpo normativo del COGEP lo estipula de la siguiente manera:

Art. 31.- Capacidad procesal. Toda persona es legalmente capaz para comparecer al proceso, salvo las excepciones de ley. Las y los adolescentes pueden ejercer directamente aquellas acciones judiciales encaminadas al ejercicio y protección de sus derechos y garantías, conforme con la ley. En los casos en que ciertos incapaces contraigan obligaciones, se admitirá con respecto a estos asuntos su comparecencia de acuerdo con la ley. Cuando se trate de comunidades, pueblos, nacionalidades o colectivos, comparecerán a través de su representante legal o voluntario. Las niñas, niños y adolescentes serán escuchados en los procesos en los que se discuta acerca de sus derechos.

Este artículo tiene un componente específico, que dota de esta capacidad procesal a las y los adolescentes para que emprendan acciones que versen sobre sus derechos y para aquellos casos en los que los sujetos procesales son en forma colectiva, esta capacidad recae sobre una sola persona. Finalmente, es de destacar la apertura que se otorga a los niños y niñas a ser escuchados; si bien esto no les otorga una capacidad procesal plena, tienen un espacio a manifestarse en el proceso cuando este sea de temas que afecten sus derechos.

En caso de apoderado o representante legal.

Figura 27.

Apoderado representante legal.

-  Representación de menores de edad e incapaces
-  Representación de personas jurídicas
-  Representación del causante
-  Representación de la o del insolvente
-  Comparecencia al proceso mediante defensor
-  Procurador común
-  Representación de la naturaleza

Nota: Texto tomado del Código General de Procesos (2020), artículo 32 -36.

Como hemos visto en la capacidad procesal, hay personas naturales o jurídicas que pueden concurrir a un proceso, pero no hay cómo obviar aquellas situaciones en las que las personas no pueden presentarse a ser parte de un proceso por ellas mismas y requieren un intermediario o representante que vele por sus intereses. “El representante y el apoderado ejecutan actos procesales, firman memoriales y demandas, pero a través de ellos actúa el representado y se considera como si todos esos actos los ejecuta este” (Devis Hechandía, 2009, p. 432).

Es conveniente exponer que existen varios tipos de representación, primero analicemos las que son sobre los menores de edad o incapaces; este tipo de representantes son para quienes no pueden ejercer su capacidad procesal. Como es el caso de los denominados curadores Ad Litem, “los curadores ad litem son defensores designados por el juez, que sustituyen a los apoderados” (Devis Echandía, 1996, p. 383) o en otros casos esta representación recae sobre sus padres o sobre el progenitor que tiene la tenencia del menor.

En el Código General de Procesos en su artículo 32, es muy claro al estipular que estos sujetos solo comparecerán a un proceso por medio de

su representante o curador siempre sobreponiendo los intereses del menor. Revisemos la normativa:

Art. 32.- Representación de menores de edad e incapaces. Las niñas, niños, adolescentes, y quienes estén bajo tutela o curaduría, comparecerán por medio de su representante legal. Las personas que se hallen bajo patria potestad serán representadas por la madre o el padre que la ejerza. Las que no estén bajo patria potestad, tutela o curaduría, serán representados por la o el curador designado para la controversia. En caso de producirse conflicto de intereses entre la o el hijo y la madre o el padre, que haga imposible aplicar esta regla, la o el juzgador designará curador ad litem o curador especial para la representación de niñas, niños y adolescentes.

Otras de las formas de representación, son sobre las personas jurídicas, en cierta manera no pueden comparecer por ellas mismas, necesitan de un representante que obre por ellas. “El representante obliga a la persona jurídica, no porque la persona sea incapaz de hacerlo por su cuenta, desde el punto de vista jurídico que es al que se refiere la incapacidad, sino porque hay otro medio físico de realizarlo” (Coello Serrano, 1947, p. 75).

Es así, que una persona jurídica debe ser legalmente representada y que por medio de este puede contraer obligaciones y expresarse sin perder su personalidad. “La personalidad de este no se suprime y se manifiesta por medio de actos que bajo cierto aspecto si tienen valor jurídico” (Holguín, 1978, p. 461)

Esta representación jurídica es muy vista dentro de los procesos civiles, pero ejercida siempre con base en los lineamientos, intereses de sus representados, tal representación consta en la normativa procesal vigente exceptuando las situaciones laborales de la siguiente manera:

Art. 33.- Representación de personas jurídicas en el proceso. Cuando la parte sea una persona jurídica, deberá ser representada en el proceso por su representante legal o judicial. En el caso de las acciones laborales estas podrán dirigirse contra cualquier persona que a nombre de sus principales ejerza funciones de dirección y administración, aun sin tener poder escrito y suficiente según el derecho común.

Hablemos ahora sobre la representación del causante, debemos partir con la pregunta ¿Quién es el causante? Esta calificación se la da “al autor de la sucesión, a la persona cuya muerte origina, automáticamente, la apertura sucesoria” (Cabanellas, Diccionario de Derecho Usual , 1730, p. 365)

Este tipo de representación es un tipo de ficción legal, esta representación es ejercida por grados de parentesco, va muy ligado a los derechos hereditarios. Un caso de representación es el cual fallecen los padres; los hijos pueden asumir asuntos de sucesión que estos habrían percibido de estar con vida. En este tipo de representación es asumida por más de una persona.

Además de que los herederos del causante no desempeñan el cargo de representantes ante procesos de este, hasta que legalmente se encuentren en aceptación y posesión de la herencia existente, de esta forma lo estipula el Código de Procedimiento Civil, revisemos: “Art. 34.- Representación del causante. Los o los herederos no podrán ser demandados ni ejecutados sino luego de aceptar la herencia. Si no han aceptado la herencia, la demanda se dirigirá en contra del curador de la herencia yacente”

Por otra parte, existe también la representación del insolvente, este tipo de personas son aquellas que se encuentran en un estado patrimonial precario por cuanto tienen incapacidad para saldar deuda alguna. Doctrinariamente, es definido como “se entiende como una incapacidad más o menos definitiva de pagar la totalidad de sus obligaciones” (Cuberos Gómez, 2005, p. 30).

Estas personas carecen de capacidad procesal, por cuanto deben ser representadas por un síndico. Tengamos presente que un síndico es aquella persona que “en los concursos de acreedores y en las quiebras, el encargado de liquidar el activo y pasivo del deudor, para satisfacer en lo posible y de acuerdo con las prelaciones legales, los créditos contra él” (Cabanellas, Diccionario de Derecho Usual, 1730, p. 90).

De esta forma la representación que se ejerce sobre el insolvente es únicamente para liquidar el activo y pasivo de este, para pagar y calcular las cuantías de abonos. El representante actúa siempre por título legal o judicial. Respecto a esa representación la normativa procesal ecuatoriana expresa:

Art. 35.- Representación de la o del insolvente. La o el insolvente será representado por la o el síndico en todo lo que concierne a sus bienes, pero tendrá capacidad para comparecer por sí mismo en lo que se refiere exclusivamente a derechos extrapatrimoniales o en las diligencias permitidas en la ley.

La comparecencia al proceso mediante un defensor es otra de las formas de representación, un defensor es un profesional del derecho, que cumple con la tarea de defender, asesorar y durante el desarrollo de un proceso debe acompañar a su defendido. Recordemos que, es un derecho fundamental de todas las personas a recurrir a un defensor sea de carácter público o privado.

Revisemos cómo este tipo de representación se encuentra contenido en el Código General de Procesos:

Art. 36.- Comparecencia al proceso mediante defensor. Las partes que comparezcan a los procesos deberán hacerlo con el patrocinio de una o un defensor, salvo las excepciones contempladas en este Código. La persona que, por su estado de indefensión o condición económica, social o cultural, no pueda contratar los servicios de una defensa legal privada, para la protección de sus derechos, recurrirá a la Defensoría Pública. Siempre que una o un defensor concurra a una diligencia sin autorización de la parte a la que dice representar, deberá ratificar su intervención en el término que la o el juzgador señale de acuerdo con las circunstancias de cada caso; si incumple la ratificación, sus actuaciones carecerán de validez. Esta disposición no será aplicable a la comparecencia a audiencia preliminar a la cual deberá concurrir la o el defensor con la parte.

Parte del derecho a tener una defensa legal, es de que la persona sea informada sobre los asuntos relativos a sus derechos, y que esto sea explicado en un idioma de su comprensión. Además de ello, el código citado es concreto señalando que esta representación tiene que tener una autorización para ser ejercida.

Otra de las formas de representación dentro de un proceso es por medio de un procurador común. Con este término se considera a “el que, habilitado legalmente, se presenta en juicio en nombre y representación de una de las partes” (Cabanellas, Diccionario de Derecho Usual , 1730, p. 393)

El procurador común representa a una de las partes dentro de un proceso civil, además de ello está facultado para recibir notificaciones y su nombramiento siempre es con el propósito de agilizar actuaciones del desarrollo de un proceso. En la normativa procesal se regula el nombramiento de un procurador bajo varios parámetros:

Art. 37.- Procurador común. Si son dos o más las o los actores por un mismo derecho o dos o más las o los demandados, siempre que sus derechos o excepciones no sean diversos o contrapuestos, la o el juzgador dispondrá que constituyan un procurador común dentro del término que se les conceda, si no lo hacen, la o el juzgador designará entre ellos a la persona que servirá de procuradora y con quien se contará en el proceso. La persona designada no podrá excusarse de desempeñar el cargo. Para el ejercicio de la procuración común no se requiere ser abogada o abogado. El nombramiento de procurador o procuradora común podrá revocarse por acuerdo de las partes, o por disposición de la o del juzgador a petición de alguna de ellas siempre que haya motivo que lo justifique. La revocatoria no producirá efecto mientras no comparezca la o el nuevo procurador. La parte que quede liberada de la procuración por revocatoria, podrá continuar con el proceso de forma individual.

De esta manera se considera que no es estrictamente necesario que esta representación sea realizada por un abogado. Pero si es esencial que represente a derechos y pretensiones afines.

Finalmente, nos queda por estudiar el tipo de representación que se ejerce sobre la naturaleza. Debemos partir que la Constitución de la República reconoce a la naturaleza como un sujeto de derechos, y goza la protección del Estado, ya que en el artículo 71 de este cuerpo normativo se estipula que “la Naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura y procesos evolutivos”.

Por ser un sujeto de derechos debe constituirse representación alguna, el Código General de Procesos, aclara que no es sujeto común, este tiene la particularidad de que no puede ser demandada en juicio, revisemos las particularidades contempladas para esta representación:

Art. 38.- Representación de la naturaleza. La naturaleza podrá ser representada por cualquier persona natural o jurídica, colectividad o por el Defensor del Pueblo, quien además podrá actuar por iniciativa propia. La naturaleza no podrá ser demandada en juicio ni reconvenida. El Defensor del Pueblo responderá conforme con la ley y con este Código. Las acciones por daño ambiental y el producido a las personas o a su patrimonio como consecuencia de este se ejercerán de forma separada e independiente.

De esta manera finalizamos este tema, hemos revisado los diferentes tipos de representaciones que existen en nuestra normativa procesal como parte del proceso civil. Se puede concluir que las representaciones van muy ligadas al derecho a la defensa por cuanto siempre van encaminadas a la defensa de derechos e intereses de las partes procesales.

Continuemos con el aprendizaje mediante su participación en la actividad que se describe a continuación:



Actividades de aprendizaje recomendadas

Es momento de hacer un breve repaso mental por los temas los primeros temas revisados, ha aprendido hasta este sobre los principios procesales, la competencia y recientemente los sujetos procesales como partes de un proceso, por ello para completar las herramientas de aprendizaje sobre estas temáticas, sugiero realizar la siguiente actividad grupal:

- Conformamos siete grupos, cada grupo elegirá voluntariamente una de las formas de representación que hemos estudiado recientemente, y en torno a esa representación deberán construir los antecedentes de un caso ficticio que sirvan de base para emprender un proceso legal, realizada la actividad será socializada.

La realización de estas actividades mejora cada vez su capacidad de síntesis, aprendizaje y dominio de estos temas. Recuerde que la lectura motiva el espíritu de investigación, puede ampliar conocimientos adicionales referentes a este tema en el Código General de Procesos.

¡Felicitaciones por el trabajo realizado!

5.1.4. Actividad Procesal

Estimado estudiante, continuaremos nuestro estudio por conceptos básicos y esenciales para el desenvolvimiento en el ámbito procesal del derecho, paso a paso irá dominando estas temáticas.

Sigamos profundizando sus estudios acerca de la citación y notificación

5.1.4.1 Citación y notificación

La citación es uno de los actos procesales más importantes, ya que es el medio por el cual se le hace conocer al demandado todo el contenido de la demanda planteada, en respeto y cumplimiento al derecho a la defensa, otorgando la oportunidad que se realice una contestación a la demanda, así lo afirma la siguiente definición más amplia:

Acto con el cual se llega al conocimiento del demandado con el contenido de la demanda (pretensiones que contra él se deducen); acto solemne, fundamental si el que no pueden darse la contienda judicial, la litis; tanto que cualquier irregularidad en su celebración puede provocar la nulidad del proceso. La citación tiene requisitos formales para su validez; pero así también tiene requisitos de fondo que tiene que ver, con los efectos que se producen al interior del proceso: así es la convocatoria al demandado para que comparezca a defender sus derechos; esto es, la más clara expresión de la garantía del derecho a la defensa comenzando por la contestación a la demanda, (una vez que se entere del contenido de las pretensiones) (Rubén Elías Moran Sarmiento, 2008).

Con estas definiciones es claro lo que es y la función que cumple la citación como un acto solemne, que el demandado tenga conocimiento de la demanda y pueda ejercer su derecho a la defensa dentro del proceso de manera oportuna. El Código General de Procesos contiene la citación de la siguiente manera:

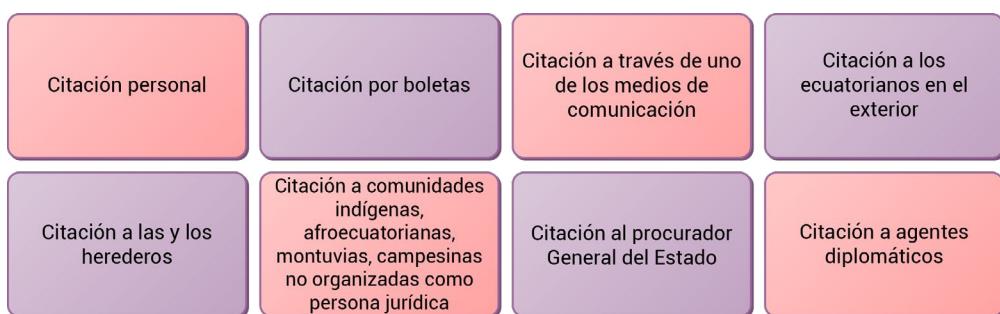
Art. 53.- Citación. La citación es el acto por el cual se le hace conocer a la o al demandado el contenido de la demanda o de la petición de una diligencia preparatoria y de las providencias recaídas en ellas. Se realizará en forma personal, mediante boletas o a través del medio de comunicación ordenado por la o el juzgador. Si una parte manifiesta que conoce determinada petición o providencia o se refiere

a ella en escrito o en acto del cual quede constancia en el proceso, se considerará citada o notificada en la fecha de presentación del escrito o en la del acto al que haya concurrido. Si la o el actor ha proporcionado la dirección de correo electrónico de la o del demandado, la o el juzgador ordenará también que se le haga conocer a la o al demandado, por correo electrónico, el extracto de la demanda y del auto inicial, de lo cual, se dejará constancia en el sistema. Esto no sustituye a la citación oficial. Toda citación deberá ser publicada en la página web del Consejo de la Judicatura, a través de los medios electrónicos y tecnológicos de los que disponga la Función Judicial.

La citación es realizada por varios motivos además de poner en conocimiento al demandado, es también para solicitar la comparecencia del mismo ante el juzgador competente del proceso, Constituir a la o el demandado como poseedor de mala fe e impedir que haga suyos los frutos de la cosa que se le demanda y constituir a la o el deudor en mora.

Con lo revisado del artículo citado del Código General de Procesos, ya tenemos pautas que existen más de una modalidad de citación, con lo cual es importante la constancia de que el demandado ya tiene conocimiento de la causa que lo hace parte procesal. De las cuales podemos enlistar las siguientes:

Figura 28.
Modalidad de la citación.



Nota: Texto tomado del Código General de Procesos (2020), artículo 52-61.

De la presente lista expuesta serán objeto de estudio las principales por su relevancia y mayor frecuencia de usos en desarrollo de un proceso civil.

En las diversas modalidades que se conoce en nuestro sistema procesal tenemos las siguientes formas de citación: En persona, por boleta, por la prensa, en cualquiera de ellas se requiere fe pública del funcionario responsable de esa diligencia vital para el destino de cualquier trámite judicial; la delegación a personas o medios, sin el ejercicio de autoridad restara fe de legitimidad al acto procesal.
(Moran Sarmiento, 2018, p. 35)

Con esta definición de Moran, iniciemos con el estudio de la citación de forma personal. La persona que la realiza es un citador, funcionario del sistema de justicia o en casos especiales realizan esta función los tenientes políticos de las parroquias, en el lugar que se ha señalado dentro de la demanda esta citación personal debe cumplir con los siguientes requisitos:

- Entrega personal al demandado
- Tener el contenido de la demanda
- Incluir los pedidos de diligencias preparatorias
- Providencias
- Información adicional en relación con el proceso
- Acta de citación posterior a la diligencia.

Revisemos como el Código General de procesos agrupa todos estos elementos en un articulado:

Art. 54.- Citación personal. Se cumplirá con la entrega personal a la o el demandado o en el caso de personas jurídicas u otras que no pueden representarse por sí mismas a su representante legal en cualquier lugar, día y hora, el contenido de la demanda, de la petición de una diligencia preparatoria, de todas las providencias recaídas en ella y de cualquier otra información que a juicio de la o del juzgador sea necesaria para que las partes estén en condiciones de ejercer sus derechos. De la diligencia la o el citador elaborará el acta respectiva.

Respecto a la citación por boletas, es para aquellos casos en los que el demandado no es ubicado de manera personal, pero se cuenta con la dirección de su domicilio o lugar de trabajo, para cumplir con esta diligencia se realizan el número de 3 boletas con la misma información y requisitos en el caso de citación personal; con la diferencia que estas tres boletas pueden ser dejadas en el domicilio, con familiares o representantes legales para el caso de personas jurídicas o menores de edad, así lo refiere el cuerpo normativo procesal por el cual nos regimos:

Art. 55.- Citación por boletas. Si no se encuentra personalmente a la o el demandado, se le citará por medio de tres boletas que se entregarán en días distintos en su domicilio o residencia a cualquier persona de la familia. Si no se encuentra a persona alguna a quien entregarlas se fijarán en la puerta del lugar de habitación. La citación por boletas a la o el representante legal de una persona jurídica se hará en el respectivo establecimiento, oficina o lugar de trabajo, en días y horas hábiles, entregándose a uno de sus dependientes o empleados, previa constatación de que se encuentra activo.

En cuanto a la citación dentro de un proceso judicial, y la posibilidad de que se realice a través de uno de los medios de comunicación, se recurre a este tipo de citación, cuando se han agotado todos los medios para establecer el domicilio de la parte demandada, esta citación debe cumplirse en una de las dos siguientes opciones:

Figura 29.

Citación a través de medios de comunicación.

1

Publicaciones que se realizarán en tres fechas distintas, en un periódico de amplia circulación del lugar. La publicación contendrá un extracto de la demanda o solicitud pertinente y de la providencia respectiva.

2

Mensajes que se transmitirán en tres fechas distintas, por lo menos tres veces al día, en una radiodifusora de la localidad, en un horario de seis a veintidós horas y que contendrán un extracto de la demanda o solicitud pertinente.

Nota: Texto tomado del Código General de Procesos (2020), artículo 56.

Los demás actos o cuestiones protocolarias para la validez de este tipo de citación las establece el Código General de Procesos de la siguiente manera:

Art. 56.- Citación a través de uno de los medios de comunicación. A la persona o personas cuya individualidad, domicilio o residencia sea imposible determinar, se la citará mediante: 1. Publicaciones que se realizan en tres fechas distintas, en un periódico de amplia circulación del lugar. De no haberlo, se harán en un periódico de la capital de provincia, asimismo de amplia circulación. Si tampoco hay allí, en uno de amplia circulación nacional. La publicación contendrá un extracto de la demanda o solicitud pertinente y de la providencia respectiva. Las publicaciones íntegras se agregarán al proceso. 2. Mensajes que se transmitirán en tres fechas distintas, por lo menos tres veces al día, en una radiodifusora de la localidad, en un horario de seis a veintidós horas y que contendrán un extracto de la demanda o solicitud pertinente. La o el propietario o la o el representante legal de la radiodifusora emitirá el certificado que acredite las fechas y horas en que se realizaron las transmisiones de mensajes y una copia del audio. La citación por la radio se efectuará cuando, a criterio de la o del juzgador, este sea el principal medio de comunicación del lugar. La declaración de que es imposible determinar la individualidad, el

domicilio o residencia de la o del demandado y que se han efectuado todas las diligencias necesarias, para tratar de ubicar a quien se pide citar de esta forma, como acudir a los registros de público acceso, la hará la o el solicitante bajo juramento que se presentará ante la o el juzgador del proceso o mediante deprecatorio a la o al juzgador del domicilio o residencia de la o del actor. Para el caso anterior se adjuntará además la certificación del Ministerio de Relaciones Exteriores que indique si la persona salió del país o consta en el registro consular. Si se verifica que es así, se citará mediante carteles fijados en el consulado en el que se encuentra registrado. La o el juzgador no admitirá la solicitud sin el cumplimiento de esta condición. De admitir, deberá motivar su decisión. Transcurridos veinte días desde la última publicación o transmisión del mensaje radial comenzará el término para contestar la demanda. Si se acredita que la parte actora, su apoderado o ambos, faltaron a la verdad con respecto a la dirección domiciliaria o residencia de la o del demandado o respecto al hecho de no haber sido posible determinar su individualidad, se remitirá copia de lo actuado al fiscal respectivo, para la investigación.

Finalmente, en cuanto a los tipos de citación, nos queda por tratar la que debe realizarse a las y los ecuatorianos en el exterior, en razón que si se sustancia un proceso que los hace parte demandada y el proceso es territorio ecuatoriano, de igual manera están obligados a comparecer. Para estos casos se acude con las autoridades consulares como lo contiene la normativa procesal: "Art. 57.- Citación a las y los ecuatorianos en el exterior. La citación a las y los ecuatorianos en el exterior cuyo domicilio se efectuará mediante exhorto a las autoridades consulares".



IMPORTANTE: Para complementar el estudio de la citación como acto procesal realizar una lectura de los artículos 53 al 64 del Código General de Procesos.

¡Enriquecedora lectura! Cuán importantes es conocer estas particularidades sobre la citación que contempla la normativa procesal.

Ahora bien, con bases de conocimiento sobre la citación, es conveniente adentrarnos en el estudio y análisis de la notificación. Este acto procesal tiene mucha importancia, ya habíamos hablado en la primera unidad que se

busca evitar que la justicia sea secreta y que prime el derecho a la defensa. Revisemos una de las concepciones de lo que es la notificación como un acto procesal:

Se entiende por notificación un acto generalmente secretarial, mediante el cual se pone en conocimiento de las partes y en ocasiones de terceros, las providencias que el juez dicta para iniciar el proceso, para adelantar su trámite y para ponerle fin, pero también puede ser un acto de la misma parte cuando se notifica espontáneamente (Camiruga, 1963, p. 209).

Es un requerimiento muy puntual que se notifique a las partes sobre las providencias, o estas no pueden cumplirse o pasar a tener el carácter de ejecutoriada o en firme a excepción de las notificaciones por embargo o para medidas cautelares que tiene su efecto antes de ser notificadas. Por su parte el Código General de Procesos define a notificación como:

Art. 65.- Notificación. - Es el acto por el cual se pone en conocimiento de las partes, de otras personas o de quien debe cumplir una orden o aceptar un nombramiento expedido por la o el juzgador, todas las providencias judiciales. Las providencias judiciales deberán notificarse dentro de las veinticuatro horas siguientes a su pronunciamiento. Su incumplimiento acarreará sanciones conforme con lo determinado en la ley.

Es una regla general que estas notificaciones deban hacerse a las personas determinadas en el proceso y el mismo código establece que el lugar de notificación se señala al momento de la comparecencia al proceso: "Art. 66.- Regla general. - Las partes, al momento de comparecer al proceso, determinarán dónde recibirán las notificaciones. Son idóneos los siguientes lugares: el casillero judicial, domicilio judicial electrónico, correo electrónico de una o un defensor legalmente inscrito o el correo electrónico personal"



IMPORTANTE: Como lectura de refuerzo es recomendable leer detenidamente los artículos del 65 al 68 del Código General de Procesos ya que en los mismos encontraremos sobre la importancia de notificación, su constancia y la correcta forma de notificar a herederos como sujetos procesales.

5.1.5. Audiencias: normas generales

¡Felicitaciones por sus aportes que demuestran dominio en la materia!

Hemos llegado a una parte muy importante y la más activa del proceso, la audiencia como medio para la resolución de un conflicto.

Figura 30.

Audiencia normas generales.



"Acto de oír un juez o un tribunal a las partes para decidir los pleitos y causas" (Cabanellas, 1730, p. 238)

Una audiencia es otro de los actos procesales, en el cual los litigantes y terceras personas. Pueden ser escuchados por el juzgador y de esta forma resolver la controversia. En esta etapa en la que las partes ejercen su defensa y son escuchadas.

Resumiendo lo que estipula el Código General de Procesos, en su artículo 79 las cuestiones obligatorias a las que debe sujetarse el desarrollo de una audiencia son las que verá en siguiente recurso.

Cuestiones obligatorias de la Audiencia

Ahora, profundicemos más acerca de las audiencias

La dirección de las audiencias le corresponde exclusivamente al juzgador que es competente para resolver la causa o al juzgador ponente en los casos de cortes provinciales y tribunales distritales de lo contencioso tributario y administrativo o de la Corte Nacional de Justicia, por ser estos sujetos garantes de los derechos y del cumplimiento de las normas, una audiencia no puede desarrollarse sin la presencia del juzgador, su ausencia implica nulidad dado que, su tarea principal en la audiencia más que la de intervenir, es la de escuchar a las partes con objetividad e imparcialidad, de ahí lo que el artículo 80 del COGEP establece:

Art. 80.- Dirección de las audiencias. La dirección de las audiencias corresponde exclusivamente a la o al juzgador competente y en la Corte Nacional de Justicia, cortes provinciales y tribunales distritales de lo contencioso tributario y administrativo, a la o al juzgador ponente, como garantes de los derechos y de las normas. Dentro de sus facultades de dirección podrá indicar a las partes los asuntos a debatir, moderar la discusión, impedir que sus alegaciones se desvíen hacia aspectos no pertinentes y ordenar la práctica de pruebas cuando sea procedente. Asimismo, podrá limitar el tiempo del uso de la palabra de las personas que intervengan, interrumpiendo a quien haga uso manifiestamente abusivo o ilegal de su tiempo. Ejercerá las facultades disciplinarias destinadas a mantener el orden y garantizar su eficaz realización. La o el juzgador dirigirá la audiencia de tal manera que las partes y el público comprendan lo que ocurre.

Las audiencias también pueden ser suspendidas, pero únicamente por el juzgador y en ciertos casos que lo ameriten, como los que contempla el artículo 82 de COGEP.

1. Cuando en la audiencia ya iniciada concurran razones de absoluta necesidad, la o el juzgador ordenará la suspensión por el tiempo mínimo necesario, que no podrá ser mayor a dos días.
2. Cuando por caso fortuito o fuerza mayor que afecte al desarrollo de la diligencia la o el juzgador deba suspender una audiencia, determinará el término para su reanudación, que no podrá ser mayor a diez días.

Bajo estas situaciones la audiencia debe ser reinstalada, en los términos establecidos, de lo contrario existen sanciones para este tipo de incumplimientos conforme la Ley.

Estos casos son aquellos que no se ha podido prevenir, y que sean justificados, como el caso fortuito, que es para acontecimientos de desastres naturales o a imposiciones de fuerza humana como situaciones de conflicto como enfrentamientos armados.

En cuanto a la comparecencia de los litigantes a la audiencia, su presencia es de carácter obligatorio en forma personal, salvo las excepciones de representación que estudiamos anteriormente como es el caso de un procurador común. Hoy en día existe la facultad de comparecer a una audiencia por vía telemática, la misma que se realiza con las mismas garantías y solemnidades procesales.

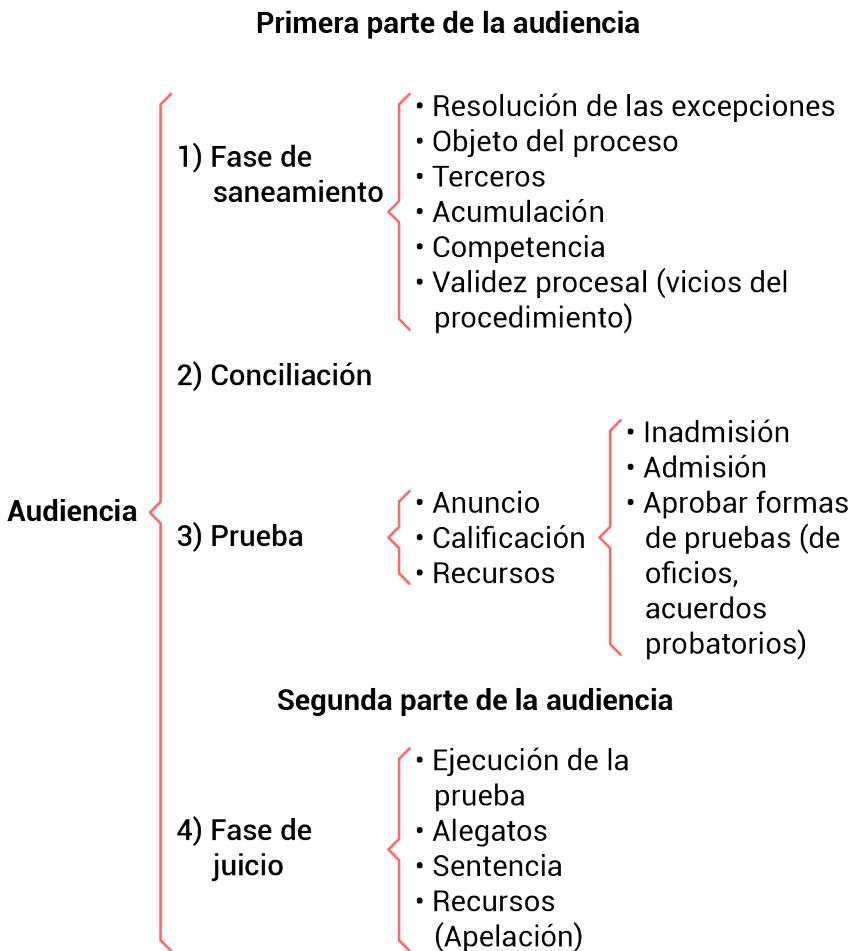
En cuanto a las situaciones que en una de las partes no comparezca al día y hora señalados para el desarrollo de una audiencia, debe sufrir ciertos efectos que la de ley que recaen sobre estos, como sanciones, si es parte actora se considera abandono de la causa e incluso la pérdida de ejercer defensa sobre sus derechos. Revisemos como lo estipula el COGEP.

Art. 87.- Efectos de la falta de comparecencia a las audiencias. En caso de inasistencia de las partes se procederá de acuerdo con los siguientes criterios: 1. Cuando quien presentó la demanda o solicitud no comparece a la audiencia correspondiente, su inasistencia se entenderá como abandono. 2. Cuando la o el demandado o la o el requerido no comparece a la audiencia que corresponda, se continuará con la audiencia y se aplicarán las sanciones y efectos, entendiéndose siempre que pierde la oportunidad procesal de hacer valer sus derechos. Sin embargo, en caso de retraso, se admitirá su participación, tomando la audiencia en el estado en que se encuentre. Si la o el juzgador dispone de oficio la realización de una audiencia la proseguirá debiendo resolver lo que corresponda conforme con el objeto para el cual la convocó.

Una audiencia está conformada por varias partes por orden, transparencia y oportunidad de las partes, en la siguiente gráfica el autor Rubén Moran establece el orden en el que acontece cada acto procesal dentro de la audiencia:

Figura 31.

Primera parte de la audiencia.



Nota: imagen replicada del Libro Derecho Procesal Civil Práctico. (2018) de Morán Sarmiento, R.

Recurso educativo abierto:

Actividad: En este apartado de nuestro estudio, haremos una pausa necesaria para una mejor comprensión de este tema, y le invito a visualizar el siguiente video de una simulación de audiencia normada por el Código General de Procesos:

[Audiencias COGEP 2017 – Divorcio por mutuo consentimiento](#)

Finalidad pedagógica: Adquirir un concepto dinámico del ambiente en el que se desarrolla una audiencia y presenciar con cercanía el rol que

cumple cada uno de los sujetos procesales, así como poder diferenciar el cumplimiento de cada una de las fases que hemos estudiado de forma teórica.

Retroalimentación:

La simulación que nos muestra el video, es sobre uno de los casos más comunes dentro del sistema judicial, un divorcio por mutuo consentimiento.

En él se puede determinar cada una de las etapas, como la instalación de la audiencia en la cual se comprueba que las partes procesales se encuentren presentes, así como que sea el día y hora correctos para ese acto procesal.

Las partes pueden pronunciarse seguidamente sobre la validez del proceso, manifestando de forma verbal si existe vicios u omisiones que impidan la realización del proceso, así como el juez lo determine junto con los objetos sobre los que versa el proceso, todo esto como parte de la fase saneamiento.

Se evidencia como las partes manifiestan sus argumentos como base de sus pretensiones, previo que el juez instaure la fase de conciliación apoyado fielmente a lo establecido en la norma, lo que como se puede evidenciar agiliza el proceso.

Y finalmente existe la resolución pronunciada de manera oral por el juez competente y en el mismo acto procesal.

¡Qué educativo e Interesante video verdad!

5.1.6. Clases de providencias judiciales

Las providencias judiciales son conocidas como los actos decisarios del juez dentro de la dirección del proceso para resolver peticiones de la controversia y se definen como “los actos decisarios del juez están contenidos en las providencias que dicta y se clasifican entre en autos y sentencias y los actos del gobierno procesal autos se denominan autos de sustanciación. Todos son de especie del género providencias” (Devis Echandía, 1996, p. 459).

Entonces, las providencias tienen el objeto de continuar con el desarrollo del proceso, y que al final del proceso servirán de base para que el juzgador pueda pronunciarse en la sentencia. Diferenciamos los autos interlocutorios de las sentencias:

Tabla 5.

Primera parte de la audiencia.

Autos interlocutorios	Sentencias
Resuelve cuestiones procesales	Decisión del juez
Son actuaciones previas	Pone fin al proceso.

Nota: Texto tomado del Código General de Procesos (2020), artículo 88.

Profundicemos su aprendizaje acerca de este tema:

Empecemos a analizar más detenidamente estos tipos de providencias judiciales, los autos interlocutorios son resoluciones de asuntos previos y que no corresponden a una sentencia, resuelven cuestiones netamente procesales.

Son interlocutorios los actos que continúen alguna decisión sobre el contenido del asunto litigioso o que se investiga y que no corresponde a la sentencia, o que resuelven alguna cuestión procesal que puede afectar los derechos de las partes o la validez del procedimiento, es decir, que no se limitan al mero impulso procesal o gobierno del proceso (Devis Echandía, 1996, p. 460).

Estos autos si bien no son parte de una sentencia, sino que de no resolverse pueden afectar o perjudicar derechos de las partes o de la validez del proceso, por ello son para investigar o negar la práctica de una prueba.

Por su parte una sentencia es el pronunciamiento de la decisión del juzgador sobre la causa de su competencia. “La sentencia es el acto por el cual el juez cumple la obligación jurisdiccional derivada de la acción y del derecho de contradicción, de resolver sobre las pretensiones del demandante y las excepciones de mérito o fondo del demandado” (Devis Echandía, 1996, p. 461).

Una sentencia entonces pone fin a la litis, lo que produce el efecto de cosa juzgada y claro, no impide que pueda debatirse en un nuevo proceso. “Toda

sentencia es una decisión y el resultado de un razonamiento o juicio del juez, en el cual existen las premisas y la conclusión" (Devis Echandía, 1996, p. 461). Es importante destacar el carácter de obligatoriedad que posee una sentencia, es decir que tiene una gran fuerza impositiva para hacer cumplir la ley en casos concretos y determinados.

Por su parte el COGEP tiene sus propias definiciones que expresa:

Art. 88.- Clases de providencias. Las o los juzgadores se pronuncian y deciden a través de sentencias y autos. La sentencia es la decisión de la o del juzgador acerca del asunto o asuntos sustanciales del proceso. El auto interlocutorio es la providencia que resuelve cuestiones procesales que, no siendo materia de la sentencia, pueden afectar los derechos de las partes o la validez del procedimiento. El auto de sustanciación es la providencia de trámite para la prosecución de la causa.

Fuera de esto también existen los autos de sustanciación, estos son para dar continuidad al proceso y sustanciación, como pedir la exhibición de pruebas.

Los autos de sustanciación son los que se limitan a disponer un trámite de los que la ley establece para dar curso progresivo a la actuación, se refieren a la mecánica del procedimiento, a impulsar su curso, ordenar copias y desgloses, citaciones y actos por el estilo (Devis Echandía, 1996, p. 460).

Tanto las sentencias como los autos deben cumplir con ciertos requisitos para su plena legalidad, entre ellos la motivación, esto es que se encuentre fundamentada con base en todos los principios y normas que son emitidos. Así como la apreciación de pruebas que se han obtenido. En otros requisitos de contenido y forma son los que establece el Código General de Procesos de la siguiente manera:

Art. 90.- Contenido general de sentencias y autos. Además del contenido especial que la ley señale para determinados autos o sentencias, todo pronunciamiento judicial escrito deberá contener:

1. La mención de la o del juzgador que la pronuncie
2. La fecha y lugar de su emisión
3. La identificación de las partes

4. La enunciación resumida de los antecedentes de hecho
5. La motivación de su decisión
6. La decisión adoptada con precisión de lo que se ordena
7. La firma de la o del juzgador que la ha pronunciado

Basado en el principio de oralidad estudiado, el juzgador está obligado a pronunciar su resolución al finalizar la audiencia salvo los casos de extrema complejidad para los cuales serán convocados según el COGEP en el plazo de 10 días y posteriormente se notifica con la sentencia por escrito la cual debe reunir lo siguiente:

Art. 95.- Contenido de la sentencia escrita. La sentencia escrita contendrá:

1. La mención de la o del juzgador que la pronuncie.
2. La fecha y lugar de su emisión.
3. La identificación de las partes.
4. La enunciación breve de los hechos y circunstancias objeto de la demanda y defensa de la o del demandado.
5. La decisión sobre las excepciones presentadas.
6. La relación de los hechos probados, relevantes para la resolución.
7. La motivación.
8. La decisión que se pronuncie sobre el fondo del asunto, determinando la cosa, cantidad o hecho al que se condena, si corresponde.

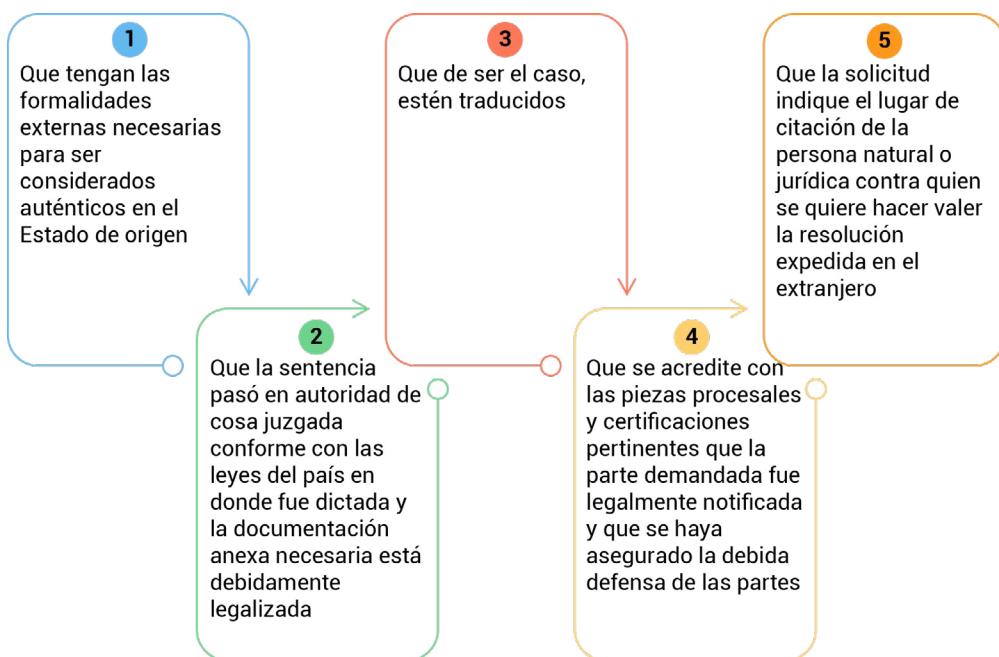
La procedencia o no del pago de indemnizaciones, intereses y costas. Además de la emisión en idioma castellano, a petición de parte y cuando una de estas pertenezca a una comunidad indígena, la sentencia deberá ser traducida al kichwa o al shuar según corresponda.

5.1.7. Reconocimiento y homologación de sentencias, laudos arbitrales y actas de mediación en el extranjero

Anteriormente, revisamos que se reconocen los mecanismos alternativos para la resolución de conflictos, en ellos están los arbitrajes cuyos laudos son, la decisión de estos arbitrajes con el mismo alcance y funcionalidad que una sentencia.

Todos estos actos procesales cuando son emitidos en el extranjero pueden ser susceptibles de reconocimiento en nuestro país. La autoridad competente para este reconocimiento es la sala de la Corte Provincial especializada del domicilio de la o del requerido o el juzgador de primer nivel del lugar en el que se encuentren los bienes o donde deba surtir efecto la sentencia, o acta de mediación. Una sentencia o acta de mediación expedidos en el extranjero y que fueron pronunciados en procesos que no correspondan a materia contenciosa en nuestro país tiene el mismo efecto, en virtud de ser amparados en convenios o instrumentos internacionales que son ratificados en nuestro país. Revisemos los requisitos que estos deben cumplir establecidos en el COGEP en su artículo 104:

Figura 32.
Primera Parte de la audiencia.



Nota: Texto tomado del Código General de Procesos (2020), artículo 104.

Es muy importante tener presente que únicamente homologados estos documentos, tendrán una validez procesal o judicial en nuestro país y para que por ende sean ejecutables.

Continuemos con el aprendizaje mediante su participación en las actividades que se describen a continuación:



Actividades de aprendizaje recomendadas

En estas temáticas, estimado estudiante usted tuvo la oportunidad de conocer a profundidad el tipo y valor de los actos emitidos por el juzgador como providencias judiciales lo que complementa la etapa posterior al desarrollo de una audiencia, con todos estos antecedentes y haciendo uso de sus capacidades por favor realice la siguiente actividad:

- Realizar una lluvia de ideas dentro de clase, sobre las conclusiones, dudas y ejemplos de las providencias judiciales. Redactamos un informe para que sea nuestra ayuda memoria para el estudio de este tema en su camino a rendir el examen complejivo.
- Elabore un resumen sobre las providencias judiciales donde consten sus características y sus propias ideas sobre cómo comprender a cada una de estas.

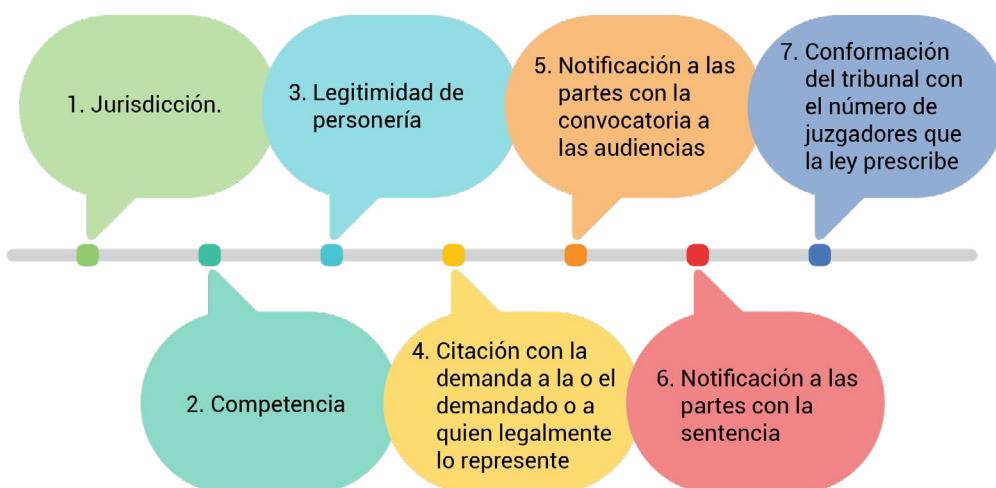
¡Grandioso aporte!

5.1.8. Nulidades procesales



IMPORTANTE: Antes de adentrarnos en el estudio de las nulidades procesales es necesario tener muy en cuenta cuáles son las solemnidades sustanciales, estos son requisitos indispensables que no pueden pasar por alto en un proceso, y se encuentran establecidos en el COGEP en el artículo 107, que son en manera resumida los siguientes:

Figura 33.
Nulidades Procesales.



Nota: Texto tomado del Código General de Procesos (2020), artículo 107.

Cuando existe la ausencia o error de una o varias de estas solemnidades, hablamos de situaciones de nulidad procesal. La nulidad se opone a la validez de un acto, por no cumplir los requisitos de formalidad para que cumpla con su finalidad y se pueden producir tanto en la sentencia como en el desarrollo del proceso. *Continuemos conociendo más acerca de este tema*

Los actos procesales son susceptibles de nulidades “un acto procesal es nulo cuando no produce efectos; desde este punto de vista, la nulidad es la sanción por la cual el ordenamiento jurídico priva a un acto jurídico de sus efectos normales cuando en su ejecución” (Alsina, 1956, p. 629).

La consecuencia de existir una nulidad en el proceso, es que este se regrese a su estado o etapa anterior, hasta el cometimiento del acto nulo, es decir que no produce anulación de todo el proceso.

Adicionalmente, a estos, existen casos de nulidad por falta de citación, como lo hemos analizado, la citación es una parte muy importante del proceso con relación al derecho de la defensa, en razón de que de no ser citado no puede ejercer su defensa y plantear sus excepciones a la demanda iniciada en su contra, esto se encuentra enmarcado en el artículo 108 del COGEP.

Las nulidades en las sentencias son aquellas que ponen fin a los procesos, cuando son ejecutoriadas y son cometidas en los siguientes casos establece el COGEP en su artículo 112:

1. Por falta de jurisdicción o competencia de la o del juzgador que la dictó, salvo que estas se hayan planteado y resuelto como excepciones previas.
2. Por ilegitimidad de personería de cualquiera de las partes, salvo que esta se haya planteado y resuelto como excepción previa.
3. Por no haberse citado con la demanda a la o el demandado si este no compareció al proceso.
4. Por no haberse notificado a las partes la convocatoria a las audiencias o la sentencia, siempre y cuando la parte no haya comparecido a la respectiva audiencia o no se haya interpuesto recurso alguno a la sentencia.

Existen excepciones como las sentencias que son expedidas por la Corte Nacional de Justicia, sobre las cuales no puede demandarse nulidad de sentencia dado que deja a salvo las acciones que franqueen la Constitución de la República.

IMPORTANTE:



Se recomienda realizar una lectura de los artículos 107- 111 del Código General de Procesos como un refuerzo a este tema, para ampliar conocimientos sobre las nulidades comunes en los procesos.

Seguimos avanzando en nuestro estudio por el Derecho Procesal, recuerde que todos estos conocimientos son parte de su preparación para rendir el examen complexivo, por ello le motivó a mantener el ánimo y dedicación en el estudio de esta materia.

¡Continuemos!

5.1.9. Actos de proposición

Estimado estudiante para el desarrollo de este nuevo tema, deseo que mantenga la concentración, veremos en la presente temas más prácticos, pero que requieren de su pensamiento analítico y capacidad de compresión.

5.1.9.1. Demanda

La demanda es un acto procesal, con el cual se inicia el ejercicio de los derechos, ante la administración de justicia y por ende es el inicio del proceso. En esta se expone el caso al juzgador de manera escrita. “La demanda constituye el comienzo del juicio que requiere una parte, la actora, que pide en justicia lo que a su derecho corresponde” (Cabanellas, Diccionario de Derecho Usual, 1730, p. 614).

La demanda tiene el efecto de ser un vehículo de la pretensión, y para establecer la relación procesal con sus partes. “La naturaleza y objeto de la demanda, no ha escapado de la discusión doctrinal. Para algunos es el “acto de iniciación”, para otros es un “acto de alegación” y para otros es a su vez, acto de iniciación, postulación y alegación”. (Artavia, Picado, 2018, pág. 1)

El Código General de Procesos, también define a la demanda como el inicio del proceso señalando que en el artículo 141 que “todo proceso comienza con la presentación de la demanda a la que podrán preceder las diligencias preparatorias reguladas en este Código”. La demanda no puede ser un documento simple, debe cumplir requisitos y solemnidades. Algunos generales y otros específicos que la ley determina para cada caso.

A continuación, por medio de la siguiente figura, visualizamos la ruta que debemos seguir en cumplimiento de los requisitos que establece el COGEP, al momento de elaborar nuestras demandas.

Requisitos de la Demanda

Con lo expuesto en el recurso podemos entender cómo se integran en la demanda todos los segmentos que hemos venido estudiando, desde los principios, la competencia, los sujetos procesales y los actos procesales todos ellos tienen su momento al realizar una demanda.

Hasta este momento sabemos que la demanda tiene sus requisitos, pero no como se prepara, según Bastidas (2015) lo asemeja con la estructura dialéctica de la investigación científica manifestando que:

La construcción de la demanda implica la ideación de una hipótesis, un raciocinio jurídico con sus premisas y sus conclusiones, para que el juez en la sentencia, después de comprobados los hechos

y verificado el derecho, confirme la hipótesis y elabore el mismo raciocinio jurídico elaborado por el actor. (Bastidas, 2015, pág. 109)

Ejemplo de redacción de una demanda según el COGEP

La demanda es un documento que no puede ir solo, lleva anexos y otros documentos que la acompañan, como aportes al proceso para probar la veracidad de su contenido. El Código General de Procesos mantiene una lista muy genérica de cuáles son los posibles documentos que se sumen a la demanda como un paquete de documentos, ya que se debe considerar al momento de realizar la demanda cuáles son o no aplicables a cada caso en concreto. Revisemos la lista del artículo 134 del mencionado código:

1. El poder para intervenir en el proceso, cuando se actúe por medio de apoderada o apoderado o de procuradora o procurador judicial.
2. Los habilitantes que acrediten la representación de la o del actor, si se trata de persona incapaz.
3. Copia legible de la cédula de identidad o ciudadanía, pasaporte o Registro Único de Contribuyentes de la o del actor.
4. La prueba de la calidad de heredera o heredero, cónyuge, curadora o curador de bienes, administradora o administrador de bienes comunes, albacea o de la condición con que actúe la parte actora, salvo que tal calidad sea materia de la controversia.
5. Los medios probatorios de que se disponga, destinados a sustentar la pretensión, precisando los datos y toda la información que sea necesaria para su actuación.
6. En los casos de expropiación, la declaratoria de utilidad pública, el certificado de propiedad y gravámenes emitido por el Registro de la Propiedad, el certificado del catastro en el que conste el avalúo del predio.
7. Los demás documentos exigidos por la ley para cada caso.

Como ya se menciona en este código los anexos tiene un valor probatorio para legitimar su actuación como parte dentro del proceso a iniciarse, el juzgador se basará en ellos y en el contenido de la demanda para admitir, rechazar o enviar a completarla.

Al momento de elaborar la demanda, se cometen errores y uno muy común en este tipo de acto procesal es en la determinación de la cuantía que es una cantidad de dinero sobre la que versan las pretensiones. Es indispensable que la cuantía sea correctamente señalada en la demanda pues ayuda a que determine el procedimiento del proceso. Las reglas para el efecto son las del artículo 144 del COGEP.

1. Para fijar la cuantía de la demanda, se tomarán en cuenta los intereses líquidos del capital, los que estén pactados en el documento con que se proponga la demanda y los frutos que se han liquidado antes de proponer.
2. Cuando la demanda verse sobre derechos de valor indeterminado que se refieran a cosas susceptibles de apreciación, se fijará la cuantía atendiendo el precio de las cosas.
3. En los procesos provenientes de arrendamiento, la cuantía se determinará por el importe de la pensión de un año o por lo que valga en el tiempo estipulado, si este es menor.
4. En los procesos de alimentos se fijará la cuantía atendiendo al máximo de la pensión reclamada por la o el actor durante un año.
5. En materia laboral se identificará cada una de las pretensiones de la o del actor para establecer la cuantía.
6. La cuantía será indeterminada únicamente cuando trate de asuntos no apreciables en dinero o que no se encuentren previstos en los incisos anteriores.

Llevemos esta teoría a la práctica con unos ejemplos:

Ejemplo 1. En una demanda se plantea recibir una pensión de alimentos para un menor, la cantidad mensual de \$ 300,00 dólares de los Estados Unidos (la pensión mensual se calcula con base en la tabla fijada para el efecto según los ingresos mensuales del progenitor que debe cubrirla). Un menor debe recibir al año 12 pensiones alimenticias más adicionalmente los beneficios de ley que corresponde a dos pensiones adicionales, una en el mes de septiembre y otra en diciembre. Por cuanto se perciben 14 pensiones anuales.

$$14 \quad \times \quad \$300 \quad = \$ 4.200$$

<i>Número de pensiones</i>	<i>valor mensual</i>	<i>Total de la cuantía</i>
----------------------------	----------------------	----------------------------

Ejemplo 2: La cuantía es indeterminada cuando se trate asuntos no perceptibles de dinero, como en una demanda en la que se busca nombrar un curador para un menor de edad, por segundas nupcias de uno de sus progenitores.

5.1.9.2 Contestación y Reconvención

Una vez que la demanda ha reunido todos los requisitos generales y especiales que determina la ley, procede a ser admitida por el juez y trasladada a la parte demandada para su contestación.

Así como el demandante usa la demanda para plantear su litigio, formular sus peticiones y perseguir una sentencia favorable, así también el demandado tiene un instrumento similar para oponer sus defensas, aclarar el litigio y pedir la desestimación de las pretensiones del primero (Devis Hechandía, 2009, p. 574).

La contestación a la demanda debe ser por escrito, y al igual que la demanda existen varios requisitos meramente formales con los que se debe cumplir, estos los establece el Código General de Proceso en su artículo 152 de los cuales podemos enlistar de la siguiente manera.

Pronunciarse en forma expresa sobre cada una de las pretensiones de la parte actora, sobre la veracidad de los hechos alegados en la demanda y sobre la autenticidad de la prueba documental que se haya acompañado.

Deducir todas las excepciones de las que se crea asistida contra las pretensiones de la parte actora, con expresión de su fundamento fáctico.

Dentro de la contestación la parte demanda se puede hacer observaciones a la existencia de excepciones previas, recordemos que la presencia comprobada de estas excepciones puede representar la nulidad del proceso, las cuales según el artículo 153, pueden ser:

1. Incompetencia de la o del juzgador.
2. Incapacidad de la parte actora o de su representante.

3. Falta de legitimación en la causa de la parte actora o la parte demandada, cuando surja manifiestamente de los propios términos de la demanda.
4. Error en la forma de proponer la demanda, inadecuación del procedimiento o indebida acumulación de pretensiones.
5. Litispendencia.
6. Prescripción.
7. Caducidad.
8. Cosa juzgada.
9. Transacción.
10. Existencia de convenio, compromiso arbitral o convenio de mediación

Adicional a la contestación a la demanda, existe la reconvención de la demanda y sobre aquellas “ocasiones que hemos visto que el demandado puede aprovechar el proceso iniciado por el demandante, para formular a su vez demanda contra este, con el fin de que se tramite simultáneamente con la suya y se decida por la misma sentencia” (Devis Hechandía, 2009, p. 478-479).

Hagamos una diferencia entre demanda y reconvención; la primera no puede ser sobre cuestiones fuera del litigio que ha instaurado la demanda, en cambio, la segunda es el planteamiento de un nuevo litigio con nuevos puntos de debate nacido de la conexión del primer litigio planteado dentro del mismo proceso.

Para reforzar la teoría, revisemos el siguiente modelo de contestación a la demanda.

Modelo de una contestación de la demanda según el COGEP

En cuanto a este tema de estudio, nos queda un área que tratar, y sobre los acontecimientos que devienen de la falta de la contestación a la demanda, cuando se presentan estos casos se da por hecho que el demandado está negando la demanda en su totalidad, pero que igual el proceso seguirá su curso, esto no determina el fallo del juez. Las indicaciones para estas situaciones se encuentran en el COGEP en su artículo 157.

Estimado/a estudiante, le animo a completar las actividades recomendadas descritas a continuación



Actividades de aprendizaje recomendadas

Previo a finalizar nuestro estudio teórico, para ejercitarse los conocimientos adquiridos sobre la demanda y su contestación, le sugiero realizar el siguiente ejercicio de redacción.

- Elabore una demanda en la que su pretensión sea fijar una pensión de alimentos para un menor, considerando que el sueldo del alimentante es de \$800,00 mensuales.

¡Excelente trabajo!

Una forma mediante la cual usted ejercita su cerebro es la elaboración de esquemas, mapas mentales, cuadros comparativos y sinópticos, ya que le facilitan con mayor rapidez la comprensión de los contenidos, así como centrar su atención en las ideas más relevantes de cada tema.

Ahora, es momento de afianzar sus conocimientos de la Unidad 5, siendo necesario que dé contestación a la siguiente autoevaluación.



Autoevaluación 5

A. Lea con atención cada uno de los enunciados que se presentan a continuación y seleccione la única respuesta correcta.

1. ¿Cuáles de los siguientes son principios procesales?
 - a. Simplificación.
 - b. Normalización.
 - c. Economía procesal.
 - d. Democracia.
2. ¿Qué significa la aplicación del principio dispositivo?
 - a. Que el proceso se debe sustentar de forma oral.
 - b. Que dota a las partes procesales con la responsabilidad de impulsar el movimiento procesal.
 - c. Que todas las cuestiones, excepciones y peticiones deben ser resueltas en un solo pronunciamiento del juzgador.
 - d. Que evita la justicia secreta o la creación de procesos ocultos.
3. ¿Qué es competencia?
 - a. Poder jurisdiccional que pertenece al funcionario o al adscrito al despacho, juzgado, tribunal y corte.
 - b. Es la distribución de jurisdicción entre las autoridades judiciales.
 - c. Ninguna.
 - d. Todas las anteriores.

4. ¿A qué tema corresponde el siguiente concepto?

Este tipo de competencia no admite que la causa sea de conocimiento de otro juez, sino solo del asignado por las normas abstractas establecidas para el efecto, evaluando la competencia en función de los factores requeridos.

- a. Competencia absoluta.
- b. Competencia relativa
- c. Competencia territorial.

5. Son sujetos procesales excepto.

- a. Demandado.
- b. El secretario.
- c. Juez.
- d. Demandante.

6. Según el COGEP, ¿quiénes pueden ser partes procesales?, señale lo correcto.

- a. Personas Naturales.
- b. La naturaleza.
- c. Personas jurídicas.
- d. Todas las anteriores.

7. Identifique, en el siguiente párrafo, ¿a qué acto procesal se refiere?

Los actos que continúen alguna decisión sobre el contenido del asunto litigioso o que se investiga y que si corresponde a la sentencia, o que resuelven alguna cuestión procesal que no puede afectar los derechos de las partes o la validez del procedimiento, es decir, que no se limitan al mero impulso procesal o gobierno del proceso.

- a. Autos interlocutorios.
- b. Sentencia.
- c. Ninguno.

8. ¿Qué debe contener la sentencia? Señale la respuesta incorrecta.
- a. La mención de la o del juzgador que la pronuncie.
 - b. La fecha y lugar de su emisión.
 - c. La identificación única del demandado.
 - d. La enunciación resumida de los antecedentes de hecho.
9. ¿Por qué se realiza una citación?, señale lo correcto.
- a. Para dar conocimiento de la demanda.
 - b. Para solicitar la comparecencia.
 - c. Todas las anteriores.
 - d. Ninguna.
10. ¿Cuándo es inadmisible por un juez una demanda?
- a. Sea incompetente.
 - b. Por fuerza mayor.
 - c. Por caso fortuito.
 - d. Por ser familiar de una de las partes.

[Ir al solucionario](#)

¿Dio respuesta a la autoevaluación? Sí, ¿Cuántas preguntas acertó y cuántas no? Revise las preguntas donde no acertó. Ahora, luego de esta nueva revisión compártelas en la parte denominada solucionario, para que retroalimente esta actividad, a fin de reforzar sus conocimientos y mejorar en sus estudios.

¡Felicitaciones! Ha realizado un excelente trabajo.

¡Nos veremos la próxima semana!



Semana 6

¡Bienvenido a clases!

Es importante para todo estudiante de la Carrera de Derecho, que tenga conocimientos básicos de los antecedentes históricos de la profesión, en esta Unidad comenzaremos analizando algo de historia del Derecho, remontándonos a la época de la antigua cultura romana, cuna de nuestro derecho actual, la herencia que tenemos de esta civilización arcaica es contundente e incommensurable, es imperativo que manejamos conceptos como los que revisaremos a continuación, para poder comprender de manera aún más eficaz, nuestro sistema jurídico actual, y las diferentes doctrinas que la orbitan; y, terminando este apartado analizando nuestra estructura jurídica vigente, a la vez que mejoramos nuestras técnicas de interpretación de la misma, aplicable en nuestro ámbito actual, dentro del derecho ecuatoriano.

¡Comencemos los estudios de estos interesantes temas!

Unidad 6. Introducción al derecho y filosofía del derecho

6.1. Nociones básicas de Derecho Roma: Fuentes del Derecho Romano

Es indispensable que previo a la revisión estructural que haremos de nuestro sistema jurídico dentro del marco preparatorio que contiene esta unidad de estudio de Introducción al Derecho, conozcamos un poco más acerca de las particularidades que contiene el Derecho Romano y la injerencia directa que tiene sobre la estructura legal, no solamente del Ecuador sino de toda la región, motivo por el cual, se le llama al nuestro, un Derecho Romanista, cuya base es el derecho positivo.

Pero no se puede estudiar al Derecho Romano de forma aislada e independiente, este se estudia en conjunto con la cultura de la época, incluyendo el arte y la política de la región.

Partiendo desde el punto de vista político, a Roma la podemos estudiar dividiendo sus períodos históricos y políticos detallados en el siguiente recurso:

Períodos políticos de Roma

Cada época política de la historia de Roma, tiene sus propias características en cuanto al derecho se refiere, concretamente en sus etapas jurídicas más representativas: Derecho Preclásico, Derecho Clásico, y Derecho Posclásico. Para profundizar el estudio de este interesante tema, lo invito a profundizar en el siguiente video sobre las [Etapas del Derecho Romano](#) de autoría del Abg. Carlos Feraud Elizalde. ¿Interesante video verdad?, es importante como estudiante de la carrera de abogacía, tenga clara las etapas políticas que se desarrollaron en la antigua cultura romana, ya que cada una tiene sus propias características que las diferenciaban, tanto en su estructura jurídica como en lo cultural, las distinciones entre las clases sociales entre etapa y etapa tenían sus diferencias a la hora de ejercer sus derechos, al igual que la religión predominante en cada una de ellas ejercían una gran influencia a la hora de tomar decisiones por parte de la autoridad política vigente.

Para que amplíe sus conocimientos sobre las nociones básicas del Derecho Romano y se proyecte en la influencia de aquel en el derecho actual, me permito compartir el artículo denominado [actualidad y ejemplaridad del Derecho Romano](#) de autoría del Dr. Jesús Daza Martínez (1983), no está por demás recalcar estimado estudiante, la importancia de conocer sobre derecho romano, ya que nuestro sistema jurídico regional es romanista, es decir, que se fundamenta en las instituciones creadas antiguamente en Roma y que aún la mayoría de ellas se encuentran vigentes, tales como el matrimonio, la adopción, las corporaciones, entre otras.

¡Interesante lectura, verdad!

Espero que contribuya para que forme una clara idea de cómo era la situación jurídica en la antigua Roma y su influencia directa que ejerce en los sistemas jurídicos actuales de occidente.

6.2. Fuentes del Derecho en Roma: Clasificación características y generalidades

Previo a empezar a analizar las fuentes del derecho en el mundo contemporáneo, repasamos sus antecedentes históricos, concretamente, de las fuentes en el Derecho Romano.

Previamente, revisamos las etapas del derecho en la antigua Roma: La etapa Preclásica, la etapa clásica y la etapa posclásica, cada una con su propio sistema de fuentes, como lo veremos a continuación:

Tabla 6.

Fuentes Formales del Derecho Romano.

Fuentes formales del derecho romano	
Monarquía	Costumbre, Leyes reales.
República	Costumbre, Ley, Plebiscitos, Senadoconsultos, Edictos de los magistrados, Jurisprudencia.
Principado	Costumbre, Ley, Plebiscitos, Senadoconsultos, Edictos de los Magistrados, Jurisprudencia, Constituciones Imperiales.
Imperio Absoluto	Costumbre, Constituciones Imperiales.

Fuente: Derecho Romano (2000)

Elaborado por: Feraud, C (2021)

Podemos evidenciar que la costumbre se encuentra presente en todas las etapas de la civilización romana, en el caso de la etapa monárquica, se la denominaba Mores Maiorum que, acorde a lo indicado por María Fernández Baquero (2015), es un término latino cuyo nominativo es mos y significa costumbre, partiendo de esta definición etimológica, la Mores Maiorum se la puede definir como la costumbre de los antepasados romanos transmitidas de generación en generación.

Luego tenemos la ley o “LEX” que, al ser producto de los comicios, se la denominaba también leyes comiciales, en estos comicios (donde participaban únicamente la clase alta llamada Patricios), debatían temas de Derecho Público básicamente, cuyo resultado era de obligatorio cumplimiento (Espinoza, 2011.)

Mientras que, en los comicios, como se ha mencionado anteriormente participaban los Patricios, en los plebiscitos participan los Plebeyos y este, según Gayo, se define como todo lo que la plebe ordena y establece. Al principio esta normativa era aplicable únicamente a ellos, pero posteriormente su aplicación se generalizó, incluyendo también a los Patricios (Morineau, 2000).

Otra de las fuentes del Derecho de aquella época eran los Senadoconsultos, que consistía en toda medida legislativa emitida por el Senado, pero

su fuerza como fuente del Derecho no fue tal sino hasta la época del Principado, ya que es allí donde el Senado se convierte en un verdadero cuerpo legislativo, a falta de los comicios, operando siempre a petición del príncipe.

Según Marta Iduarte, los Edictos de los magistrados estaban relacionados con los pretores y ediles de la ciudad de Roma, es decir, aquellos que administraban justicia en aquella época, y consistía básicamente en un programa en el que se sujetaban sus actuaciones de la magistratura. Mientras que la Jurisprudencia consistía en todas aquellas opiniones emitidas por los jurisconsultos previa solicitud de particulares (o de los propios magistrados), más adelante estas jurisprudencias tomaron un carácter doctrinal de uso generalizado (Morineau, 2000).

Finalmente, tenemos las Constituciones Imperiales, que son resoluciones con carácter legislativo dictadas por el Emperador de obligatorio cumplimiento, y la podían tomar 4 formas distintas: la Edicta (ejercicio del ius edicendi), la decretó (como facultad del Príncipe de actuar como magistrado – Juez), la Rescripta (respuestas del Príncipe o el Emperador funcionarios o particulares sobre cuestiones jurídicas) y finalmente, la Mandata (órdenes dadas por el Príncipe o el Emperador a los funcionarios públicos) (Baquero, 2015).

Para completar lo revisado en este apartado, lo invito a que revise este artículo denominado [Aproximación al estudio de la experiencia jurídica romana. Fuentes del Derecho Romano.pdf](#) donde el autor David Navarro Romance, hace un profundo análisis sobre las fuentes del derecho romano que constituyen un sistema de conocimiento, y su importancia en el derecho actual, al delimitar conceptos que se siguen estudiante principalmente en las facultades de derecho no solo latinoamericano sino del mundo, ya que también se analizan las características principales del derecho anglosajón al hacer una comparativa con el sistema positivista, que se ejerce en los países latinos y que seguramente le servirá de complemento para el estudio del apartado de Derecho Romano, comprendido en este capítulo. ¡Bastante ilustrativo el artículo!

Continuemos con el aprendizaje mediante su participación en la actividad que se describe a continuación:



Actividades de aprendizaje recomendadas

En la presente semana usted estudió un tema muy importante como lo es "Las Fuentes en el antiguo Derecho Romano", por tal motivo, le propongo realizar esta actividad para que pueda hacer uso de sus capacidades de comprensión y síntesis.

- Elabore un cuadro sinóptico de la clasificación de las garantías jurisdiccionales.

Recuerde la revisión constante de este cuadro sinóptico, para que pueda mejorarlo, ampliarlo o modificarlo según su forma y ritmo de trabajo adoptado, hasta que quede perfeccionado y le sirva en sus repasos para el examen complejivo.

;Excelente trabajo!

6.3. Fuentes del Derecho en la actualidad: Definición, elementos y clasificación

Cuando hablamos de las fuentes del derecho, nos estamos refiriendo a todo de donde emana el Derecho, acorde a lo que indica Luis Diez-Picazo (2021), se puede tomar como fuente, el punto de surgimiento, el punto inicial, el principio de algo. Lo anterior ya sea por medio de actos o por medio de la propia norma jurídica, como veremos más adelante.

Las fuentes del derecho se clasifican en Fuentes Materiales y Fuentes Formales, cada una con sus propias características bien diferenciadas, en esta primera división de las fuentes deja de lado su procedencia histórica y toma en consideración su origen lógico, según nos cuentan Carlos Mouchet y Ricardo Zorraquín Becu (1967), en su libro Introducción al Derecho.

A continuación, en el siguiente cuadro se detallan las características de cada una de las clases de Fuentes del Derecho acorde a lo explicado anteriormente:

Tabla 7.*Fuentes Materiales y Fuentes Formales del Derecho.*

Fuentes materiales y fuentes formales del derecho	
Fuentes materiales	<ul style="list-style-type: none">▪ Llamadas también fuentes en sentido material.▪ También son llamadas fuentes primarias.▪ Son los factores o circunstancias que provocan la aparición y determinan el contenido de las normas jurídicas.▪ Son los factores religiosos, políticos, científicos que influyen sobre el criterio de quienes elaboran el derecho, es decir, los legisladores, magistrados y jurisconsultos.▪ En realidad estas fuentes son ajenas al derecho, más bien constituyen su antecedente lógico y natural que prefigura su contenido.▪ La fuente material es el contenido de la norma.
Fuentes formales	<ul style="list-style-type: none">▪ Son la manifestación exterior de la voluntad dispuesta a crear derecho y da nacimiento a una norma jurídica.▪ Es el acto humano (individual o colectivo) que le da origen.▪ Fuentes formales son la ley, la costumbre, una sentencia, etc.)▪ La fuente formal es la norma que se utiliza, el precepto a aplicar, derechos, deberes.

Fuente: Introducción al Derecho (1967).

Elaborado por: Feraud, C (2021).

Este cuadro le servirá de utilidad para entender las principales clases de fuentes de derecho, cuyo contenido debe tener presente para seguir con el estudio de esta unidad de estudio.

¡Continuamos!

6.4. La Norma Jurídica: Concepto y Carácter

Las normas jurídicas, según lo indicado por Mouchet y Zorraquín (1967), son las reglas que se imponen a la conducta humana de un individuo que desarrolla sus actividades en sociedad, y que su acatamiento a ella puede ser coactivamente exigida en los supuestos que la misma norma conlleva. Toda norma tiene un precepto, es decir que ella indica cómo se debe actuar, no hay que confundir las normas jurídicas con las normas morales o con los usos colectivos, ya que las normas morales son consejos que se dan a un individuo en sociedad que señala lo justo o conveniente, pero no se puede exigir coercitivamente su cumplimiento. Las normas jurídicas se caracterizan por ser bilaterales, coactivamente exigibles y heterónomas,

también se suele decir que son obligatorias, pero esta última característica es fuertemente discutida por algunos autores.

En conclusión, claramente se podría afirmar sin temor a equivocarnos, que las normas son la expresión formal del derecho, mismas que dan su contenido y su estructura, pero hay que tener mucho cuidado de confundir a las normas con el derecho, ya que no son los mismos, aun así, tampoco pueden separarse, lo invito a revisar el siguiente video, donde se le explican en qué consiste la norma jurídica con excelentes ejemplos prácticos que lo ayudarán en su formación:

[**¿Qué son las normas jurídicas? \(Con ejemplos\)**](#), video ilustrativo donde se analiza los conceptos que giran alrededor de la norma jurídica, definiéndose en su parte más esencial, como un mandato tiene por finalidad dirigir las conductas de los seres humanos en sociedad, esta clase de normas en particular basan la validez de su existencia en su creación por parte de una autoridad siguiendo los lineamientos que da la ley para su existencia, y su no cumplimiento genera algún tipo de sanción.

¡Un video muy interesante verdad!

Continuando con la parte medular de este acápite, conviene revisar ahora la clasificación de las normas jurídicas

Existe una primera división que señala a Mouchet y Zorraquín, R. (1967) en su libro “Introducción al Derecho” y que corresponde a su ámbito de aplicación: Unas son las normas generales (abstractas), ya que regulan a un número indefinido de casos tales como las costumbres, los preceptos doctrinarios, los principios del derecho y, por supuesto, las leyes (que en casos excepcionales también pueden ser normas particulares como lo veremos más adelante); y las otras son particulares (llamadas también individuales o concretas) que se aplican únicamente a una situación o persona, generalmente son todos los demás actos jurídicos que no se contemplan en el grupo anterior relativo a las normas generales, y también son las sentencias. Otra clasificación que nos da la doctrina antes invocada es atendiendo su jerarquía, esto es, en fundamentales y derivadas; las normas derivadas son las que tienen validez siguiendo una exigencia de un precepto superior, no obstante, la norma fundamental es la que no conoce la primacía de ninguna otra norma a la que ella se refiere. También, continuando con la clasificación de la norma jurídica, se puede distinguir una definición adicional: las normas forzosas y las normas no forzosas, la

principal diferencia entre ambas es que en las primeras prevalecen sobre la voluntad individual, mientras que las segundas se subordinan a ellas.

Para afianzar aún más el contenido de este acápite los invito a revisar el siguiente artículo relacionado con el tema abarcado en este capítulo, [El carácter competitivo de las Fuentes del Derecho.pdf](#), del Profesor Enrique Guesi. (2010), en el cual se analiza el origen de la norma jurídica desde varios puntos de vista, tomando en cuenta la acción humana como factor determinante para su realización, fundamental para el análisis de los temas iniciales dentro del estudio del derecho.

¡Un artículo muy interesante verdad!

Una vez comprendido el tema de las fuentes formales en el derecho actual y la conceptualización realizada sobre la norma jurídica, es momento que revise el contenido de todo este acápite para que profundice en sus estudios y realice la siguiente actividad:



Actividades de aprendizaje recomendadas

En la presente semana usted estudió un tema muy importante como lo son las Fuentes del Derecho en la Actualidad y La Norma Jurídica, por tal motivo, le propongo realizar esta actividad para que pueda hacer uso de sus capacidades de comprensión y síntesis.

- Elabore un cuadro sinóptico de la clasificación de las Fuentes del Derecho.

Recuerde la revisión constante de este cuadro sinóptico, para que pueda mejorarlo, ampliarlo o modificarlo según su forma y ritmo de trabajo adoptado, hasta que quede perfeccionado y le sirva en sus repasos para el examen complejivo.

¡Excelente trabajo!

6.5. La Ley como Fuente del Derecho: Concepto, Formación de las leyes y clasificación

La palabra ley se la pueden analizar desde varios vértices, pero a lo que en este capítulo compete lo veremos desde el punto de vista científico, continuando la misma línea que hemos estado analizando con Mouchet y Zorraquín (1967), la palabra ley en el vocabulario jurídico tiene un significado más preciso que el usual: es una fuente del derecho, que se configura como uno de los modos (el más importante) en el que se manifiestan las normas que regulan la convivencia social, vinculada al orden y presupone la existencia de una autoridad competente que la ha sancionado, a esta autoridad se la denomina legislador.

Continuemos profundizando acerca de la ley como fuente del Derecho

Al concepto de ley se lo aborda desde un doble sentido (ambos diferentes, por supuesto), uno hace referencia directa al contenido (sentido material) y el otro al origen de la misma (sentido formal), acorde a lo indicado en el siguiente extracto:

Tabla 8.

Sentido material y sentido formal de la ley.

SENTIDO MATERIAL DE LEY	<ul style="list-style-type: none">▪ Se le llama también sentido substancial.▪ Se refiere al contenido de la palabra y la caracteriza como norma abstracta y permanente, que regula obligatoriamente un sinnúmero de casos.▪ Son leyes en sentido material: Las constituciones, leyes emanadas del legislativo, las ordenanzas, reglamentos emanados del ejecutivo, etc.
SENTIDO FORMAL DE LEY	<ul style="list-style-type: none">▪ Se refiere exclusivamente al origen de la Ley.▪ Para el sentido formal de la ley, esta es únicamente aquella que emana del órgano legislativo del Estado (en nuestro caso la Asamblea Nacional). Definiéndose como un ordenamiento de la razón y que persigue el bien común.

Fuente: Introducción al Derecho (1967).

Elaborado por: Feraud, C. (2021).

En cuanto a la formación de las leyes, es importante precisar que todas deben manifestarse por medio de formas previamente establecidas, o sea a través de un acto jurídico que exteriorice el pensamiento y la voluntad del legislador. Cabe recalcar que en la mayoría de legislaciones (por no

decir en tu totalidad), el procedimiento para sancionar o reformar las leyes constitucionales se encuentra tipificado en la misma Constitución, pero es el poder Ejecutivo el que realiza su labor al poner en ejecución las leyes cuando administra un país (Mouchet y Zorraquín, 1967).

De la mano con la formación de la ley está la obligatoriedad de la misma, después de publicadas las leyes, entran en vigencia y adquieren fuerza obligatoria, es decir, que debe cumplirse por parte de esta, dirigiendo su aplicación por parte de las autoridades correspondientes en caso de haber irregularidades en su acatamiento.

Estimado estudiante, lo invito a revisar el siguiente video, en el cual el Jurista Jorge Cuartas Herrera resume y explica en qué consiste [La ley como fuente formal del Derecho](#), para que complemente su estudio de este apartado, en este recurso académico el jurista da herramientas para identificar correctamente cuáles son las fuentes formales del derecho, enlazando el concepto de estas y su clasificación, a la definición de la ley en sentido amplio, ya que es una fuente importantísima del derecho interno de un país.

¡Interesante video! Seguramente le servirá de mucho para su crecimiento académico.

Para finalizar este apartado, conversaremos acerca de las clasificaciones de las leyes, puesto que no todas tienen la misma naturaleza, ni importancia, jerarquía o consecuencias, la clasificación realizada previamente a la norma jurídica también es aplicable a la ley, en este sentido como una clasificación inicial tenemos las leyes generales o individuales y forzosas o no forzosas, la clasificación doctrinaria de la ley, la revisaremos en el siguiente cuadro:

Tabla 9.*Clasificaciones de la ley.*

CLASIFICACIONES DE LA LEY	
SEGÚN SU JERARQUÍA	<ul style="list-style-type: none">▪ Se la puede construir como una pirámide jurídica, en la cual las leyes de menor importancia deben adecuarse a las de categoría inferior.▪ Se aplica en todos los regímenes.▪ La doctrina pone como ley suprema a la Constitución, seguida de los tratados internacionales y las leyes ordinarias, seguidas de otras leyes nacionales, luego los decretos, ordenanzas y finalmente los reglamentos.
SEGÚN SU ÁMBITO DE APLICACIÓN	<ul style="list-style-type: none">▪ Esta clasificación atiende la amplitud territorial de su ámbito de aplicación, esto es: leyes nacionales y leyes locales.

Fuente: Introducción al Derecho (1967).

Elaborada por: Feraud, C (2021).

Continuemos con el siguiente tema de estudio de esta semana.

6.6. Otras Fuentes del Derecho: Derecho Consuetudinario, La Costumbre, La Jurisprudencia, la Doctrina

En el acápite anterior analizamos a la Ley como fuente del Derecho, vimos su conceptualización, generalidades y terminando con la clasificación de la misma. Pero esta no es la única fuente del Derecho, adicionalmente se suman el Derecho Consuetudinario, la Costumbre, la Jurisprudencia y la Doctrina...

Como lo afirma Mouchet y Zorraquín, (1967) en su libro *Introducción al Derecho*, la *costumbre* es la más antigua de todas las fuentes ya que, para empezar, no constituye un derecho escrito, que en un principio carecía de obligatoriedad, pero que poco se fue convirtiendo en exigencias colectivas, cuando esta costumbre llega a imponerse en una sociedad y pasa a ser considerada una necesidad jurídica, se transforma en un derecho consuetudinario. Otra fuente que se rescata en el texto, es la *jurisprudencia*, que es la fuente con la cual comienza a funcionar el aparato coactivo del derecho, se instrumentaliza mediante la sentencia y esta constituye un acto jurídico formal generalmente redactada por escrito y firmada por un juez constituyendo así una norma jurídica, pues el beneficiado por ella puede invocar a futuro para exigir su cumplimiento; y, finalmente, pero

no menos importante nos encontramos con la doctrina de los juristas, que está constituida por todos los estudios científicos realizados por los jurisconsultos, son estudios que se ocupan de exponer, construir o criticar el derecho para facilitar su estudio o aplicación.

Lo invito a revisar el siguiente recurso, donde se resume este interesante tema de las Fuentes del Derecho, a profundidad:

[**Las otras Fuentes del Derecho**](#)

Estimado/a estudiante, sugiero la siguiente actividad de aprendizaje, para afianzar los contenidos abordados.



Actividades de aprendizaje recomendadas

En la presente semana usted estudió un tema muy importante como lo son las diferentes Fuentes del Derecho existentes en la actualidad, por tal motivo, le propongo efectuar esta actividad para que pueda hacer uso de sus capacidades de comprensión y síntesis.

- Elabore un cuadro sinóptico sobre las otras fuentes del derecho, sus características más importantes, su definición, con base en el contenido del acápite que acabamos de finalizar.

¡Felicitaciones por el trabajo realizado! Recuerde revisar constantemente el esquema efectuado, ya que le permitirá repasar gran cantidad de contenidos, tomando sus elementos más relevantes.

6.7. Teorías Aplicación e Interpretación de la Norma Jurídica

La interpretación es la actividad técnica que conduce a la elaboración de las normas jurídicas para su posterior aplicación. Mouchet y Zorraquín (1967) en su libro Introducción al Derecho, nos indica que hay un gran problema a la hora de interpretar el derecho, si la norma jurídica es clara, el problema se resuelve aplicándola; pero si la norma es oscura se puede malinterpretar, y ahí radica el problema en la interpretación de la misma, debiendo emplearse métodos interpretativos para desentrañar su verdadero sentido y alcance realizándose varios supuestos, como

su validez o su territorialidad. El Problema se vuelve más complejo aún cuando existen normas contradictorias o son confusas, teniendo que determinar su campo de aplicación y el significado que se le dé en un caso particular.

La interpretación sostiene Mouchet en el texto antes indicado, de una norma puede ser doctrinaria (mediante el empleo de técnicas científicas en su estudio), jurisprudencial (si la realizan los tribunales en ejercicio de sus funciones, usual (cuando proviene de usos sociales o costumbres), y legislativa (cuando al momento de sancionar una ley se fija el verdadero sentido o alcance de ella). Pero si hay algo que todas estas interpretaciones tienen en común, es que siempre va a ser un procedimiento técnico auxiliado por la razón y la interpretación nos ayuda a elegir entre varias soluciones posibles para preferir la más justa o más adecuada a lo dispuesto por la norma.

Lo invito a revisar la siguiente tabla, donde constan explicados los métodos tradicionales de interpretación jurídica:

Tabla 10.*Métodos Tradicionales de Interpretación Jurídica.*

MÉTODOS TRADICIONALES DE INTERPRETACIÓN JURÍDICA	
LA ESCUELA DE LA EXÉGESIS	<ul style="list-style-type: none">▪ Predominó en Francia durante el SXIX.▪ Principales características: Culto profesado al texto de la ley, primacía de la voluntad del legislador y finalmente, se le daba una tendencia estatista a la doctrina.▪ Contemplaba dos métodos de interpretación jurídica: la interpretación gramatical (Significado de las palabras empleadas en la ley), y la interpretación lógica (Procediendo con investigaciones más complejas para buscar el espíritu de la ley).▪ Mayor exponente: Joseph Julien Bonnecase.▪ La escuela de la exégesis, también distinguía 2 métodos adicionales de interpretación: El exegético (Análisis y explicación de las palabras), y el dogmático, en pro de buscar nuevos principios orgánicos del derecho.▪ El error principal de esta escuela reside en estancar al derecho, debido a la falta de elasticidad, y abuso de procedimientos lógicos sumado al exceso de intelectualismo destruyen la relación entre el derecho y la sociedad.
LA ESCUELA HISTÓRICA	<ul style="list-style-type: none">▪ De formación jurídica alemana.▪ Mayor exponente: Friedrich Karl Von Savigny.▪ Toma la interpretación como un trabajo científico, principio y fundamento de la ciencia del Derecho.▪ En esta escuela se distinguen 4 métodos de interpretación: El gramatical (analizar el lenguaje de las leyes), el lógico (mediante la descomposición del pensamiento con ejercicios lógicos), el histórico (vinculado con la expedición de la norma y la época en que fue aplicada), y el sistemático (de carácter más abstracto y científico, estudia los principios generales).▪ La voluntad de la ley sustituye a la voluntad del legislador.

Fuente: Introducción al Derecho (1967).

Elaborada por: Feraud, C (2021).

Este cuadro le servirá de utilidad para entender los principales métodos de interpretación de las diferentes escuelas estudiadas en este acápite, cuyo contenido debe tener presente para seguir con el estudio de este taller.

¡Continuamos!

6.8. Nuevos Métodos de Interpretación Jurídica

Una vez concluido el estudio sobre las escuelas clásicas de interpretación del derecho, damos la bienvenida a los métodos de interpretación de los últimos años del SXXI, en este apartado revisaremos los estudios de dos grandes jurisconsultos franceses: Ramond Saleilles y Francois Gény, quienes apartaban a la ley como única fuente en los sistemas de interpretación que se contraponen a los sustentos impartidos por la escuela de la exégesis, estos nuevos sistemas de interpretación son los siguientes:

- a. Método de la evolución histórica. – La característica principal de este método es que modifica el sentido tradicional de la interpretación, haciendo de ella una ciencia para la correcta aplicación de la ley, adaptándola a fines sociales que persiguen el derecho. No se preocupa por la intencionalidad del legislador, sino la voluntad objetiva de la ley, y esta es llenar las necesidades de la sociedad. Lo propulsó Radmond Saleilles.
- b. Método de la libre investigación científica. – Postulado por Francois Gény, este tipo de interpretación tiene por finalidad, extraer el texto legal que integran las normas jurídicas, para realizar de las mismas una adaptación dependiendo de las circunstancias sociales al momento de la interpretación, tomando a la Ley como un acto de voluntad, le da protagonismo a su origen para de esta manera obtener su verdadero sentido.
- c. La escuela del derecho libre. - Proveniente de Alemania en los años 1900, esta escuela nace con la aparición del libro “La lucha por la ciencia del estado” (publicado por Hermann Kantorowicz, realmente la doctrina afirma que no es un nuevo método de interpretación en sí, sino que conforma esta escuela un compendio de principios, que da a los tribunales más libertad a la hora de realizar una interpretación. Esta escuela del derecho libre, se opone al derecho estatal, calificándolo como insuficiente y limitado, de ahí proviene su nombre, al proponer la creación de un derecho libre, formado por la conciencia jurídica colectiva, que evoluciona ajeno del control de las autoridades.

Para Mouchet y Zorraquín (1967) la figura es clara, la interpretación de las leyes, o más bien, la forma de interpretarlas constituye uno de

los elementos de mayor trascendencia en la vida del derecho, esta interpretación de las normas debe proyectarse a revisar los valores superiores que las caracterizan, estos son, la justicia, la paz, el orden, la seguridad, pero sobre todo, al bien común; la mejor interpretación es aquella que no deja a un lado estos valores.

Cuando se interpreta una norma jurídica es preciso indagar en la intención del legislativo plasmada en su contenido, pudiendo incluso recurrir a la intención general del ordenamiento jurídico, si la primera no alcanza; pero debe evitar caer en el subjetivismo ya los criterios resultantes pueden no estar encuadrados dentro del marco de la hermenéutica jurídica. Hay algo que debemos tener claro al final de este acápite, y es el orden jurídico no es sinónimo de ley, el orden jurídico lo integran todas las fuentes formales que revisamos anteriormente en conjunto con el derecho natural (este último lo revisaremos en el Taller de Filosofía en la próxima Unidad). Pero existe un límite a la interpretación jurídica, según lo señalado por Gény citado por Mouchet y Zorraquín (1967) y este límite es no buscar en la ley lo que no se ha dicho en su contenido, finalmente se puede concluir que la técnica de interpretación es casuista pero sobre todo muy diversa, no existen reglas uniformes aplicables a todos los casos, ya que la interpretación siempre dependerá del intérprete, hay veces que es suficiente interpretar analizando el significado de las palabras que contiene la norma, otras veces analizando jurisprudencias o realizando tal vez ejercicios de lógica jurídica, pero hay que enfatizar nuevamente, el intérprete no debe guiarse por preferencias individuales, sino que su interpretación debe estar en armonía con las fuentes formales del derecho vinculadas al ámbito de la interpretación para evitar así recaer en los peligros del subjetivismo, que es lo que está evitando con estos métodos de interpretación.

Lo invito a usted estimado estudiante, a revisar el siguiente video para reforzar lo aprendido en esta unidad de estudio de Introducción al Derecho, el tema analizado en este video justamente coincide con este acápite:: [Teorías y Métodos de la Interpretación Jurídica](#), a cargo del Dr. Sergio Bazán Ortega (2020) , debe tomar en cuenta estimado estudiante, que un buen abogado no es aquel que se memoriza la legislación en todo su articulado vigente, sino aquel que sabe interpretar la norma. El autor del video nos indica directrices en su contenido que lo ayudarán al momento de realizar su interpretación jurídica.

¡Interesante video verdad!

Ahora es momento de revisar detenidamente el contenido de toda esta Unidad, a fin de que refresque sus conocimientos sobre los temas impartidos en este taller de Introducción al Derecho.

Culminado el estudio de estos apartados, es momento de poner a prueba sus conocimientos y resolver varias actividades de aprendizaje recomendadas.



Actividades de aprendizaje recomendadas

En esta semana usted revisó dos temas de relevancia en el ámbito jurídico, como lo son las teorías de aplicación e interpretación de la norma jurídica y métodos de interpretación tradicionales, así como los nuevos métodos de interpretación, por lo cual es importante que usted realice las siguientes actividades, poniendo en práctica sus capacidades de comprensión y síntesis.

- Elabore un mapa mental sobre los contenidos estudiados relacionados con las Teorías de Aplicación e Interpretación Jurídica, en el cual consten sus principales características.
- Elabore un cuadro comparativo de los métodos de interpretación jurídica revisados en este capítulo.

¡Excelente trabajo!

Una forma mediante la cual usted ejercita su cerebro es la elaboración de esquemas, mapas mentales, cuadros comparativos y sinópticos, ya que le facilitan con mayor rapidez la comprensión de los contenidos, así como centrar su atención en las ideas más relevantes de cada tema.

FILOSOFÍA DEL DERECHO

6.9. La filosofía del derecho como disciplina jurídica

Existe una definición muy coloquial del derecho, en la que se lo define como una normativa que regula la convivencia social, pero viéndolo desde un aspecto macro, puede ser también definido como un objeto de conocimiento, objeto estudiado por diversas disciplinas, entre ellas la Filosofía del Derecho.

La filosofía del derecho es parte de la filosofía general, la cual se la define como “el conocimiento científico que mediante la luz natural de la razón considera las primeras causas o las razones más elevadas de todas las cosas” (Maritain, 1971), esta ciencia investiga a través de la razón los principios universales de todas las cosas, y se las juzga, oriente y defiende sus principios, se la considera la ciencia rectora.

Pero cuando hablamos de “filosofía del derecho” estamos hablando de una expresión de uso contemporáneo, de hecho, según lo afirma Carlos Mouche en su texto Introducción al Derecho, el primer libro titulado Tratado de derecho natural o filosofía del derecho escrito por Gustavo Hugo, data del año 1797, pero la expresión se generalizó posteriormente, dándole recientemente su autonomía académica, pero ante esto, es necesario aclarar que desde la época dorada de la filosofía griega ya eran estudiados problemas fundamentales de derecho, aunque no lo hacían desde el punto de vista de la ética, y no fue sino hasta el S. XVII, que la escuela natural (que estudiaremos en capítulos posteriores) de Hugo Grocio, separa al derecho de la religión y la moral, individualizando la filosofía como ciencia de estudio del derecho.

Lo invito estimado estudiante, a revisar el siguiente cuadro donde se analiza los temas fundamentales que se sujetan a la estructura de la filosofía del derecho:

Tabla 11.

Los temas fundamentales que componen la filosofía del derecho.

TEMAS QUE COMPONEN LA FILOSOFÍA DEL DERECHO	
LA ONTOLOGÍA JURÍDICA	<ul style="list-style-type: none">▪ El problema de la esencia del derecho.▪ Investiga el derecho para lograr definirlo.▪ Ubica al derecho como sistema normativo regulador de la conducta social.
LA GNOSEOLOGÍA JURÍDICA	<ul style="list-style-type: none">▪ El problema del conocimiento del derecho.▪ Analiza el valor del conocimiento y el objeto del conocimiento jurídico.
LA DEONTOLOGÍA JURÍDICA	<ul style="list-style-type: none">▪ El problema del fin o ideal del derecho (llamado también el problema de los valores).▪ Fundamenta el fin del derecho en su obligatoriedad.▪ Su contenido es ético o moral.▪ Estudia el problema de la justicia como valor que persigue un ordenamiento jurídico.

Fuente: Introducción al Derecho (1967).

Elaborada por: Feraud, C (2021).

Comprendida la definición de filosofía del derecho contenida en esta apartado, realice la siguiente:



Actividades de aprendizaje recomendadas

Previo a finalizar el estudio de esta unidad, para ejercitarse los conocimientos adquiridos sobre la Filosofía del Derecho, le sugiero realizar el siguiente ejercicio de análisis.

- Elabore un mapa sinóptico donde se resuma la definición de Filosofía del Derecho, y organice temas y subtemas de las características principales que se estudiaron en esta semana.

Ahora usted cuenta con una definición de filosofía del derecho que le invito a revisar nuevamente y mejorarla constantemente hasta perfeccionarla con sus elementos más relevantes. ¡Excelente trabajo!

¡Continuamos!

6.10.Precedentes históricos de la filosofía del derecho

Profundizando el estudio de la filosofía del derecho, es bastante oportuno revisar los antecedentes históricos de esta ciencia, concretamente los precedentes clásicos de la filosofía, en este apartado disertaremos sobre la antiquísima filosofía griega, la evolución jurídica en Roma y el papel del derecho en la Edad Media, ya que es menester de un estudiante de derecho conocer como se ha ido perfeccionando y completando esta ciencia a través de los siglos. Continuemos con el aprendizaje

6.10.1.Filosofía de Derecho Griego

Los orígenes del derecho se remontan a Grecia y Roma, puesto que son las culturas creadoras de la civilización que vivimos, pero si hablamos estrictamente de filosofía, fueron los griegos los verdaderos iniciadores de esta ciencia, se dedicaron a analizar la propia naturaleza humana, acorde a lo indicado por Mouchet y Zorraquín (1967), fue uno de ellos (Heráclito) quien sostuvo que esa realidad consiste en el cambio y transformaciones de los seres y las cosas, presidido por una ley universal, que no únicamente dirige y regula el cosmos sino también al ser humano en sociedad, esta ley universal le daba el nombre de <>logos<>. Por otro lado, la justicia también fue tema de estudio por parte de los filósofos griegos, Pitágoras medio siglo antes con su teoría de los números buscaba la esencia de todas las cosas sosteniendo que la armonía existente en el mundo estaba presidida por las leyes de las matemáticas, sosteniendo en esa misma línea que un acto justo deriva no del ser humano, sino de la esencia del orden natural de las cosas, vinculada por noción matemática a la igualdad.

También formaron parte de esta cultura los sofistas, encargados de preparar a los jóvenes para actuar en la asamblea y en luchas democráticas, ellos hicieron una crítica profunda a los principios religiosos, morales y jurídicos de aquella época; pero tiempo después, contra ese escepticismo apareció Sócrates, quién dedicó toda su vida a la enseñanza de una moral más elevada, este filósofo griego demostró la necesidad de distinguir, por un lado, lo que es la impresión de los sentidos de lo que es producto de la razón, no dejó ninguna obra escrita.

Luego tenemos a Platón, quién fue el mejor discípulo de Sócrates quien expuso sus ideas políticas y jurídicas en su obra “La República”, donde concibe la noción de un Estado Perfecto, cuyos funcionarios giran en torno

al desarrollo de las virtudes, indicando que la más excelsa virtud es la justicia.

Aristóteles, otro filósofo trascendental de la época y discípulo de Platón, mejoró la postura de su predecesor de una forma más realista al construir un sistema filosófico expuesto en su obra “La Ética a Nicómaco”, donde habla de una filosofía moral que se funda en que el fin último del hombre es la felicidad y el amor, y que la vida perfecta es la vida virtuosa. De todas las virtudes estudiadas, afirmaba que la justicia es la más completa ya que deja a un lado la individualidad de las personas al contribuir al bien de toda una comunidad.

Lo invito a revisar el siguiente video, donde se profundiza algo más un tema tan trascendental como la filosofía griega en el mundo del derecho, su título es “[Pensamiento Jurídico Occidental desde la Filosofía Griega](#)” y lo realiza el Prof. Orlando García Lobo (2020), es fundamental que dentro del estudio del contenido de este apartado, se tenga en consideración la realidad sociopolítica de la antigua Grecia, recordemos que Roma en su época de gran esplendor era un pueblo conquistador, y cuando conquistó Grecia, absorbió todos los conocimientos que tenía esta cultura sobre temas de Derecho.

¡Interesante video!

6.10.2. Evolución Jurídica de Roma

En el numeral anterior revisamos el contenido cultural griego, basado estrictamente en la filosofía, la situación en Roma era un tanto diferente, ya que los romanos elaboraron un sistema jurídico tan perfecto que constituye la base del derecho de occidente.

Mouchet y Zorraquín (1967) sintetizan la evolución del derecho romano de la siguiente manera:

El Derecho primitivo estaba constituido por un conjunto de reglas consuetudinarias que imponían formas estrictas y solemnidades a las cuales se les asignaba carácter de sagrado. Las leyes (votadas en comisión a propuesta de un magistrado) sólo tuvieron importancia secundaria como fuente del derecho, y tendían casi siempre que precisar aquellas costumbres, a corregir los abusos que podían originar, y a dar nuevas formas al régimen gubernativo. Tales

costumbres y leyes formaron el *ius civile*, es decir, el derecho aplicable exclusivamente a los ciudadanos (cívile) de Roma. (p. 524)

Como usted se habrá percatado, en el taller de *Introducción al Derecho revisamos las Fuentes del Derecho Romano*, que se complementa directamente con este acápite, por lo tanto, profundizaremos solamente lo necesario.

6.10.3. El Derecho en la Alta Edad Media

En esta etapa del derecho, el cristianismo jugó un papel protagónico, esta “nueva” religión marcaría tendencia en esta ciencia debido a que desde este punto el derecho da un giro, ya que la persona humana, no el estado, no la ciudad, no los órganos administrativos; es la destinataria principal del orden jurídico, es decir, este último está proyectado a facilitar la vida de la persona y su desarrollo como ente espiritual.

En la filosofía jurídica del cristianismo, que es el tema que compete en este capítulo, se fue desarrollando durante los primeros siglos gracias a los Padres de la Iglesia, pero empezó su formación teórica con San Agustín, con la cual la justicia ocupa un lugar importante en esta filosofía (tanto la justicia humana, como la justicia divina), propiciando de esta manera el fortalecimiento de los ideales de caridad y justicia, que conforman la doctrina social de la iglesia.

Para que amplíe sus conocimientos sobre los precedentes históricos de la Filosofía del Derecho y se proyecte su influencia el derecho actual, me permito compartir el artículo denominado “[Filosofía Jurídica y Teoría General del Derecho](#)” de autoría del Prof. Miguel Reale (1966), en el texto, el autor relaciona la Filosofía Tradicional del Derecho con la Teoría General del Derecho y la Dogmática Jurídica, ante lo cual le da a usted una ayuda para entender el sistema abstracto de definiciones esenciales mediante la descripción de conceptos de integración normativa de esta ciencia.

Para reforzar sus conocimientos le propongo contestar estas preguntas:

1. ¿De dónde se remonta el origen de la Filosofía del Derecho?
2. ¿Cuál fue la relación de las matemáticas y la filosofía que sostenía Pitágoras?
3. ¿Puede indicar la influencia del cristianismo en la filosofía del Derecho en la alta Edad Media?

¡Muy buen trabajo! Usted ha comprendido y dominado los precedentes históricos de la Filosofía del Derecho. Siga adelante en sus estudios.

¡Sigamos adelante!

Luego de haber revisado los antecedentes de la filosofía jurídica, de comprender cómo sistematizaron los pensamientos de los griegos, verificar el desarrollo del sistema jurídico romano y la influencia del cristianismo en el pensamiento jurídico de la edad media, corresponde ahora revisar las grandes escuelas filosóficas del derecho.

¡Comencemos!

6.11. El Ius Positivismo Jurídico: Generalidades, definiciones, principales escuelas

En este apartado conversaremos sobre el positivismo como corriente filosófica del derecho, que nace en el s. XIX, Mouchet y Zorraquín (1967), nos indican que este movimiento se inició como una reacción contra el exceso del racionalismo existente en la época, mencionando como primer protagonista de esta corriente filosófica a Augusto Comte, padre de la escuela sociológica, que estudia el derecho como un fenómeno de la vida social. En este ámbito el positivismo jurídico apareció como una reacción contra la escuela del derecho natural, que también analizaremos más adelante.

Dentro de esta denominación de “positivismo jurídico” se enmarcan una serie de doctrinas que giran su centro de estudio alrededor de la norma escrita, le da protagonismo a la ley casi exclusiva, pero podemos concretarlas en 4 escuelas: La teoría general del derecho, la escuela de la exégesis, la escuela analítica de jurisprudencia y al sociologismo jurídico.

Le sugiero estimado estudiante que revise el siguiente recurso que contiene resumidas las escuelas principales de positivismo jurídico, descritas en el párrafo anterior:

[**Principales escuelas del positivismo jurídico**](#)

Este recurso le servirá de utilidad para entender las principales escuelas que componen el Ius positivismo jurídico, cuyo contenido debe tener presente para seguir con el estudio de este taller.

A continuación, lo invito a que amplíe sus conocimientos sobre este interesante tema, me permito compartir el artículo denominado [El positivismo y el positivismo jurídico](#) de autoría del profesor Kleber Guamán Chaca (2020), con la finalidad de que tenga claras las definiciones y diferencias entre el Positivismo, que es una filosofía que se desarrolla ambientada en las ciencias físico-naturales; y el Positivismo Jurídico, que es una corriente filosófica que data del siglo XIX, que gira en torno al conocimiento del Derecho, es indispensable que usted dentro de su formación profesional, entienda esta diferencia, a fin de que pueda practicar estos conceptos en su ejercicio profesional.

Comprendida la definición de la escuela del Derecho Positivo, realice la siguiente actividad:



Actividades de aprendizaje recomendadas

Luego de revisar todo el contenido correspondiente de este acápite, para ejercitarse los conocimientos adquiridos sobre la escuela del Derecho Positivo, le sugiero realizar el siguiente ejercicio de análisis.

- Elabore un mapa sinóptico donde se resuma la definición general sobre la escuela de Derecho Positivo, y organice temas y subtemas de las características principales que se estudiaron en esta semana.

Ahora usted cuenta con una definición de la escuela positivista del derecho que le invito a revisar y mejorar constantemente hasta perfeccionarla con sus elementos más relevantes. ¡Excelente trabajo!

¡Sigamos adelante!

6.12. La historia del positivismo jurídico en la primera mitad del SXX: La teoría del derecho y el realismo jurídico

Una vez comprendida la tesis sostenida por la escuela positivista del derecho y habiendo revisado las principales escuelas del s. XIX, corresponde en este apartado revisar las escuelas positivistas más icónicas de la primera mitad del SXX.

6.12.1. La Teoría Pura del Derecho

Teoría sostenida por el Hans Kelsen, este tratadista, fue fruto del modelo científico universitario desarrollado durante el s. XIX, la Teoría Pura del Derecho criticaba a las escuelas de esa época considerando que había muchos elementos ideológicos y políticos, teniendo la necesidad de liberar a la ciencia jurídica de todos los elementos que le son extraños, tomándose como extraños a los juicios morales.

La Teoría Pura del Derecho de Kelsen, acorde a lo indicado por Andrés Botero-Bernal (2015) en su libro “Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho tiene un triple vórtice: 1) Positivismo metodológico, 2) Positivismo teórico y, 3) Rechazo del positivismo ideológico, pero más enfocados en este último, ya que rechaza cualquier ideología o elemento de interpretación extrajurídico, como la política o la teología. La ciencia del derecho, continuando con lo desarrollado por esta tesis, se le da la categoría de dogmática, y queda restringida su función a la interpretación analítica y sistemática de las normas vigentes, es decir, las normas positivas; a las que se les debe respetar su jerarquía y que para su validez debe respetarse el procedimiento que otro tipo de normas positivas da para su elaboración. La filosofía del derecho en este punto toma un rol de guardián de la pureza metodológica dentro de los ordenamientos jurídicos. Kelsen también habla de la jerarquía de normas, la misma que determina la validez de la norma. En este punto el juez, como principal interpretador y aplicador del derecho, también lo crea, porque este juez es el responsable de ingresar al ordenamiento jurídico la norma particular a través de la sentencia.

Andrés Botero Bernal (2015) en su publicación nos indica que la Teoría Pura del Derecho de Kelsen se resume en 12 ideas:

1. El derecho es un orden coactivo de la conducta humana, no un fenómeno natural.
2. Una verdadera ciencia jurídica sólo puede considerar válidas las normas jurídicas positivas.
3. Las normas pueden ser legisladas o consuetudinarias.
4. Se denomina validez al modo específico de existencia de las normas jurídicas.
5. La eficacia no es lo mismo que la válida, la eficacia se da por el cumplimiento de la obligación.
6. El ordenamiento jurídico siempre es escalonado o jerárquico, y se puede graficar como una pirámide.
7. La jerarquía nace de una derivación: la norma superior valida a la norma inferior.
8. El vértice de la pirámide, es el fundamento de la constitución.
9. La eficacia general y duradera es una condición necesaria para la validez de la norma.
10. Una norma puede perder validez por el desuso.
11. Los jueces crean derecho en tanto interpretan.
12. Los jueces eliminan los posibles conflictos entre normas.

Consecuentemente, Kelsen considera que toda norma implica una sanción, una prohibición fundada en una amenaza.

6.12.2. El funcionalismo

Llamado también realismo, es una propuesta positivista, que centra su pretensión científica en los hechos sociales que en otras escuelas se considera como derecho, partiendo no tanto de la norma, los realistas son de clase variada, con esto nos referimos a que existen varios tipos, por ejemplo los realistas sociológicos y los realistas judiciales: los primeros son aquellos que centran sus estudios en las comunidades y en la observación de su normativa coercitiva, y los segundos investigan al derecho partiendo de análisis de la función judicial, no en su deber ser, sino en su realidad.

Este normalismo sociológico, como lo continúa indicando Andrés Botero Bernal en su enciclopedia, ha recibido algunas críticas, principalmente las detalladas a continuación: 1) Se centra en el estudio de lo que se entiende como derecho, supliendo la vigencia o por la eficacia. En este sentido, derecho sería lo eficaz, renunciando a un componente fundamental como

lo es la motivación de conductas; 2) El realismo debe ser descriptivo y no propositivo, pues el deber ser no es actuante; 3) Desaparecen las fronteras conceptuales entre el ser y el deber ser; 4) Las teorías realistas terminan sustentando posturas normativistas. (Botero y Fabra, 2015)

Para concluir este apartado, podemos concretar indicando que el realismo se “disfraz” como una escuela jurídica cuando en hechos fácticos sería un movimiento de sociología judicial.

Ha finalizado una nueva semana de estudios, por lo que le invitó a desarrollar la siguiente:



Actividades de aprendizaje recomendadas

Elabore un esquema de llaves sobre escuelas filosóficas positivistas más importantes del s. XIX y S. XX, donde consten sus principales características.

Una forma de trabajar y ejercitarse nuestra mente es elaborando esquemas, mapas mentales, diagramas, etc. que permitan captar la información más relevante del tema que se encuentra estudiando.

Felicitaciones por sus aportes que demuestran dominio en la materia!

Siga con sus estudios sobre la escuela iusnaturalista del derecho.

6.12.3. El Iusnaturalismo Jurídico: Teoría del Derecho Natural

A lo largo de la historia del mundo, son varias las orientaciones que ha tenido la historia sobre el derecho natural.

Como lo señalan Mouchet y Zorraquín (1967) en su obra Introducción al Derecho, indica que la expresión “Derecho Natural”, es originaria de Roma, obviamente influenciada por la filosofía griega, en la que se afirma y fortalece la idea de un derecho superior al derecho positivo, que era muy común en muchos pueblos de la época, era concebida como un ordenamiento superior e inmutable que acerca a los hombres al bien, por sus mandatos y los aleja del mal por sus amenazas y que tiene una característica muy importante, no puede ser derogado por leyes positivas

y rige a todos los pueblos y en todos los tiempos y que no está constituido por opiniones sino por la naturaleza.

El cristianismo perfecciona el concepto de este Derecho Natural, ya que coincidía con sus orientaciones políticas, pero sobre todo filosóficas. Carlos Mouchet en su doctrina científica, afirma que fue Santo Tomás de Aquino quién le dio a esta doctrina su más perfecto desarrollo, atribuyéndole características muy peculiares como, por ejemplo, la ley eterna es la razón divina al mundo físico y moral, que es inmoral e inmutable y todo se reduce a esta premisa: hay que hacer el bien y evitar hacer el mal. (Mouchet y Zorraquín, 1967)

Más adelante Hugo Grocio (citado por Mouchet y Zorraquín, 1967), separó al derecho natural de su fundamento religioso y moral, ya no es una inspiración para llegar a la justicia peor aún un reflejo de la sabiduría, para este tratadista el derecho natural es un producto intelectual y humano, que puede llegar a elaborar sistemas jurídicos complejos y completos.

A pesar de su gran presencia y protagonismo durante los siglos XVII y XVIII, hoy por hoy la escuela del derecho natural se encuentra abandonada, su excesivo racionalismo la hizo apartarse de la realidad, el derecho no es un producto puramente intelectual como ellos aseguraban, lo que le ha hecho perder protagonismo.

Actualmente, se considera al derecho natural como fundamento y límite de toda norma, constituido de preceptos básicos que estructuran el derecho.

Estimado estudiante, lo invito a revisar el siguiente video, en el cual se explica detalladamente en qué consiste la escuela iusnaturalista del derecho: [El Derecho Natural \(IUSNATURALISMO\) su definición y clasificación](#), parte medular de esta unidad de estudio, es muy importante estimado estudiante, que luego del estudio de estas escuelas filosóficas del derecho tenga claras cuáles son las semejanzas y diferencias entre ambas, el derecho natural en este contexto, es el objeto de estudio de la escuela iusnaturalista del derecho, muy relacionado con la moral y la religión; a diferencia de la escuela positivista, cuyo objeto de estudio es la norma jurídica escrita.

¡Interesante video! Seguramente le servirá de mucho para su crecimiento académico.

¡Ahora continuaremos con una comparación doctrina entre el Derecho Natural y el Derecho Positivo!

6.13. El derecho natural y el derecho positivo: comparaciones doctrinales

La doctrina define como derecho positivo al conjunto de normas jurídicas correctamente emanadas (cumpliendo el procedimiento respectivo mediante las autoridades competentes) que rigen la convivencia social; en él se manifiestan las leyes en sí, las costumbres, la jurisprudencia y la doctrina, con poder coactivo y coercitivo, se contrapone directamente con el derecho natural. El primero está compuesto por preceptos que en la actualidad forman el derecho, mientras que el segundo corresponde a expresión de ideales que usualmente no llegan a reducirse por escrito.

Continuemos profundizando acerca de este tema

Si bien son dos posturas que se contraponen, en la práctica no son tan divergentes, Carlos Mochet en su libro Introducción al Derecho, que los principios que integran el derecho natural se incorporan al orden jurídico positivo al ser incluida en las legislaciones al constituir los núcleos protegidos del ordenamiento, es decir, que coexisten bajo un mismo régimen, por lo tanto, es imposible afirmar que la existencia de uno anule la existencia del otro, en conclusión, la mayoría de las legislaciones (por no decir la totalidad de ellas) incluye, así sea parcialmente, preceptos de derecho natural. Pero, ¿Qué pasa cuando hay leyes positivas que no contiene normas de derecho natural o se contraponen?, pues bien, en estos casos no se la considera ley, sino corrupción de ley teniendo que no tienen consecuencias jurídicas, tal cual como (en otro supuesto) una autoridad abusa de su poder, o si un reglamento vulnera la ley o cuando ésta es contraria a la Constitución. (Mouchet y Zorraquín, 1967)

La relación existente entre el derecho natural y el derecho positivo es una relación jerárquica comparable con la existente entre la Constitución y las leyes, con la única diferencia que la relación entre el derecho natural y el derecho positivo no existe poder alguno que declare la antijuricidad de las leyes injustas, salvo la conciencia y la razón y para que esta relación se configure debe haber una relación lógica entre unas y otras; las normas jurídicas positivas pueden derivar de las normas naturales como de

hecho lo hacen, mediante la deducción, o ejercicios racionales en casos concretos.

En conclusión, con total certeza se puede afirmar que el derecho natural constituye la frontera en la aplicación del derecho positivo, ya que las normas que regulan la convivencia en sociedad deben subordinarse al derecho natural como fundamento en su composición.

Para que usted amplíe sus conocimientos sobre el derecho natural y su relación con el derecho positivo y reflexione sobre la misma, me permito invitarlo a leer el artículo denominado [Derecho positivo y el derecho natural. Una reflexión desde el iusnaturalismo sobre la necesidad y naturaleza de la determinación](#) de autoría del Prof. Sebastián Contreras (2013), de autoría del Prof. Sebastián Contreras (2013), en el cual se analizan las diferencias entre las dos escuelas filosóficas del derecho que aún se estudian en el mundo jurídico actual, luego de revisar esta unidad de estudio, usted se encontrará preparado para diferenciar las dos posturas, identificar sus características y hacer ejercicios de razonamiento atendiendo las diferentes conceptualizaciones que cada una posee en particular.

¡Interesante recurso, verdad!

Antes de culminar la presente semana, realice la siguiente actividad recomendada que se propone a continuación.



Actividades de aprendizaje recomendadas

Usted ha tenido la oportunidad de estudiar la relación existente entre el derecho natural y el derecho positivo, lo que le permite demostrar sus conocimientos realizando la siguiente actividad:

- Elabore un esquema de llaves que contenga las principales características e ideas personales sobre el derecho positivo y el derecho natural.

Usted ha progresado en la elaboración de esquemas y mapas mentales que le permitirán sintetizar grandes contenidos para facilitar su aprendizaje. Este es un esfuerzo que vale la pena.

¡Felicitaciones, ha realizado un excelente trabajo!

Luego de haber revisado la relación entre el derecho positivo y el derecho natural de comprender en qué consiste esta relación, sus semejanzas y diferencias, verificar sus elementos y el proceso de interacción, corresponde ahora revisar que juego cumple la moral en el mundo del derecho.

6.14. La moral y el derecho

Este tema es un nudo crítico en el estudio de la filosofía del derecho, porque la moral ocupa una posición intermedia entre la religión y el derecho, aunque los tres regulan la conducta humana.

A continuación, encontrará una tabla que contiene las principales características de la religión, la moral y el derecho, que lo ayudarán en el estudio de esta unidad de estudio:

Tabla 12.

La religión, la moral y el derecho.

LA RELIGIÓN, LA MORAL Y EL DERECHO	
LA RELIGIÓN	<ul style="list-style-type: none">▪ Constituye un conjunto de creencias reveladas por Dios y que trata de orientar a los hombres por el camino de su salvación eterna.
LA MORAL	<ul style="list-style-type: none">▪ La moral proviene de la razón y persigue el bien individual mediante la práctica de las virtudes.▪ No proviene de la conciencia de la conciencia individual de cada sujeto, sino de la razón humana que busca un ideal de perfección.▪ Conocida como filosofía práctica.▪ Estudia cuál es el fin natural del hombre y examina los actos humanos que lo aproxima a las virtudes.▪ Sostiene que lo que aleja al hombre de las virtudes es el vicio.▪ Pretende también orientar la conducta colectiva mediante dos virtudes: la caridad y la justicia.
EL DERECHO	<ul style="list-style-type: none">▪ Deriva tanto de la razón como de la experiencia, y su finalidad consiste en alcanzar el bien común.▪ Es la realización objetiva de la justicia.▪ El bien individual y el bien común no se separan porque el hombre es un ser social.▪ Define los deberes del hombre para con los demás: Respetar la vida y propiedad ajena, cumplir sus obligaciones adquiridas, no hacer daño a otro, fortalecer a la familia, etc.▪ Todas las ramas del derecho tienen un fundamento moral.

Fuente: Introducción al Derecho (1967).

Elaborada por: Feraud, C (2021).

Claramente, se puede evidenciar que el derecho está impregnado de la moral, formando un todo inseparable, un conjunto armónico y necesariamente útil para regular la actividad del hombre en sociedad.

Este tema de estudio, fundamental para la preparación de la carrera, donde se revisa la temática actual, es importante que lo revise mediante el siguiente video que se titula “[El Derecho y La Moral](#)”, donde se analiza la relación que tienen ambas en el universo jurídico, de hecho estimado estudiando, ambas escuelas filosóficas del derecho que estamos estudiante, realizan un estudio sobre esta relación, la escuela iusnaturalista por ejemplo, considera que están íntimamente relacionadas; mientras que la escuela positivista jurídica, da diferentes espectros de aplicación a cada uno, rompiendo esa relación preexistente, afirmando que la moral se aplica al fuero interno de las personas y el derecho al fuero interno, imposibilitando la existencia de un vínculo directo entre ellos.

¡Interesante video! Seguramente le servirá de mucho para su crecimiento académico.

¡Ahora continuaremos con el siguiente tema para terminar el taller de Filosofía!

6.15. Distinciones entre la moral y el derecho

Una vez definida la relación que tiene el derecho con la moral, revisaremos a continuación en esta unidad de estudio las diferencias que separan a estos dos sistemas.

Es importante indicar que en la antigüedad (hasta la edad media), era inconcebible pensar en la posibilidad de separar la moral con el derecho, por la injerencia que tuvo la religión en aquellas épocas predecesoras, sin embargo, la distinción entre ambas surge en el siglo XVIII con intentos de Thomasius y Grocio (iuspositivistas que revisamos justamente en el capítulo anterior), pero esta diferencia parte de un concepto erróneo: “la moral nunca deja de ocuparse de los actos humanos para juzgar su virtud, y el derecho tiene muchas veces en cuenta la intención con que han sido realizados” (Mouchet y Zorraquín, 1967).

El derecho no tiene por qué ocuparse de los móviles de la conducta humana, sino de la exteriorización de la misma, es decir, que la obligación no proviene del sentimiento sino de la obligatoriedad que tiene la norma

para que sea cumplida, la coacción de la misma, y es precisamente que esta coacción un elemento importantísimo de un sistema jurídico, a diferencia de la moral, ya que esta última no puede hacerse efectiva mediante el uso de la fuerza. Aquí yace la primera gran (y bien marcada), diferencia entre ambas.

Para conocer a profundidad las diferencias más marcadas en entre la moral y el derecho, lo invito a revisar el siguiente cuadro:

Tabla 13.

Diferencias entre la moral y el derecho.

DIFERENCIAS ENTRE LA MORAL Y EL DERECHO	
LA MORAL	<ul style="list-style-type: none">▪ Las normas morales son unilaterales, originan un deber para un solo sujeto.▪ Solo obliga en conciencia.▪ Su cumplimiento no puede ser coactivamente reclamado.▪ Los deberes morales son espontáneos, derivan de la conducta del mismo sujeto.▪ La moral es autónoma.
EL DERECHO	<ul style="list-style-type: none">▪ Las normas jurídicas son bilaterales, otorgan facultades de exigir a otra persona su cumplimiento.▪ Crea relaciones jurídicas entre las personas.▪ Su cumplimiento puede ser coactivado.▪ Los deberes jurídicos pueden tener una ejecución forzada en caso de no cumplirse o violarse.▪ El derecho es heterónomo

Fuente: *Introducción al Derecho* (1967).

Elaborada por: Feraud, C (2021).

Para concluir esta sección, es imperativo recalcar que en términos muy generales las normas jurídicas son: heterónomas, coactivamente exigibles y bilaterales, contrarias a las normas morales.

¡Felicitaciones!

Ha culminado con éxito el estudio de la Unidad 6, razón por la cual se proponen las siguientes actividades de aprendizaje y evaluables con la finalidad de reforzar sus conocimientos.



Autoevalación 6

- A. Lea con atención cada uno de los enunciados que se presentan a continuación y seleccione la única respuesta correcta.**
1. El estudio del derecho romano es importante para el estudiante de Abogacía: porque:
 - a. Es divertido.
 - b. Porque los romanos desarrollaron las bases de nuestro sistema jurídico.
 - c. No es importante para el estudio del derecho.
 - d. Porque Roma es la cultura más importante que ha existido en la historia de la humanidad.
 2. De los siguientes enunciados ¿cuál no es una fuente del derecho en Roma?
 - a. La lex.
 - b. La costumbre.
 - c. La Filosofía.
 - d. La Mores Maiorum.
 3. Las fuentes materiales son llamadas también:
 - a. Fuentes necesarias.
 - b. Fuentes primarias.
 - c. Fuentes secundarias.
 - d. Fuentes básicas.
 4. Las normas jurídicas son:
 - a. Reglas verbales que pasan de generación en generación.
 - b. Directrices que nos hacen mejores personas ante los ojos de Dios.
 - c. Reglas que se imponen a la conducta humana para regular la actividad en sociedad.
 - d. Códigos morales que regulan la convivencia social en un estado de derecho.

5. Es un método tradicional de la interpretación jurídica:
- La Escuela de la Exégesis.
 - La Escuela de la Patagonia.
 - El silogismo jurídico.
 - La Normativa Internacional de interpretación.
6. Los temas que componen la filosofía del derecho son:
- La ontología jurídica, la gnoseología jurídica, la deontología jurídica.
 - La lógica jurídica, la ética jurídica y la sintaxis jurídica.
 - La gramática jurídica, comprensión lectora, lógica jurídica.
 - La litigación oral, la fuerza de ley y el análisis de la normativa vigente.
7. La tesis que deriva en el análisis de la naturaleza humana consistente en el cambio de las cosas, precedidos por una ley universal, fue parte de la filosofía:
- Griega.
 - Española.
 - Ateísta.
 - Escandinava.
8. Aristóteles fue discípulo de:
- Platón.
 - Descartes.
 - Sócrates.
 - Justiniano.
9. El positivismo jurídico se enmarca en una serie de estudios filosóficos que versan sobre:
- La moral.
 - La costumbre.
 - El derecho escrito.
 - Los usos sociales.

10. Las características de la moral son:

- a. Es unilateral, no coactiva y autónoma.
- b. Es bilateral, exigibles y de ejecución forzada.
- c. Imperativa, heterónoma y consensual.
- d. Multidisciplinaria, coactiva, pero no exigible socialmente.

[Ir al solucionario](#)

¿Dio respuesta a la autoevaluación? Sí, ¿Cuántas preguntas acertó y cuántas no? Revise las preguntas donde no acertó. Ahora, luego de esta nueva revisión compártelas en la parte denominada solucionario, *para que retroalimente esta actividad, a fin de reforzar sus conocimientos y mejorar en sus estudios.*



Unidad 7. Derecho laboral

El Contrato Individual de Trabajo

¡Bienvenido a clases!

Como parte de su preparación para rendir el examen complejivo y para finalizar el contenido de Derecho Laboral, es importante que usted revise lo concerniente al Código de Trabajo.

¡Avancemos!

7.1. Definición de contrato del trabajo

El contrato individual de trabajo, constituye una institución jurídica del Derecho Laboral, ya que establece la relación entre empleador y trabajador, los mismos que se obligan, por una parte, el trabajador a la prestación de sus servicios lícitos y personales, y, por otra parte, el empleador quien está obligado a cancelar una remuneración mensual, de conformidad a lo que establece la Comisión de Salarios, quienes fijan los salarios mínimos sectoriales.

Dentro de la presente unidad, abordaremos los temas pertinentes a identificar primeramente que es lo que regula el derecho laboral como las modalidades contractuales, como se desarrolla cada una de ellas, el ambiente que debe desarrollarse dentro del trabajo, además, de las actuaciones entre empleador y trabajador, y de trabajadores entre sí; por otra parte, lograremos precisar, cada una de las características del Contrato individual de trabajo, los elementos que lo constituyen, las partes intervenientes, además de sus respectivos derechos, obligaciones y prohibiciones.

Para tener una mejor comprensión del significado del Contrato Individual de Trabajo, debemos tomar en consideración el siguiente aporte doctrinario, con relación al Contrato de Trabajo.

Aquel que tiene por objeto la prestación retribuida de servicios de carácter económico, ya sean industriales, mercantiles o agrícolas. Más técnicamente cabe definirlo así: el que tiene por objeto la prestación continuada de servicios privados y con carácter económico, y por el cual una de las partes da una remuneración o recompensa a cambio de disfrutar o servirse, bajo su dependencia o dirección, de la actividad profesional de otra. (Cabanellas, 1982, p. 73)

Dentro de nuestra normativa el Código de Trabajo en su artículo 8, lo define: Es el convenio en virtud del cual una persona se compromete para con otra u otras a prestar sus servicios lícitos y personales, bajo su dependencia, por una remuneración fijada por el convenio, la ley, el contrato colectivo o la costumbre. (2005, art. 8).

Lo expuesto anteriormente en concordancia con lo dispuesto en el artículo 327 de la Constitución de la República del Ecuador que establece “la relación laboral entre personas trabajadoras y empleadoras, será bilateral y directa”. (2008, art. 327).

Conforme a lo que se ha manifestado esto es a la doctrina y la norma previamente citada, se puede definir al Contrato de Trabajo como la relación contractual entre trabajador y empleador, regulando las actuaciones entre las partes intervinientes, tomando en consideración que el empleador puede ser una persona natural o jurídica, mismo que se encuentra obligado a cancelar una remuneración por los servicios lícitos y personales que realiza el trabajador; y, que el trabajador es la persona que se encuentra bajo subordinación y dependencia del empleador.

7.1.1. Elementos esenciales del Contrato Individual de Trabajo

Elementos esenciales del contrato individual de trabajo Granizo (2011), con respecto al Contrato de Trabajo, precisa:

En un juicio de trabajo el presupuesto fundamental es que la o el accionante debe demostrar la existencia del contrato de trabajo en los términos previstos en el artículo 8 del Código Laboral en análisis, siendo, por tanto, necesario, que dentro del proceso aparezcan los tres requisitos que lo conforman; esto es, prestación de servicios lícitos y personales, subordinación jurídica y remuneración. (p. 13).

Para determinar que nos encontramos frente a una relación laboral de dependencia, es necesario que se cumpla con los tres elementos esenciales que la determinan, bajo el amparo de lo que establece el Código del Trabajo en su Art. 8; ya que al faltar uno de estos elementos esenciales estaríamos ante una relación contractual determinada en el Código Civil.

7.1.2. Características del Contrato Individual de Trabajo.

Personal. - El trabajador (persona natural) se compromete a la prestación de servicios lícitos y personales.

Bilateral. - Ambas partes de la relación laboral se obligan de forma recíproca.

Oneroso. - Cada parte se grava en beneficio de la otra.

Comutativo. - Las obligaciones de cada una de las partes son equivalentes.

Principal. - Su existencia no depende de otro contrato, es decir subsiste por sí solo.

Nominado. - Cuenta con denominación propia e individualidad.

De trácto sucesivo. - Cumplimiento de obligaciones en un periodo determinado.

Consensual. - Se perfecciona mediante el consentimiento (voluntad) libre de las partes.

7.1.3. Sujetos de la relación laboral

Conforme se desprende de la definición del contrato individual de trabajo y tal cual se encuentra plasmado en el Código del Trabajo (2005, 16 de diciembre), los sujetos de la relación laboral son trabajador y empleador.

Empleador

La persona o entidad, de cualquier clase que fuere, por cuenta u orden de la cual se ejecuta la obra o a quien se presta el servicio, se denomina empresario o empleador (Código del Trabajo, 2005, 16 de diciembre, art. 10).

Trabajador

La persona que se obliga a la prestación del servicio o a la ejecución de la obra se denomina trabajador, y puede ser empleado u obrero (Código del Trabajo, 2005, 16 de diciembre, art. 9).



Es importante señalar que, históricamente el trabajo ha ido evolucionando desde el tiempo de la esclavitud, determinando que en aquella época el empleador era dueño no solo de la mano de obra de las personas, sino de los medios de producción y de la persona como tal; es por ello, que la historia nos ha demostrado que a través de las luchas sociales, los trabajadores han avanzado en el reconocimiento de sus derechos como tales, siendo así que en la actualidad los empleadores únicamente pueden mandar u ordenar sobre la mano de obra de los trabajadores.

El Derecho Laboral ha ido en constante progresión, dándole beneficios a los trabajadores, con la finalidad de que los mismos no sean vulnerados, y, que los empleadores cumplan con sus obligaciones patronales.

7.1.4. Obligaciones y prohibiciones de los sujetos

Estimado/a estudiante, le invito a revisar el siguiente recurso donde conocerá acerca de las obligaciones y prohibiciones de los sujetos.

Obligaciones y prohibiciones de los sujetos

7.1.5. Clasificación del Contrato Individual de Trabajo

Para tener un mejor entendimiento de la Clasificación del Contrato Individual de Trabajo, es necesario tener una visión simplificada del mismo, para lo cual revisaremos primeramente el siguiente recurso que muestra un cuadro sinóptico, referente al Contrato Individual de Trabajo.

Clasificación del contrato individual de trabajo

Estimado/a estudiante, una vez comprendido el módulo didáctico acerca de las clasificaciones, a continuación, ampliamos el tema acerca del trabajo de los adolescentes, mujeres y personas con discapacidad, aprendices, de la jornada máxima de trabajo, los descansos y vacaciones, y de la terminación del contrato individual de trabajo.

7.1.5.1 Del trabajo de adolescentes, jóvenes, mujeres y personas con discapacidad

Como protección a las niñas, niños y adolescentes, el Estado implementará entre otras las siguientes medidas (Constitución de la República, 2008, art. 46, núm. 2):

La protección contra cualquier tipo de explotación laboral o económica.

La Constitución de la República otorga protección especial a los grupos vulnerables analizados, dentro de esta protección no puede quedar fuera la protección en el campo laboral, estos preceptos se encontrarán desarrollados en las leyes correspondientes, en el tema laboral específicamente en el Código del Trabajo (2005, 16 de diciembre).

El contrato de trabajo juvenil es el convenio por el cual se vincula laboralmente a una persona joven comprendida entre los dieciocho (18) y veintiséis (26) años de edad, con la finalidad de impulsar el empleo juvenil en relación de dependencia, en condiciones justas y dignas, a fin de garantizar el acceso al primer empleo y la promoción de sus habilidades y conocimientos.

El número o porcentaje mínimo de trabajadores entre 18 y 26 años en las empresas será regulado por el Ministerio del Trabajo en función del tipo de actividad y el tamaño de las empresas.

De igual forma, el artículo 329 de la norma ibídem, señala que los jóvenes tendrán el derecho de ser sujetos activos en la producción, así como en las labores de autosustento, cuidado familiar e iniciativas comunitarias. Se impulsarán condiciones y oportunidades con este fin.

La incorporación del trabajo juvenil en el Código del Trabajo (2005, 16 de diciembre) se realiza mediante la Ley Orgánica para la Promoción del Trabajo Juvenil (2016, 28 de marzo).

Es importante dejar en claro que la implementación de esta contratación juvenil en la legislación conlleva al cumplimiento de los siguientes fines:

- Impulsar el trabajo juvenil, entre 18 y 26 años;
- Relación de dependencia, con condiciones justas y dignas;
- Garantiza acceso al primer empleo y la promoción de habilidades y conocimientos;

- No implica sustitución, sino aumento de trabajadores estables.
- El Estado asume el pago del aporte del empleador al IESS, hasta 2 SBU, por 1 año;
- El valor pagado por remuneración es deducible para efectos del impuesto a la renta, y;
- Contrato por escrito y puede ser bajo cualquier modalidad.

En cuanto al **trabajo de las mujeres** es preciso que conozca cuáles son los derechos que tienen las mujeres en el desempeño de su trabajo, que buscan equilibrar su condición de vulnerabilidad y garantizar su salud reproductiva.

Garantía para parturientas Art. 92 del Código del Trabajo

No cabe retención ni embargo de la remuneración que perciban las mujeres durante el período de dos semanas anteriores al parto y seis semanas posteriores al mismo.

Licencia por maternidad Art. 152 del Código del Trabajo

Con remuneración de doce (12) semanas por el nacimiento de su hija o hijo; en caso de nacimientos múltiples el plazo se extiende por diez días adicionales.

Licencia o permiso sin remuneración para el cuidado de los hijos Art. Innumerado

Inciso primero: licencia opcional y voluntaria sin remuneración, hasta por nueve (9) meses adicionales.

Inciso séptimo: Si luego del uso de la licencia sin remuneración a la que se acoja el padre o la madre fueran despedidos por este hecho, se considerará despido ineficaz.

Protección a la mujer embarazada Art. 153 del Código del Trabajo

Inciso segundo: No se podrá dar por terminado el contrato de trabajo por causa del embarazo de la mujer trabajadora y el empleador no podrá reemplazarla definitivamente dentro del período de doce semanas que fija el artículo anterior.

Inciso tercero: La o el juzgador dispondrá el reintegro inmediato al trabajo de la mujer despedida en estado de embarazo o en período de lactancia.

Incapacidad para trabajar por enfermedad debida al embarazo o parto Art. 154 del Código del Trabajo.

Inciso primero: no podrá darse por terminado el contrato de trabajo.

Inciso tercero: la mujer embarazada no podrá ser objeto de despido intempestivo, desde la fecha que se inicie el embarazo.

Lactancia Art. 155 del Código del Trabajo.

Inciso tercero: Durante los doce (12) meses posteriores al parto, la jornada de la madre lactante durará seis (6) horas, de conformidad con la necesidad de la beneficiaria.

Prohibición de despido y declaratoria de ineficaz Art. 195.1 del Código del Trabajo.

El Estado reconoce una serie de derechos, garantías y políticas públicas que procuran la equiparación de oportunidades para las personas con discapacidad, y promueve su integración en los diversos ámbitos sociales.

La Constitución de la República (2008) señala con claridad el derecho al acceso al trabajo en condiciones de igualdad de oportunidades, que fomente sus capacidades y potencialidades, mediante políticas que permitan su incorporación en entidades públicas y privadas (Art. 47, núm. 2).

Estas disposiciones constitucionales han sido recogidas por el Código del Trabajo (2005, 16 de diciembre) y entre aquellos derechos de los que gozan las personas con discapacidad, en el aspecto laboral se tienen:

- El empleador tiene la obligación de adecuar las instalaciones de conformidad con las normas que precautelar su adecuado desplazamiento (Art. 42, núm. 2).
- Los empleadores públicos o privados que cuenten con un número mínimo de veinticinco trabajadores tienen la obligación de contratar el 4 % de personas con discapacidad, en labores permanentes que se consideren apropiadas en relación con sus conocimientos, condición

física y aptitudes individuales, en observancia de los principios de equidad de género y diversidad de discapacidad (Art. 42, núm. 33).

- La persona con discapacidad impedida para suscribir un contrato de trabajo, lo realizará por medio de su representante legal o tutor. Tal condición se demostrará con el carné expedido por el Consejo Nacional de Discapacidades (CONADIS) (Art. 42, núm. 33).
- Las empresas e instituciones, públicas o privadas, para facilitar la inclusión de las personas con discapacidad al empleo, harán las adaptaciones a los puestos de trabajo, de conformidad con las disposiciones de la Ley de Discapacidades (2012, 25 de septiembre), normas INEN sobre accesibilidad al medio físico y los convenios, acuerdos, declaraciones internacionales legalmente suscritos por el país (Art. 42, núm. 35).
- La igualdad de remuneración sin discriminación (Art. 79).
- Protección especial en caso de despido injustificado de la persona con discapacidad, o de quien estuviere a su cargo, y establecer una indemnización especial de conformidad a la Ley Orgánica de Discapacidades (2012, 25 de septiembre, Art. 195.3).
- Inclusión al trabajo en todas las modalidades como empleo ordinario, empleo protegido o autoempleo tanto en el sector público como privado (Art. innumerado).

La Ley Orgánica de Discapacidades (2012, 25 de septiembre), en sus artículos 45, 46, 47, 49, 51, 52, 74 y 116 establece, de igual manera, los derechos a las personas con discapacidad, a quienes estén a cargo su cuidado y manutención e inclusive, se extiende a empleadores.

7.1.5.2 De los aprendices

El contrato de aprendizaje es aquel en virtud del cual una persona se compromete a prestar a otra, por tiempo determinado, sus servicios personales, por los que percibe, a cambio, la enseñanza de un arte, oficio, o cualquier forma de trabajo manual y el salario convenido (Código del Trabajo, 2005, 16 de diciembre, Art. 157).

El tiempo de duración de un contrato de aprendizaje no podrá exceder de un año, si el trabajador es adolescente el mismo no durará más de dos

años en el caso de trabajo artesanal y seis meses en el trabajo industrial u otro tipo de trabajo.

En cuanto a la remuneración que deberá percibir el aprendiz, no podrá ser inferior a un salario básico unificado del trabajador en general, y si se trata de un aprendiz adolescente el salario no podrá ser inferior al 80 % de la remuneración que le corresponde a un adulto en este mismo tipo de contratos.

El contrato de trabajo de un aprendiz aparte de las cláusulas que contiene un contrato individual de trabajo, es imprescindible que conste los siguientes puntos.

1. La determinación del oficio, arte o forma de trabajo materia del aprendizaje, y los mecanismos de transferencia de los conocimientos al aprendiz.
2. El tiempo de duración de la enseñanza.
3. El salario gradual o fijo que ganará el aprendiz.
4. Las condiciones de manutención y alojamiento, cuando sean de cargo del empleador, y las de asistencia y tiempo que podrá dedicar el aprendiz a su instrucción fuera del taller, y, la declaración del empleador de que el aprendiz ha cumplido quince años, en el caso de adolescentes, de acuerdo con la copia de la cédula de identidad o partida de nacimiento que se adjunta al contrato.

En cuanto a la jornada de trabajo del aprendiz es la de 8 horas diarias mientras que el aprendiz adolescente labora 6 horas al día.

7.1.5.3 Jornada máxima de trabajo, los descansos y vacaciones

Para poder comprender el alcance de esta unidad es importante partir de la definición de la jornada de trabajo, para lo cual se apoyará en la definición dada por Cabanellas (1982) en su diccionario jurídico jornada de trabajo es el “número de horas que durante la semana deben completarse legalmente en las actividades laborales” (p. 169).

El límite a la jornada de trabajo es uno de los principales logros de la histórica lucha de los trabajadores, la OIT, en su primer convenio (1919), establece la duración de la jornada máxima de trabajo en el sector

industrial y, con posterioridad, lo realiza mediante Convenio N° 30 (1930) se establecen normas en el mismo ámbito para los sectores de oficina y comercio.

Para complementar el marco jurídico internacional, con respecto a la regulación de la jornada máxima de trabajo, la OIT ha promulgado diversos convenios relativos a los descansos semanales y anuales remunerados, y los más recientes han tratado del trabajo a tiempo parcial y nocturno.

El objetivo de la regulación de las jornadas de trabajo propende a garantizar un periodo de descanso al trabajador, que permita su distracción, esparcimiento, dedicación a otras actividades, espacio personal y familiar. A más de ello, resguardar su salud física y mental.

La Constitución de la República del Ecuador (2008) señala que todas las personas tienen derecho a la recreación y al esparcimiento, a la práctica del deporte y al tiempo libre (Art. 24).

Disposición concordante con lo establecido en el artículo 383, mediante el cual:

Se garantiza el derecho de las personas y las colectividades al tiempo libre, la ampliación de las condiciones físicas, sociales y ambientales para su disfrute, y la promoción de actividades para el esparcimiento, descanso y desarrollo de la personalidad. (Constitución de la República del Ecuador, 2008) el Código del Trabajo (2005, 16 de diciembre) establece la jornada máxima de trabajo con una duración de ocho horas diarias, que no exceda las cuarenta horas semanales, salvo disposición de la ley en contrario. (Art. 47) De la misma forma, contempla la regulación excepcional de la jornada de trabajo implementada en la legislación laboral por la Ley Orgánica para la Promoción del Trabajo Juvenil (2016, 28 de marzo).

Dentro de las jornadas de trabajo que contempla la norma laboral, se consideran la nocturna, suplementaria y extraordinaria, las cuales conllevan un recargo a la hora En relación con los descansos, el Código del Trabajo (2005, 16 de diciembre) establece como días de descanso forzoso los sábados y domingos; si debido a las circunstancias y a naturaleza de la actividad, no pudiere interrumpirse el trabajo en tales días, se designará otro tiempo igual de la semana para el descanso, mediante el acuerdo entre empleador y trabajadores (2005, 16 de diciembre, Art. 50).

La Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica del Servicio Público (20 de diciembre de 2016), entre otros artículos, reformó el artículo 65 del Código del Trabajo (2005, 16 de diciembre), en el que agrega el lunes y martes de carnaval a los días de descanso obligatorio.

Esta ley orgánica toma como fundamento constitucional los artículos 66 y 383, mediante los cuales se señala la obligación del Estado de garantizar a los individuos el derecho a una vida digna que asegure el descanso y el ocio; al tiempo libre y la promoción de actividades para el esparcimiento y descanso, y, a la facultad de la cual se encuentra investido el presidente de la República para dirigir la administración pública y expedir los decretos necesarios para su regulación. (Constitución de la República, 2008, Art. 147).

A más de incrementar los días de descanso obligatorio contemplados en el Art. 65 del Código del Trabajo, se añadió como tercer y cuarto incisos, los siguientes:

Cuando los días feriados de descanso obligatorio establecidos en este Código, correspondan al día martes, el descanso se trasladará al día lunes inmediato anterior, y si coinciden con los días miércoles o jueves, el descanso se pasará al día viernes de la misma semana. Igual criterio se aplicará para los días feriados de carácter local. Se exceptúan de esta disposición los días 1 de enero, 25 de diciembre y martes de carnaval.

Cuando los días feriados de descanso obligatorio a nivel nacional o local establecidos en este Código, correspondan a los días sábados o domingos, el descanso se trasladará, respectivamente, al anterior día viernes o al posterior día lunes (2016, Art. 65).

Se puede definir las vacaciones como aquel derecho del trabajador que ha cumplido un periodo mínimo de servicios continuos a favor del mismo empleador, a ser dispensado de todo trabajo durante cierto número de días consecutivos de cada año, sin que por ello deje de percibir sus remuneraciones normales (Rubio, 1999, p. 209).

Todo trabajador tendrá derecho a gozar anualmente de un periodo ininterrumpido de quince días de descanso, incluidos los días no laborables (Código del Trabajo, 2005, 16 de diciembre, Art. 69).

Las demás regulaciones en relación con las vacaciones se encuentran contenidas en los artículos del 70 al 79.

En caso de terminación de la relación laboral, si se verifica que el trabajador no ha gozado de las vacaciones correspondientes, estas deberán ser líquidas conforme lo señala el artículo 71.

7.1.5.4 Terminación del contrato individual de trabajo

La finalización de la relación laboral, constituye la terminación del vínculo de trabajo que une al empleador con el trabajador; y, que pudo haber devenido de la existencia de un contrato de trabajo suscrito entre las partes, mediante el cual se comprometen y obligan, por una parte, a prestar sus servicios y, por otra parte, a entregar una remuneración.

El Código del Trabajo (2005, 16 de diciembre) es el cuerpo legal que norma y regula la actividad laboral, estableciendo deberes, obligaciones y prohibiciones para los trabajadores y empleadores que están sujetos a cumplir, el inadvertir dichas disposiciones rompe el equilibrio de la relación existente y faculta a las partes a recurrir a cualquiera de las formas de terminación del contrato de trabajo establecidas en el artículo 169 de la norma mencionada.

Franco (2008) señala que “las relaciones laborales derivadas del contrato individual de trabajo pueden terminar: por voluntad de las dos partes, por causas ajena s a la voluntad de las partes o por voluntad de una de ellas” (p. 131).

Esta acepción es corroborada por Bustamante (2013), quien menciona:

Debemos aclarar que los contratos individuales de trabajo pueden terminar por causas legales imputables al empleador, al trabajador; incluso, cualquiera de las partes, por su propia voluntad, puede terminar el contrato previo los procedimientos previstos en la ley o por decisiones unilaterales, como es el caso de despido intempestivo o la renuncia (p. 293).

En Ecuador, las formas legales para dar por finalizado el contrato individual de trabajo están contempladas en el Código del Trabajo (2005, 16 de diciembre), en el que se señala una clasificación que abarca todas las

causas reconocidas y diferentes situaciones especiales imprevistas para extinguir la relación laboral.

El desahucio es aquel aviso previo que realiza el trabajador a su empleador dando a conocer que es su voluntad concluir la relación laboral.

La Ley Orgánica para la Justicia Laboral que entró en vigencia en abril del 2015, y fue incorporada al Código del Trabajo, trajo consigo que la figura jurídica del desahucio sea utilizada únicamente por el trabajador, quien a través de una comunicación manifestara al empleador su deseo de dar por terminada la relación laboral de dependencia obligándolo a entregar dicha comunicación con 15 de anticipación al cese definitivo de la relación laboral.

Antes de la vigencia de esta Ley Orgánica para la Justicia Laboral, el empleador también estaba facultado al cese de la relación laboral a través del desahucio, trámite de carácter administrativo cuyo conocimiento era abocado por un Inspector Provincial de Trabajo y el mismo era dado a conocer al trabajador con 30 días de anticipación a la terminación de la relación laboral de dependencia.

El Código del Trabajo (2015, 16 de diciembre) define al desahucio en los siguientes términos:

Es el aviso por escrito con el que una persona trabajadora le hace saber a la parte empleadora que su voluntad es la de dar por terminado el contrato de trabajo, incluso por medios electrónicos. Dicha notificación se realizará con al menos quince días del cese definitivo de las labores, dicho plazo puede reducirse por la aceptación expresa del empleador al momento del aviso. (Art. 184)

El propósito de este aviso anticipado es impedir que la parte empleadora de forma repentina paralice la ejecución de sus labores, lo cual se traduce en pérdidas de carácter económico (Ochoa, 1994, p. 181).

El desahucio conlleva el pago de una bonificación en consideración al tiempo de servicios prestados, en las condiciones señaladas en el artículo 185 del Código del Trabajo (2005, 16 de diciembre)

7.1.6. Contrato Colectivo de Trabajo

7.1.6.1 Derecho colectivo del trabajo, definición, naturaleza jurídica, características

Estimado/a estudiante, reforcemos sus conocimientos acerca del derecho colectivo

7.1.6.1.1. Definición

Al respecto el Dr. Julio César Trujillo (s/f) manifiesta: “es la parte del Derecho del Trabajo que con sus principios, normas e instituciones propias regula la constitución, funcionamiento y actividades de las asociaciones profesionales; la celebración, contenido y efectos de los contratos colectivos; la prevención y solución de los conflictos colectivos, y la facultad y modalidad del derecho de los trabajadores a participar en la gestión de la empresa y en la vida nacional”.

El profesor Rafael Calera al hablar de Derecho Colectivo expresa que: “es una sistematización diferente, aborda al contrato colectivo como fuente del derecho, y separadamente trata del derecho sindical y de los conflictos colectivos del trabajo”.

7.1.6.1.2 Naturaleza Jurídica

- Sobre la naturaleza jurídica del Derecho Laboral Colectivo, Viteri (2008) expresó que este mantiene la misma naturaleza jurídica del Derecho del Trabajo, por cuanto: “participa de su naturaleza jurídica y también de las discusiones que en torno a esta cuestión mantienen los autores”. (p. 44).
- Cabanellas (2001) ubicó al Derecho Laboral Colectivo dentro del Derecho Público, fundamentando su punto de vista en las siguientes consideraciones: (i) que se trata de un derecho de los trabajadores y de los empleadores frente al Estado, así también de un “derecho de los asalariados, como grupo o clase, frente a los empresarios.” (ii) la existencia de las asociaciones profesionales legales, con la personalidad jurídica y gremial del caso, existen sujetándose a una regulación de los poderes públicos, que son los que deben resolver sobre el reconocimiento de estas entidades, así como también son los que tienen competencia privativa para resolver acerca de

la legalidad o prohibición -con la punibilidad correspondiente- de medidas laborales de fuerza. (p. 12).

- Aquellos autores que ubican al Derecho Laboral Colectivo dentro del Derecho Privado, sostienen que los contratos colectivos de trabajo, así como los laudos con los que se solucionan los conflictos colectivos, aun cuando sea con cierta “intervención decisoria de las autoridades administrativas”, repercuten en las relaciones.
- Se puede concluir que el Derecho Laboral Colectivo tiene una naturaleza jurídica sui generis, por cuanto resulta muy difícil ubicarlo ya sea dentro del Derecho Público o del Derecho Privado.

7.1.6.1.3 Características

- Especial y autónomo
- Intangibilidad de derechos
- Interpretación favorable al trabajador
- Libertad de asociación
- Derecho de protección y tutela
- Normativas imperativas de cumplimiento obligatorio

7.1.6.2 Principios particulares del derecho laboral colectivo

Es imprescindible que para este efecto sea necesario tomar en cuenta la irrenunciabilidad de los derechos de la estabilidad, del in dubio pro operario, de la primacía de la realidad, de la igualdad, la no discriminación, de la progresividad, de la intangibilidad y la no regresividad; como principios fundamentales del Derecho Laboral, aunque hay que tomar muy en cuenta que los trabajadores organizados están en mejor situación para negociar mediante los contratos colectivos las condiciones laborales, así como sus derechos y beneficios, que por ningún motivo pueden ser desmejorados, ni aun por la suscripción de actas transaccionales, fallos de los Tribunales de Conciliación y Arbitraje, ni ningún otro instrumento jurídico; por cuanto el suscribir documentos que atenten contra expresa norma constitucional o legal carecen de valor efectivo y, por lo tanto, pueden ser impugnados ante las autoridades administrativas o judiciales.

Por consiguiente, mediante el derecho colectivo, se crean instrumentos cuya eficacia deriva del número de trabajadores, de la disciplina, de la organización técnica y administrativa de la organización.

-Principios particulares del Derecho Laboral Colectivo

En consecuencia, el derecho colectivo del trabajo es un mecanismo efectivo con que cuentan los trabajadores para la autoprotección frente a eventuales abusos por parte de los empleadores, toda vez que los trabajadores deben hacer un frente común para la defensa de sus intereses; todo esto mediante las garantías propias de un Estado de derechos y de justicia.

El derecho laboral colectivo genera principios especiales propios de este, porque contiene derechos y obligaciones derivados de los hechos o acciones sindicales que estas son Constitución de la República, mandatos constituyentes, instrumentos internacionales, Declaración Universal de los Derechos Humanos, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Convenios y Recomendaciones de la OIT; Código de Trabajo, Contratos Colectivos, Fallos de los Tribunales de Conciliación y Arbitraje, actas transaccionales, estatutos de las organizaciones profesionales.

7.1.6.3 Contrato colectivo

Estimado/a estudiante, continuemos con el aprendizaje acerca del contrato colectivo

7.1.6.3.1 Antecedentes

- El desarrollo de la contratación colectiva estuvo íntimamente ligado al avance de los sindicatos y del sindicalismo que, tras centenarias luchas, se impusieron como instancias de defensa de los derechos de los trabajadores organizados.
- Los sindicatos estuvieron prohibidos por la ley y sus impulsores fueron implacablemente perseguidos, los primeros sindicatos fueron clandestinos.
- Los obreros, venciendo todas las prohibiciones legales y las resistencias patronales, se coaligaron en defensa de sus intereses.
- Desde el momento en que se admitió la legitimidad de las uniones que forman entre sí los trabajadores y, por lo mismo, se trató de regular las relaciones y actos jurídicos en que ellas intervienen nació el Derecho Colectivo del Trabajo.

- El Derecho Colectivo del Trabajo nació, pues, manifiestamente y sus instituciones fueron estudiadas como fenómenos políticos, sociológicos y económicos antes que jurídicos.
- La Contratación Colectiva de Trabajo surge en el Ecuador con la expedición del Código del Trabajo expedido mediante Decreto Supremo No. 210 de 5 de agosto de 1938.

7.1.6.3.2 Definición

Código del Trabajo

Contrato o pacto colectivo es el convenio celebrado entre uno o más empleadores o asociaciones empleadoras y una o más asociaciones de trabajadores legalmente constituidas, con el objeto de establecer las condiciones o bases conforme a las cuales han de celebrarse en lo sucesivo, entre el mismo empleador y los trabajadores representados por la asociación contratante, los contratos individuales de trabajo determinados en el pacto.

El contrato colectivo ampara a todos los trabajadores de una entidad o empresa sin ningún tipo de discriminación sean o no sindicalizados.

O.I.T

Todo acuerdo escrito relativo a las condiciones de trabajo y de empleo, celebrado entre un empleador, un grupo de empleadores y una o varias organizaciones de empleadores, por una parte; y, por otra parte, una o varias organizaciones representativas de trabajadores, o en ausencia de tales organizaciones, representantes de los trabajadores interesados, debidamente elegidos y autorizados por estos últimos, de acuerdo a la legislación nacional.

Doctrina

GUILLERMO CABANELAS

Es el suscrito, con uno o más patronos, por una entidad laboral, esto es, por un sindicato o grupo de obreros, para facilitar ocupación remunerada a los trabajadores afiliados.

JULIO CÉSAR TRUJILLO

Es el convenio escrito mediante el cual uno o más empleadores o asociaciones de empleadores, establecen derechos y obligaciones recíprocas y las condiciones de trabajo que han de regular las relaciones laborales o los contratos individuales de trabajo en la empresa o empresas para las cuales se celebró.

7.1.6.4 Contenido

1. Las horas de trabajo;
2. El monto de las remuneraciones;
3. La intensidad y calidad del trabajo;
4. Los descansos y vacaciones;
5. El subsidio familiar; y,
6. Las demás condiciones que estipulan las partes.

7.1.6.5 Duración

1. Por tiempo indefinido
2. Por tiempo fijo
3. Por el tiempo de duración de una empresa o de una obra determinada

7.1.6.6 Revisión, suspensión y terminación del contrato colectivo

La revisión del contrato colectivo constituye un acto de someter un instrumento legal a un nuevo examen para corregirlo, enmendarlo, o repararlo. Por tanto, consiste en reformar total o parcialmente los términos del contrato con la finalidad de ponerlo acorde a las nuevas circunstancias y exigencias económicas y sociales de la empresa y de la sociedad en general. Al término del plazo, o cada dos años, a propuesta por el empleador o por el trabajador. El artículo 248 del Código del Trabajo (2005, 16 de diciembre) establece las reglas para la previsibilidad de todo contrato colectivo.

En los pactos colectivos deberán estipularse si los efectos del contrato pueden ser suspendidos temporalmente por causas no previstas ni imputables al empleador, tales como la falta de materiales o de energía necesaria para la actividad de la explotación, huelgas parciales que pueden repercutir en el trabajo y otras análogas, debiendo además determinarse,

en caso de que se admita la suspensión del contrato, el tiempo máximo que ésta pueda durar y si el trabajador dejará o no de percibir su remuneración.

Los contratos o pactos colectivos terminan por las causas fijadas en los numerales 1, 2, 3, 4 y 6 del artículo 169 del Código del Trabajo.

1. Por las causas legalmente previstas en el contrato
2. Por acuerdo de las partes
3. Por la conclusión de la obra, período de labor o servicios objeto del contrato
4. Por muerte o incapacidad del empleador o extinción de la persona jurídica contratante, si no hubiere representante legal o sucesor que continúe con la empresa o negocio.
5. Por caso fortuito o fuerza mayor. (2015, 16 de diciembre, Art. 169)

También terminan por disolución o extinción de la asociación contratante, cuando no se constituya otra que tome a su cargo el contrato celebrado por la anterior.

7.1.6.7 Conflictos laborales colectivos

Para Cabanellas (1993) el conflicto colectivo de trabajo constituye “la oposición o pugna manifestada entre un grupo de trabajadores y uno o más patronos” (p. 69).

La Constitución de la República (2008), en su artículo 326, cuando se refiere a los conflictos colectivos define la vía procesal y de procedimiento al enunciar:

Art. 326.- El derecho al trabajo se sustenta en los siguientes principios: [...]

12. Los conflictos colectivos de trabajo, en todas sus instancias, serán sometidos a tribunales de conciliación y arbitraje.

Los conflictos colectivos de trabajo que se presentan entre la parte empleadora y trabajadora, por lo general, son el resultado de divergencias de diversa índole que han permanecido sin resolverse por la vía del diálogo y el consenso, en un ambiente influenciado por múltiples factores e intereses. Atendiendo a estas circunstancias, la legislación ecuatoriana establece las vías procesales y el procedimiento que ha de aplicarse para orientar el tratamiento y resolución de los conflictos colectivos.

Causas de los conflictos colectivos:

- Pugna por la distribución del poder en la empresa.
- Deseo de participar de las riquezas en virtud del trabajo.
- Periodos de depresión económica y situaciones inflacionarias.
- Decisiones y actuaciones arbitrarias del empleador.
- Negativa a la aceptación de organizaciones sindicales.
- Ciertas normas legales discriminatorias.

¿Cómo se solucionan los conflictos colectivos?

A partir del artículo 468 se señala el procedimiento para la solución de los conflictos colectivos.

De conformidad a lo señalado, se debe recurrir a los tribunales de conciliación y arbitraje, la base constitucional y legal se la encuentra en el artículo 326, numeral 12 de la Constitución de la República del Ecuador, y en el artículo 567 del Código del Trabajo, que de manera textual señala lo siguiente: “Art. 567.- Atribuciones de los Tribunales de Conciliación y Arbitraje.- Los tribunales de conciliación y arbitraje, en primera y segunda instancia, tendrán las atribuciones determinadas en el Capítulo De los Conflictos Colectivos” (2005, 16 de diciembre).

Estimados estudiantes: una vez que hemos terminado el análisis de la séptima unidad se lo invita a participar activamente de la siguiente actividad.



Actividades de aprendizaje recomendadas

- Realice una infografía con la temática “Elementos esenciales del Contrato Individual de Trabajo”

Finalmente, es importante afianzar los conocimientos adquiridos en la presente unidad, por lo que le motivó a contestar la siguiente autoevaluación:



Autoevaluación 7

A. Lea con atención cada uno de los enunciados que se presentan a continuación y seleccione la única respuesta correcta.

1. Complete

El contrato individual de trabajo constituye una institución jurídica del derecho laboral, ya que establece la relación entre empleador y trabajador, los mismos que se obligan, por una parte, el trabajador a la prestación de sus servicios lícitos y personales, y, por otra parte, el empleador quien está obligado a cancelar una remuneración mensual.

- a. jurídica, empleador, trabajador, obligado
- b. normativa, Estado, trabajadores, facultado
- c. jurídica, empleador, trabajador, facultado

2. Especifique, ¿cuáles son los elementos esenciales del Contrato Individual de Trabajo?

- a. Voluntad de las partes, prestación de servicios lícitos y personales, remuneración.
- b. Subordinación, remuneración, voluntad de las partes.
- c. Remuneración, causa lícita, voluntad de las partes.
- d. Prestación de servicios lícitos y personales, subordinación, remuneración.

3. ¿Cuál de las siguientes opciones son características del Contrato Individual de Trabajo?

- a. Bilateral, oneroso, nominado, consensual.
- b. Unilateral, oneroso, consensual, principal.
- c. De trato sucesivo, nominado, bilateral, personalísimo.

4. Conforme se desprende de la definición del contrato individual de trabajo y tal cual se encuentra plasmado en el Código del Trabajo, el trabajador La persona que se oferta voluntariamente a la prestación del servicio o a la ejecución de la obra se denomina trabajador, y puede ser empleado u obrero.
- Verdadero
 - Falso
5. ¿Cuál de las siguientes opciones no es una prohibición al empleador, de conformidad con el Art. 44 del Código del Trabajo?
- Imponer multas que no estén en el Reglamento Interno legalmente aprobado.
 - Cobrar al trabajador intereses, por anticipos.
 - Retener más del 5% de la remuneración por multa.
 - Cometimiento o autorización de actos de acoso laboral.
6. De la clasificación del Contrato Individual de Trabajo, por su tiempo de duración, ¿cuál de las siguientes opciones no es la correcta?
- Por tiempo indefinido.
 - De temporada.
 - De plazo fijo.
 - Eventual.
7. Conforme a lo establecido en la Terminación del Contrato Individual de Trabajo, el trabajador, ¿con qué tiempo de anticipación debe presentar el desahucio a su empleador?
- 30 días.
 - 15 días.
 - 45 días.
8. ¿Cuál de las siguientes opciones, no es una característica del contrato colectivo?
- Único y autónomo.
 - Intangibilidad de derechos.
 - Interpretación favorable al empleador.
 - Normativas imperativas de cumplimiento facultativo.

9. ¿Cuál de los siguientes no es un principio fundamental del derecho laboral colectivo?
- In dubio pro operario.*
 - Primacía de la realidad.
 - Tangibilidad de derechos.
 - La no discriminación.
10. De las siguientes formas de duración del Contrato Colectivo, seleccione la opción incorrecta.
- Por tiempo indefinido.
 - Por tiempo fijo.
 - Por temporada.
 - Por el tiempo de duración de una empresa o de una obra determinada.

[Ir al solucionario](#)

¿Dio respuesta a la autoevaluación? Sí, ¿Cuántas preguntas acertó y cuántas no? Revise las preguntas donde no acertó. Ahora, luego de esta nueva revisión compártelas en la parte denominada solucionario, para que retroalimente esta actividad, a fin de reforzar sus conocimientos y mejorar en sus estudios.



Actividades finales del bimestre



Semana 8

¡Bienvenido!

Continuemos con el aprendizaje mediante su participación en las actividades que se describen a continuación:



Actividades de aprendizaje recomendadas

Haciendo uso de mapas conceptuales, lluvia de ideas, la construcción de gráficos y cuadros o la resolución de problemas, realice un estudio pormenorizado de los contenidos de la Unidad 1: Derecho Civil: Sujetos de Derechos Unidad 2: Derecho Civil: Bienes, Dominio Posesión Uso Goce y Limitaciones, Unidad 3: Derecho Civil: Sucesión por causa de muerte; Unidad 1: Derecho Civil: Obligaciones y contratos; Unidad 5: Derecho Procesal; Unidad 6 Introducción al derecho y Filosofía de Derecho, y, Unidad 7 de Derecho Laboral.

Vuelva a revisar actividades de aprendizaje recomendadas, las virtuales que se han dado a lo largo de todo el primer bimestre y las autoevaluaciones de las unidades, lo que le permitirá reforzar sus conocimientos en estas ramas especializadas del Derecho; y, con ello, se encontrará listo para rendir su evaluación presencial del primer bimestre.

Desde ya le deseo éxito en su evaluación presencial del primer bimestre, ya que usted se ha esforzado con dedicación y esmero para llegar a este momento.

¡Felicitaciones! Usted ha culminado el primer bimestre.

Resultado de aprendizaje 1



Segundo bimestre

- Desempeña la representación legal con pleno conocimiento y experticia en los ámbitos del Derecho Civil, Derecho Procesal, Derecho Administrativo, Derecho Constitucional, Derecho Laboral y Derecho Penal y demás ramas relevantes del campo profesional.

Dentro del segundo bimestre corresponde realizar un repaso de los contenidos que revisó dentro la asignatura Prácticum 4.1 examen complexivo y Prácticum 4.2 examen complexivo, centrando la atención en temas relevantes como: Derecho Constitucional, Derecho Administrativo, Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Derecho Civil, Derecho Procesal, Introducción al Derecho, Filosofía Derecho y Derecho Laboral, esto le permitirá revisar los contenidos para su examen complexivo.

¡Le deseo éxito en este nuevo bimestre!

¡Empecemos!

Contenidos, recursos y actividades de aprendizaje



Semana 9

DERECHO CONSTITUCIONAL Y DERECHO ADMINISTRATIVO

Derecho Constitucional

En esta semana, usted realizará una actividad de aprendizaje no evaluable; que le permitirá prepararse para rendir su examen complexivo oral.

Es importante que revise cada uno de los contenidos de la **Unidad 1 de Derecho Constitucional** que en su momento revisamos en el **Prácticum 4.1 Examen complexivo**.

Dentro de Derecho Constitucional usted centrará su atención en temas como: Elementos constitutivos del Estado, Participación y organización del poder, Régimen de Desarrollo y Régimen del Buen Vivir. Tenga presente que sobre estos contenidos usted será evaluado en el examen complejivo oral.

Recuerde:



Realice una lectura comprensiva de la **Constitución de la República del Ecuador** para que refuerce los contenidos de cada uno de los temas.

Ahora, le propongo realizar las siguientes actividades:



Actividades de aprendizaje recomendadas

Para poner en práctica los contenidos estudiados en la Unidad 1 Derecho Constitucional, del Prácticum 4.1, usted deberá realizar actividades que se han planteado para el dominio de las normas constitucionales.

1. Revise los videos que se han colocado a lo largo de toda la Unidad 1 de Derecho Constitucional (Prácticum 4.1), estos sin duda le permitirán el dominio sobre los temas propuestos.
2. Elabore un cuadro sinóptico de la clasificación de las garantías jurisdiccionales.
3. Elabore un cuadro sinóptico sobre las funciones del Estado, donde conste su estructura orgánica, sus atribuciones o funciones y demás características que se detallan en la tabla 4 de la guía didáctica de la asignatura Prácticum 4.1.
4. Elabore un esquema de llaves o mapa mental sobre los gobiernos autónomos descentralizados y regímenes especiales, donde consten su nivel de gobierno, circunscripción territorial y competencias a su cargo.
5. Elabore un mapa mental sobre los contenidos estudiados en el régimen de desarrollo y régimen del buen vivir, en el cual consten sus principales características.

6. Elabore un cuadro comparativo de los diferentes procedimientos para reformar la Constitución.
7. Lea detenidamente cada uno de los apartados de los temas a revisar sobre Derecho Constitucional.
8. Elabore cuadros sinópticos sobre los temas que considere que sean difíciles para la comprensión de los temas en cuestión pues ellos serán evaluados en el examen complexivo oral.
9. Revisar las autoevaluaciones de la Unidad 1 sobre Derecho Constitucional en la guía didáctica de Prácticum 4.1.



Recuerde:

Revisar constantemente cada una de las actividades de aprendizaje antes señaladas para que refuerce sus conocimientos en los contenidos ahí propuestos.

Derecho Administrativo

En esta semana es importante que realice un estudio pormenorizado de los contenidos de la Unidad 2. Derecho Administrativo de la asignatura de Prácticum 4.1.

Dentro de **Derecho Administrativo**, usted centrará su atención en temas referentes a: **Administración Pública, formas jurídicas administrativas e impugnación en sede administrativa**; recuerde que estos contenidos son los que se evaluarán en el examen complexivo oral.



Recuerde:

*Realizar una lectura comprensiva de la **Constitución de la República del Ecuador** y el **Código Orgánico Administrativo**, para que refuerce los contenidos de cada uno de los temas antes señalados.*

Para la profundización de estos contenidos le invito a desarrollar las siguientes actividades:



Actividades de aprendizaje recomendadas

1. Redacte una definición personal de lo que entiende por Administración Pública.
2. ¿Por qué son importantes los principios para el desarrollo de la Administración Pública ecuatoriana?
3. ¿Por qué se considera al principio de juridicidad como el más relevante de todos?
4. ¿Considera usted que las autoridades públicas recurren diariamente a estos principios para sustentar sus decisiones?
5. Elabore un esquema de llaves sobre los principios que rigen a la Administración Pública ecuatoriana donde consten sus principales características.
6. Elabore un resumen sobre las actuaciones administrativas, donde consten sus ideas sobre cada una de estas actuaciones.
7. Revisar las autoevaluaciones de la Unidad 2 Derecho Administrativo en la guía didáctica de Prácticum 4.1.

Recuerde:



La revisión constante de cada una de estas actividades de aprendizaje le servirán para mejorar y profundizar en los conocimientos adquiridos hasta el momento; de tal forma que, pueda prepararse de la mejor manera para el examen complejivo oral.

*Esta semana tuvo la oportunidad de profundizar y reforzar los conocimientos sobre **Derecho Constitucional** y **Derecho Administrativo**, por ello, le motivo a seguir adelante en sus estudios con seguridad y confianza.*

¡Desde ya le deseo éxito!



DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL

¡Bienvenido a una nueva semana de clases!

Para la semana 10 continuaremos con el estudio de los contenidos referentes a **Derecho Penal y Procesal Penal**, por lo cual es importante que profundice la lectura de dichos contenidos en el **Código Orgánico Integral Penal** y la guía didáctica de Prácticum 4.1. Otra opción recomendada es acudir a otras fuentes de la literatura jurídica nacional, puesto que existen amplios estudios en la materia por parte de grandes exponentes ecuatorianos.

Dentro de **Derecho Penal** revise los contenidos relacionados a: **delito; la acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad en la teoría del delito, y, agravantes y atenuantes.**

En cambio, en **Derecho Procesal Penal**, revise los siguientes contenidos: **principios procesales, jurisdicción y competencia, acción penal, sujetos procesales, medios de prueba, medidas cautelares y de protección, procedimiento y recursos.**

Para lograr un dominio de los contenidos antes mencionados, le propongo realizar las siguientes actividades:

Ahora, le propongo realizar las siguientes actividades:



Actividades de aprendizaje recomendadas

1. Elabore un mapa mental sobre el delito y el acto, donde destaque sus principales elementos, características e ideas sobre los mismos.
2. Elabore un esquema de llaves que contenga las principales características e ideas personales sobre la tipicidad y Antijuricidad.
3. Elabore un mapa mental sobre la culpabilidad donde se destaque sus principales características, así como las ideas del video presentado y sus ideas personales.

4. Revise los esquemas del apartado 3.6 del Compendio de Derecho Público y frente a circunstancia atenuantes y agravantes, coloque un ejemplo de la misma.
5. Complete la tabla 14 (Guía didáctica Prácticum 4.1 Examen complexivo) referente a las garantías y principios rectores del proceso penal con aportes consultados de la literatura jurídica existente y sus ideas productos de la lectura del Código Orgánico Integral Penal.
6. Elabore un mapa mental sobre la jurisdicción y competencia en materia penal donde describa sus principales características y señala varios ejemplos.
7. Elabore un esquema de llaves sobre la acción penal, sus clases, extinción, prescripción, denuncia y acusación particular.
8. Redacte un resumen sobre los sujetos procesales donde identifique sus principales características.
9. Elabore un mapa mental sobre los medios de prueba.
10. Completar la tabla 20 (Guía didáctica Prácticum 4.1. Examen complexivo) sobre medidas cautelares y de protección con sus comentarios personales sobre los diferentes tipos de medidas.
11. Elabore un esquema sobre las normas generales del procedimiento penal, en el cual constan sus principales características.
12. Elabore un mapa mental sobre la fase y cada etapa del procedimiento penal ordinario.
13. Complete los flujogramas de los recursos en materia procesal penal con las ideas que considere relevantes para describirlos.

Importante:



Revise los contenidos de la **Unidad 3 Derecho Penal, y, Unidad 4 de Derecho Procesal Penal** de la Guía didáctica Prácticum 4.1. Examen complexivo, ya que le serán de mucha utilidad en la preparación para su examen complexivo oral.

Esta semana tuvo la oportunidad de profundizar y reforzar sus conocimientos sobre Derecho Penal y Derecho Procesal Penal, por ello, le motivó a continuar adelante en sus estudios.

¡Felicitaciones! Ha realizado un excelente trabajo reforzando los contenidos en Derecho Penal y Derecho Procesal Penal.

Tome un breve descanso que retomaremos nuevamente clases la siguiente semana con los contenidos de Derecho Civil y Derecho Procesal.



Semana 11

DERECHO CIVIL Y DERECHO PROCESAL

¡Le doy la más cordial bienvenida a esta nueva semana de clases!

*Espero que se encuentre con mucho ánimo para seguir con su preparación para el examen complexivo. En esta semana enfocará sus esfuerzos en el estudio de varios contenidos relacionados con el **Derecho Civil** y **Derecho Procesal**, los cuales requieren de toda su concentración para poderlos comprender.*

¡Prosigamos!

Derecho Civil

Para el estudio de **Derecho Civil (Sujetos de derechos, bienes, dominio, posesión, uso goce y limitaciones, sucesión por causa de muerte, obligaciones y contratos)** es importante que realice una lectura comprensiva de estos contenidos en el **Código Civil** ecuatoriano. Puede acudir a otras fuentes doctrinarias o de consulta que le permitan aclarar alguno de los temas que serán evaluados en el examen complexivo oral.

Para la profundización de estos contenidos le invito a desarrollar las siguientes actividades:



Actividades de aprendizaje recomendadas

1. Mediante un mapa conceptual establezca la clasificación de las personas naturales y jurídicas como también su inicio y fin de la existencia legal.
2. Mediante un cuadro sinóptico conceptualice y señale las principales características de las diferentes instituciones jurídicas que usted aprendió en el segundo libro del Código Civil ecuatoriano.
Mediante un diagrama de flujo explique detalladamente el procedimiento para recibir la herencia cuando:
El causante no ha dispuesto de sus bienes, cuando habiendo el causante dispuesto de su patrimonio, no lo hizo conforme a derecho y a pesar de haber dispuesto de sus bienes conforme a derecho, no surten efecto.
3. En un mapa mental conceptualice cada una de las instituciones jurídicas que usted aprendió en esta unidad e indique sus principales características de cada una de ellas.
4. Revisar las autoevaluaciones de la Unidad 1. Unidad 2, Unidad 3, Unidad 4 y Unidad 5 de la asignatura.

¡Excelente trabajo! Siga adelante en sus estudios.

Derecho Procesal

En esta semana también revisaremos los contenidos de la Unidad 5. Derecho Procesal de la asignatura Prácticum 4.2.

Dentro de **Derecho Procesal**, usted deberá centrar su atención en temas referentes a: **principios generales del proceso, competencia, sujetos procesales, actividades procesales, actividad procesal, y los actos proposición**; recuerde que estos contenidos son los que se evaluarán en el examen complexivo oral.

Recuerde:



Realice una lectura comprensiva de la **Constitución de la República del Ecuador y del Código General de Procesos**, para que refuerce cada uno de los contenidos antes expuestos.

Para lograr una comprensión de este bloque de contenidos, desarrolle las siguientes actividades:



Actividades de aprendizaje recomendadas

1. Elabore un esquema de columnas de cada principio procesal revisado, en donde pueda definir a cada uno de manera muy concreta y breve.
2. Realice un esquema de barras en que plasme las ideas principales, secundarias y otros detalles sobre lo estudiado en este tema.
3. Elabore un mapa mental sobre las partes procesales, su capacidad procesal y los tipos de representaciones reconocidas dentro del proceso.
4. Elabore un resumen sobre las providencias judiciales donde consten sus características y sus propias ideas sobre cómo comprender a cada una de estas.
5. Elabore una demanda en la que su pretensión sea fijar una pensión de alimentos para un menor, considerando que el sueldo del alimentante es de \$800,00 mensuales.

Esta semana tuvo la oportunidad de profundizar y reforzar los conocimientos sobre Derecho Civil en temas como: **Sujetos de derechos, bienes, dominio, posesión, uso goce y limitaciones, sucesión por causa de muerte, obligaciones y contratos**; y, Derecho Procesal con contenidos como: **Principios generales del proceso, competencia, sujetos procesales, actividades procesales, actividad procesal, y los actos proposición**. Tenga presente que los mismos serán evaluados en el examen complejivo oral.

Recuerde:



Lea detenida y comprensivamente los contenidos de la Unidad 1, Unidad 2, Unidad 3, Unidad 4 y Unidad 5 de esta asignatura, para que usted logre un mayor dominio sobre los mismos.

¡Muy buen trabajo!

Hemos culminado una nueva semana de estudios.

Nos vemos la próxima semana con nuevos contenidos a estudiar.



Semana 12

INTRODUCCIÓN AL DERECHO Y FILOSOFÍA DEL DERECHO Y DERECHO LABORAL

¡Bienvenido a la decimosegunda semana de clases!

Espero se encuentre con mucho ánimo para culminar con éxito las dos últimas unidades de la asignatura del Prácticum 4.2, las cuales están relacionadas con el estudio de importantes temas como lo son Introducción al Derecho, Filosofía del Derecho y Derecho Laboral, cuyos contenidos requieren de toda su concentración para poderlos comprender debido a la complejidad que pudiesen presentar.

¡Continuemos!

Introducción al Derecho y Filosofía del Derecho

Dentro de **Introducción al Derecho** revise los contenidos relacionados a: **fuentes del derecho y teoría de la interpretación jurídica**; mientras que, en **Filosofía del Derecho**, deberá estudiar los siguientes contenidos: **iusnaturalismo y iuspositivismo**.

Para lograr una mejor comprensión de los contenidos antes expuestos, es necesario que realice las siguientes actividades:



Actividades de aprendizaje recomendadas

1. Elabore un cuadro sinóptico de la clasificación de las garantías jurisdiccionales.
2. Elabore un cuadro sinóptico de la clasificación de las Fuentes del Derecho.
3. Elabore un mapa mental sobre los contenidos estudiados relacionados con las Teorías de Aplicación e Interpretación Jurídica, en el cual consten sus principales características.
4. Elabore un cuadro comparativo de los métodos de interpretación jurídica.
5. Para reforzar sus conocimientos le propongo contestar estas preguntas:
¿De dónde se remonta el origen de la Filosofía del Derecho?
¿Cuál fue la relación de las matemáticas y la filosofía que sostenía Pitágoras?
¿Puede indicar la influencia del cristianismo en la filosofía del Derecho en la alta Edad Media?
6. Elabore un esquema de llaves sobre escuelas filosóficas positivistas más importantes del s. XIX y S. XX, donde consten sus principales características.
7. Elabore un esquema de llaves que contenga las principales características e ideas personales sobre el derecho positivo y el derecho natural.

Es importante que revise y profundice la lectura de los contenidos de la **Unidad 6 de Introducción al Derecho y Filosofía del Derecho** estudiados durante el primer bimestre. Adicionalmente, puede consultar en otras fuentes bibliográficas que le permitan comprender de la mejor manera estos contenidos, ya que serán objeto de evaluación en el examen complejivo oral.

Derecho Laboral

Dentro de **Derecho Laboral**, usted deberá revisar los contenidos relacionados a: **contrato individual de trabajo y contrato colectivo de trabajo.**

Recuerde:



Realice una lectura comprensiva de estos contenidos en el **Código del Trabajo**, para reforzar los conocimientos adquiridos en la misma.

Seguidamente, le propongo realizar las siguientes actividades:



Actividades de aprendizaje recomendadas

1. Realice una infografía con la temática “Elementos esenciales del Contrato Individual de Trabajo”.
2. Elabore un esquema sobre la clasificación de los contratos laborales.
3. Elabore un esquema sobre el despido intempestivo y el visto bueno.
4. Realice una infografía sobre el contrato colectivo de trabajo.

¡Muy buen trabajo!

Hemos culminado una nueva semana de estudios reforzando los contenidos para el examen complejivo. Le animo a seguir adelante en sus estudios con todo el ánimo, dedicación y concentración.



Semana 13

Revisión de los contenidos de la asignatura de Prácticum 4.1. y Prácticum 4.2

¡Le doy la bienvenida a esta nueva semana de clases!

*En la presente semana usted deberá revisar los contenidos relacionados con **Prácticum 4.1. Examen complejivo (Derecho Constitucional, Derecho Administrativo y Derecho Penal y Procesal Penal)** y **Prácticum 4.2 Examen***

Complexivo (Derecho Civil, Derecho Procesal, Introducción al Derecho, Filosofía del Derecho y Derecho Laboral) con miras a rendir su examen complexivo oral en las siguientes semanas. Desde ya le deseo éxito en sus estudios y, le motivó a dar su último esfuerzo para lograr la meta de convertirse en Abogado.

¡Sin demora avancemos!

En la presente semana usted debe prepararse para rendir el examen complexivo oral, mediante una revisión pormenorizada de los contenidos que ha venido estudiando en este último año dentro de las asignaturas Prácticum 4.1 y 4.2.

Para cumplir esta finalidad, le sugiero revisar el temario del examen complexivo, así como de cada uno de los siguientes contenidos:

Prácticum 4.1 Examen complexivo:

- **Derecho Constitucional:** Concentre su atención en estudiar: **Los elementos constitutivos del Estado, Participación y organización del poder, Régimen de Desarrollo y Régimen del Buen Vivir.**
- **Derecho Administrativo:** Revise comprensivamente lo relacionado a: **Administración Pública, formas jurídicas administrativas e impugnación en sede administrativa.**
- **Derecho Penal:** Los contenidos que debe estudiar son: **Delito; la acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad en la teoría del delito; y, agravantes y atenuantes.**
- **Derecho Procesal Penal:** Estudie los contenidos relacionados con: **Principios procesales, jurisdicción y competencia, acción penal, sujetos procesales, medios de prueba, medidas cautelares y de protección, procedimiento y recursos.**

Prácticum 4.2 Examen complexivo:

- **Derecho Civil:** Concentre su atención en estudiar temas como: **Sujetos de derechos, bienes, dominio, posesión, uso, goce y limitaciones, sucesión por causa de muerte, obligaciones y contratos.**

- **Derecho Procesal:** Estudie comprensivamente temas referentes a: **Principios generales del proceso, competencia, sujetos procesales, actividades procesales, actividad procesal y los actos de proposición.**
- **Introducción al Derecho:** Revisar los contenidos relacionados a: **Fuentes del derecho y teoría de la interpretación jurídica.**
- **Filosofía del Derecho:** Donde centrará sus esfuerzos en estudiar. **El iusnaturalismo y el iuspositivismo.**
- **Derecho Laboral:** Donde revisará temáticas relacionadas con: **Contrato individual de trabajo y contrato colectivo de trabajo.**

Tenga presente que usted se encuentra en plena libertad para hacer uso de la técnica de estudio que mejor se ajuste a sus necesidades y ritmo de trabajo. Por otra parte, es importante que revise las actividades de aprendizaje recomendadas, cuya finalidad es resumir los diferentes contenidos estudiados durante esta preparación para el examen complexivo oral.

Por ello, vuelva a estudiar cada uno de los esquemas, cuadros sinópticos, resúmenes, etc. con la finalidad de agregar nuevas ideas que refuerzen sus conocimientos; y, de esta manera, rinda un exitoso examen complexivo oral.

Finalmente, resuelva las diferentes autoevaluaciones de las guías didácticas de las asignaturas Prácticum 4.1 y 4.2. Para que vaya midiendo sus avances y los puntos donde debe mejorar en sus estudios.

Recuerde:



Revisar los artículos de la **Constitución de la República del Ecuador**, **Código Orgánico Administrativo**, **Código Integral Penal**, **Código Civil Ecuatoriano**, **Código General de Proceso**, **Código del Trabajo**, puesto que, sobre ellos versará el examen complexivo oral.

¡Éxito en sus estudios!

¡Nos vemos la siguiente semana!



Examen complexivo oral

¡Sea bienvenido a otra semana de clases!

Según la planificación académica de la asignatura, esta semana usted rinde su examen complexivo oral, por lo que es importante que revise el temario del examen complexivo y los contenidos de las asignaturas de Prácticum 4.1 Examen Complexivo y Prácticum 4.2 Examen Complexivo, pero, sobre todo, las disposiciones legales referentes a los mismos. Desde ya le deseo éxito en esta evaluación oral.

Tenga presente que el examen complexivo oral, posee una gran cantidad de contenidos y requiere mucha concentración de su parte para poder rendir, es por ello que, es necesario dejar su consideración una serie de pautas durante el desarrollo de la misma.

¡Sigamos adelante!

Recuerde que su examen complexivo oral se asemeja a lo que se conoce comúnmente como grado oral, por tal motivo, es público e implica ciertas consideraciones que son:

Su finalidad es **demostrar** su preparación en los contenidos estudiados en este último año y el dominio sobre la normativa ecuatoriana en materia constitucional, administrativa, penal y procesal penal, civil y procesal, introducción al derecho, filosofía del derecho y derecho laboral.

La **defensa** de su examen complexivo oral es un momento importante en la culminación de sus estudios universitarios, por ello, que tenga en consideración las siguientes recomendaciones:

- Repase en casa cada uno de los contenidos que se les han dado a lo largo del Prácticum 4.1 Examen Complexivo y Prácticum 4.2 Examen Complexivo recuerde que el tiempo de duración de dicha evaluación es de 2 horas.
- Recuerde que la evaluación del examen complexivo se realiza a través de una serie de preguntas que cada uno de los miembros del Tribunal

le realizarán en cada una de las materias que previamente le fueron notificadas para rendirlas.

- Deberá hacer uso del lenguaje jurídico relacionado con las materias que usted ha venido estudiando en estas las mencionadas asignaturas. Tenga presente que va a obtener un título profesional y necesita demostrar sus conocimientos a través del uso correcto del lenguaje jurídico.
- Sea claro, concreto y conciso en cada una de las respuestas que brinda al Tribunal de Grado, con la debida seguridad y confianza que debe demostrar al dominar los diferentes contenidos en los que será evaluado.
- Sea respetuoso cuando se dirija al Tribunal de Grado, hágalo con el debido respeto que merecen sus miembros, escuchando primeramente las preguntas que le planteen para que pueda contestarlas correctamente. Si no entiende la pregunta, solicito comedidamente que se la repitan para que no se vea perjudicado en la calificación del examen complexivo oral.
- Use un tono de voz alto, claro y pausado que le permita ser escuchado por parte del Tribunal y el público asistente.
- Cuide su apariencia, por las solemnidades que reviste un acto de tal naturaleza. Por ello, su forma de vestir será formal, acorde al momento y acto que se va a desarrollar.

Hasta que le corresponda rendir su examen complexivo oral, siga estudiando el temario del mencionado examen y los diferentes cuerpos normativos que contienen las temáticas a ser evaluadas. Repase estos contenidos hasta lograr un dominio de los mismos para su defensa ante el Tribunal de Grado.

¡Desde ya le deseo éxito en esta evaluación final con la que culmina sus estudios superiores!

¡Nos veremos la siguiente semana!



Examen complexivo oral

¡Bienvenido a la décima quinta semana de clases!

En la presente semana, y de acuerdo con la planificación de la asignatura, se continúa con la evaluación del examen complexivo oral. Tenga en cuenta las recomendaciones dadas en la semana anterior, ya que le serán de mucha utilidad en estos momentos. Felicitaciones si ya aprobó su examen complexivo oral, puesto que su esfuerzo de todos estos años ha valido la pena. Si por cuestiones de planificación, lo debe rendir la presente semana, desde ya le deseo el mayor éxito en esta evaluación oral. No está por demás insistir nuevamente en las recomendaciones dadas la semana anterior, para que rinda una evaluación de calidad ante el Tribunal Examinador.

¡Sigamos adelante!

Recordemos brevemente las recomendaciones dadas la semana anterior:

- Su examen complexivo oral es **público** y tiene como **finalidad demostrar sus conocimientos** ante un Tribunal de Grado o Examinador.
- **Repase los cuerpos legales** que contienen los contenidos señalados en el **temario** que le fue entregado.
- Recuerde que **será evaluado en las materias notificadas previamente por el lapso de dos horas**.
- El examen complexivo se desarrolla mediante una **evaluación oral** a través de una serie de **preguntas realizadas por cada uno de los miembros** del Tribunal de Grado.
- Haga **uso apropiado del lenguaje jurídico**, teniendo presente que va a optar por un **título profesional**.
- Sea **claro, concreto y conciso en sus respuestas** hacia los miembros del Tribunal de Grado.

- **Sea respetuoso** cuando se dirija al Tribunal de Grado, si no entiende la pregunta, solicite su repetición.
- **Use un tono de voz alto, claro y pausado** que le permita ser escuchado por parte del Tribunal y el público asistente.
- **Cuide su apariencia**, por las solemnidades que reviste un acto de tal naturaleza. Por ello, **su forma de vestir será formal**, acorde al momento y acto que se va a desarrollar.



¡Éxito en su examen complexivo oral y Felicitaciones por culminar con sus estudios superiores!

¡Nos vemos la siguiente semana!



Semana 16

Evaluación de recuperación

¡Bienvenido a la semana 16!

Desde ya le deseo éxito en su evaluación de recuperación del examen complexivo oral, siga revisando los contenidos con dedicación y esmero para que apruebe esta evaluación y pueda culminar sus estudios universitarios.

¡Continúe adelante!

Si debe rendir la evaluación de recuperación del examen complexivo oral, tenga en consideración las recomendaciones dadas en las semanas 14 y 15, ya que le servirán nuevamente en esta parte.

Recuerde:

Revisar los contenidos del Prácticum 4.1. Examen complexivo (Derecho Constitucional, Derecho Administrativo y Derecho Penal y Procesal Penal), Prácticum 4.2 Examen Complexivo (Derecho Civil, Derecho Procesal, Introducción al Derecho, Filosofía del Derecho y Derecho Laboral, así como la legislación nacional que los contiene, para que pueda rendir su examen complexivo oral de recuperación.



Para que amplíe sus conocimientos es importante que vaya revisando la guía de **Prácticum 4.1 Examen complexivo**, y **Prácticum 4.2 Examen Complexivo** recuerde revisar cada una de las actividades que se han sugerido a lo largo de este último año de estudios.

Tenga seguridad y plena confianza de los conocimientos adquiridos y vea al examen complexivo de recuperación como una oportunidad para demostrar nuevamente sus conocimientos y capacidades en el campo del Derecho.



¡Le deseo el mejor de los éxitos en su examen complexivo oral de recuperación y le felicito por lograr la meta de graduarse como Abogado! ¡Éxito en su carrera profesional!



4. Solucionario

Autoevaluación 1		
Pregunta	Respuesta	Retroalimentación
1	c	Así lo establece el Código Civil ecuatoriano.
2	a	Por cuanto el art. 41 del Código Civil estipula que “Son personas todos los individuos de la especie humana, cualesquiera que sean su edad, sexo o condición”.
3	d	Corresponde a este literal toda vez que el art. 564, de la normativa civil claramente establece “Se llama persona jurídica a una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente”.
4	c	El art. anteriormente mencionado en su inciso segundo indica que las personas jurídicas son de dos especies: corporaciones, y fundaciones de beneficencia pública.
5	c	Corresponde a este literal, por cuanto el art. 45 establece lo siguiente: “El domicilio consiste en la residencia, acompañada, real o presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella”.
6	a	El art. 67, numeral cinco, manifiesta que “El juez fijará como día presuntivo de la muerte, el último del primer año, contado desde la fecha de las últimas noticias”.
7	d	El artículo 81 del Código Civil establece que el matrimonio es un contrato solemne entre dos personas.
8	b	El art. 222 indica “La unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial, mayores de edad, que formen un hogar de hecho, genera los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio y da origen a una sociedad de bienes.
9	c	El art. 283 del Código Civil manifiesta “La patria potestad es el conjunto de derechos que tienen los padres sobre sus hijos no emancipados”.
10	d	Depende del juez donde plantee la demanda, por raciocinio y sana crítica del mismo.

Ir a la
autoevaluación

Autoevaluación 2		
Pregunta	Respuesta	Retroalimentación
1	a	Según el Código Civil en su art. 583 nos indica que bien es “Todo aquello que puede ser objeto de apreciación” y los doctrinarios, como el Dr. Juan Larrea Holguín, indican que debe tener un valor económico.
2	c	Por cuanto así lo dispone el art. 583, cuando dice cosas corporales son “las que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos”.
3	b	Porque así lo establece el Código Civil cuando dice “Art. 595. Derecho real es el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona”.
4	a	El dominio se presume perfecto hasta que no se demuestre lo contrario, así lo manifiesta el doctrinario Genaro Eguiguren, en su libro “Derecho de Propiedad en el Ecuador”.
5	d	El Código Civil así lo manifiesta, cuando en su art. 622 dice “Por la ocupación se adquiere el dominio de las cosas que no pertenecen a nadie, y cuya adquisición no está prohibida por las leyes ecuatorianas, o por derecho internacional.”
6	c	El art. 659 así lo indica “La accesión es un modo de adquirir por el cual el dueño de una cosa pasa a serlo de lo que ella produce, o de lo que se junta a ella. Los productos de las cosas son frutos naturales o civiles.”
7	b	Claramente, lo manifiesta el art. 960 cuando dice “Las acciones posesorias tienen por objeto conservar o recuperar la posesión de bienes raíces o de derechos reales constituidos en ellos”.
8	d	Según lo indica el Dr. Genaro Eguiguren “Facultar a una persona a gozar de una parte limitada de un bien”.
9	c	Según lo que establece la normativa ecuatoriana cuando dice “Lo que está sujeta al gravamen al pasar a otra persona por el hecho de verificar una condición”.
10	a	Es un gravamen impuesto sobre un predio en utilidad de otro predio de distinto dueño, así lo determina el art. 859 del Código Civil ecuatoriano.

**Ir a la
autoevaluación**

Autoevaluación 3		
Pregunta	Respuesta	Retroalimentación
1	a	Personales reales y, de hecho, así lo estipula el Dr. Sucesión por causa de muerte del doctor Carlos Ramírez.
2	c	Porque así lo establece el numeral 5 del art. 67 del Código Civil.
3	c	Tal como lo expresa el Código Civil tiene lugar cuando este no ha dejado testamento, así lo dice la norma y la doctrina.
4	a	Corresponde a este literal por cuanto la doctrina así lo manifiesta: "Sucesión significa, sustituir, ocupar, estar en lugar de otra persona."
5	c	Corresponde a este literal, ya que la trasmisión del patrimonio del difunto a sus sucesores por disposición testamentaria o por la ley.
6	d	Efectivamente, la doctrina ecuatoriana manifiesta que "la condición indispensable para que se produzca el fenómeno jurídico de la sucesión es la muerte de una persona natural".
7	b	Precisamente con la muerte de una persona, en el mismo instante que acaba de fallecer.
8	d	Efectivamente, la doctrina indica que en la relación jurídica de la sucesión por causa de muerte existe un sujeto activo que es la muerte del causante.
9	a	En este caso, como no ha dejado testamento, les conviene recibir en virtud de la ley.
10	b	Las dos formas que indican para poder recibir la herencia son derecho personal y derecho de representación.

**Ir a la
autoevaluación**

Autoevaluación 4		
Pregunta	Respuesta	Retroalimentación
1	b	Corresponde a este literal por cuanto el art. 1486 así lo determina, cuando dice "Civiles, las que dan derecho para exigir su cumplimiento".
2	b	Corresponde a este literal, por cuanto son resolutivas, así lo indica el Código Civil.
3	a	Corresponde a este literal por cuanto, según lo que dispone el art. 1525, cuando dice "En la obligación de género, el acreedor no puede pedir determinadamente ningún individuo; y el deudor queda libre de ella, entregando cualquier individuo del género, con tal que sea de calidad a lo menos mediana".
4	b	El art. 1527 así lo manifiesta: "En general, cuando se ha contraído por muchas personas o para con muchas la obligación de una cosa divisible, cada uno de los deudores, en el primer caso, está obligado solamente a su parte o cuota en la deuda; y cada uno de los acreedores, en el segundo, solo tiene derecho para demandar su parte o cuota en el crédito".
5	a	Es correcta la respuesta "A", por cuanto se trata de una obligación condicional suspensiva.
6	a	Se trata de la respuesta correcta "A", por cuanto es una obligación facultativa.
7	d	Corresponde al literal "D", por cuanto el art. 1525 así lo establece: "En la obligación de género, el acreedor no puede pedir determinadamente ningún individuo; y el deudor queda libre de ella, entregando cualquier individuo del género, con tal que sea de calidad a lo menos mediana".
8	d	Corresponde a ese literal toda vez que, de acuerdo a lo que preceptúa la normativa, le corresponde demandar la cláusula penal por incumplimiento.
9	b	El literal correcto es el "B", por cuanto el Código Civil ecuatoriano así lo manifiesta: "Art. 1454.- Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas".
10	a	Corresponde al literal "A", toda vez que la normativa vigente así lo indica: "Las obligaciones nacen, ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos".

Ir a la
autoevaluación

Autoevaluación 5

Pregunta	Respuesta	Retroalimentación
1	a	<p>La Constitución de la República (2008), en su artículo 169, señala que: el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagraran los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.</p> <p>Recordemos que el principio de simplificación consiste en la sencillez de todos los trámites y procedimientos, evitando que las solemnidades dificulten la administración de justicia.</p>
2	b	<p>En cuanto al principio dispositivo no olvidemos que se encuentra recogido en el artículo 19 del Código Orgánico de la Función Judicial, en el que expresa:</p> <p>Todo proceso judicial se promueve por iniciativa de parte legitimada. Las juezas y jueces resolverán de conformidad con lo fijado por las partes como objeto del proceso y en mérito de las pruebas pedidas, ordenadas y actuadas de conformidad con la ley.</p> <p>El principio dispositivo es aquel que dota a las partes procesales con la responsabilidad de impulsar el movimiento procesal y de proveer al juzgador con los medios y materiales. Y que convierte al juez en un sujeto pasivo con las tareas de dirigir el litigio y resolver las pretensiones planteadas por las partes.</p>
3	a	<p>La competencia es normada con base en reglas establecidas en el Código General de Procesos desde el artículo 9 al 12, en los que se trata que la competencia y sus tipos, es determinada por razones de territorialidad por domicilio o concurrente, como en situaciones que se determine en razón de los lugares donde se realizó actos, pagos, daños a territorio o incluso en la ubicación de bienes que son materia del proceso.</p> <p>Volvamos a recordar que, no todos los procesos se sustancian ante un juez unipersonal, algunos son ante un tribunal con un juez ponente, la determinación de su competencia se realiza por sorteo en consideración que son los tribunales para la Salas de la Corte Provincial o para Tribunales de lo Contencioso Tributario y Administrativo, y finalmente para salas de la Corte Nacional de Justicia. Y su forma de proceder y actuar son las que señala el Código Orgánico General de Procesos.</p>

Autoevaluación 5

Pregunta	Respuesta	Retroalimentación
4	a	Sobre la competencia absoluta ya nos decía el autor Devis Hechandía (2009), que versa cuando "el interés público prima, lo que es legal general, las normas sobre competencia tienen carácter imperativo" lo que quiere decir que los particulares no pueden, ni poniéndose de acuerdo, llevar el negocio a conocimiento de juez diferente que sea de su elección, sino del asignado por las normas abstractas establecidas para el efecto, evaluando la competencia en todos los factores requeridos.
5	b	Nuestra normativa procesal enlista 4 tipos de partes procesales en su artículo 30, lo que contempla: el sujeto procesal que propone la demanda y aquel contra quien se la intenta son partes en el proceso. La primera se denomina actora y la segunda demandada. Las partes pueden ser: 1. Personas naturales. 2. Personas jurídicas, 3. Comunidades, pueblos, nacionalidades o colectivos. 4. La naturaleza. Es por ello que debemos entender que las partes son los elementos que conforman un todo de una relación procesal.
6	d	Para esta pregunta debemos afianzarnos en el artículo citado para el refuerzo de la pregunta anterior, el 30 del Código General de Procesos, y recordemos que como se ha visto en nuestro estudio son los sujetos que tiene la capacidad procesal para emprender acciones que versen sobre sus derechos en forma colectiva, individual o por representación.
7	a	Recordemos que los autos interlocutorios provienen de providencias judiciales y que no son otra cosa que resoluciones que contienen alguna decisión sobre el contenido del asunto litigioso o que se investiga, y que no corresponde a la sentencia o que resuelven alguna cuestión procesal, que puede afectar los derechos de las partes o la validez del procedimiento. Y que el COGEP, en su artículo 88, lo contempla dentro de las clases de providencias señalando que: las o los juzgadores se pronuncian y deciden a través de sentencias y autos. La sentencia es la decisión de la o del juzgador acerca del asunto o asuntos sustanciales del proceso. El auto interlocutorio es la providencia que resuelve cuestiones procesales que, no siendo materia de la sentencia, pueden afectar los derechos de las partes o la validez del procedimiento. El auto de sustanciación es la providencia de trámite para la prosecución de la causa.

Autoevaluación 5		
Pregunta	Respuesta	Retroalimentación
8	c	<p>Para esta pregunta nos debemos basar en lo aprendido sobre qué tanto las sentencias como los autos deben cumplir con ciertos requisitos para su plena legalidad, y con otros requisitos de contenido y forma son los que establece el Código General de Procesos en su artículo 90, que establece:</p> <p>Contenido general de sentencias y autos. Además del contenido especial que la ley señale para determinados autos o sentencias, todo pronunciamiento judicial escrito deberá contener:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. La mención de la o del juzgador que la pronuncie. 2. La fecha y lugar de su emisión. 3. La identificación de las partes. 4. La enunciación resumida de los antecedentes de hecho. 5. La motivación de su decisión. 6. La decisión adoptada con precisión de lo que se ordena.
9	c	<p>Para esta respuesta debemos rememorar las ideas de que la citación es uno de los actos por el cual se le hace conocer al demandado todo el contenido de la demanda planteada, en respeto y cumplimiento al derecho a la defensa, y que la normativa procesal vigente lo estipula en su artículo 53 enmarcando legalmente que:</p> <p>La citación es el acto por el cual se le hace conocer a la o al demandado(a) el contenido de la demanda o de la petición de una diligencia preparatoria y de las providencias recaídas en ellas. Se realizará en forma personal, mediante boletas o a través del medio de comunicación ordenado por la o el juzgador. Si una parte manifiesta que conoce determinada petición o providencia, o se refiere a ella en escrito o en acto del cual quede constancia en el proceso, se considerará citada o notificada en la fecha de presentación del escrito o en la del acto al que haya concurrido. Si la o el actor ha proporcionado la dirección de correo electrónico de la o del demandado, la o el juzgador ordenará también que se le haga conocer a la o al demandado, por correo electrónico, el extracto de la demanda y del auto inicial, de lo cual, se dejará constancia en el sistema. Esto no sustituye a la citación oficial. Toda citación deberá ser publicada en la página web del Consejo de la Judicatura, a través de los medios electrónicos y tecnológicos de los que disponga la Función Judicial.</p>

Autoevaluación 5

Pregunta Respuesta Retroalimentación

- 10 a Para esta pregunta recordemos nuestro estudio de la contestación de la demanda, en la cual podemos hacer observaciones previas que representen nulidad del proceso, y estas observaciones pueden ser las que se encuentran en el artículo 153 del Código General de Proceso que enlista las siguientes:
1. Incompetencia de la o del juzgador.
 2. Incapacidad de la parte actora o de su representante.
 3. Falta de legitimación en la causa de la parte actora o la parte demandada, cuando surja manifiestamente de los propios términos de la demanda.
 4. Error en la forma de proponer la demanda, inadecuación del procedimiento o indebida acumulación de pretensiones.
 5. Litispendencia.
 6. Prescripción.
 7. Caducidad.
 8. Cosa juzgada.
 9. Transacción.
 10. Existencia de convenio, compromiso arbitral o convenio de mediación.

Ir a la
autoevaluación

Autoevaluación 6		
Pregunta	Respuesta	Retroalimentación
1	b	<p>El derecho romano es la cuna de nuestro sistema jurídico actual, fueron los primeros en basar su legislación en la ley escrita, padres de instituciones como el matrimonio, el divorcio, las corporaciones, que aún siguen existiendo hasta ahora.</p>
2	c	<p>Las fuentes del derecho, en el antiguo derecho romano, se clasificaban en dos tipos: escritas y no escritas. Dentro de las fuentes escritas se destacaban: la lex, el plebiscito, los senados consultos, constituciones imperiales, respuestas de los prudentes y la mores maiorum. La única fuente no escrita registrada por los historiadores son las costumbres.</p>
3	b	<p>También son llamadas fuentes primarias, son los factores o circunstancias que provocan la aparición y determinan el contenido de las normas jurídicas.</p>
4	c	<p>Las normas jurídicas, según lo indicado por Carlos Mouchet (Mouchet, C. y Zorraquín, R. (1967), Introducción al Derecho, Editorial Perrot.), son las reglas que se imponen a la conducta humana de un individuo que desarrolla sus actividades en sociedad, y que su acatamiento a ella puede ser coactivamente exigida en los supuestos que la misma norma conlleva.</p>
5	a	<p>Los métodos tradicionales de interpretación de la norma jurídica son: la Escuela de la Exégesis que predominó en Francia en el siglo XIX y la escuela Histórica de formación jurídica alemana.</p>
6	a	<p>Los temas que componen la filosofía del derecho son:</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ La ontología jurídica: que ubica al derecho como sistema normativo regulador de la conducta social. ▪ La gnoseología jurídica: que analiza el valor del conocimiento y el objeto del conocimiento jurídico. ▪ La deontología jurídica: que estudia el problema de la justicia como valor que persigue un ordenamiento jurídico.
7	a	<p>Los orígenes del derecho se remontan a Grecia y Roma, ya que son las culturas creadoras de la civilización que vivimos, pero si hablamos estrictamente de filosofía, fueron los griegos los verdaderos iniciadores de esta ciencia, se dedicaron a analizar la propia naturaleza humana, fue uno de ellos (Heráclito) quien sostuvo que esa realidad consiste en el cambio y transformaciones de los seres y las cosas, presidido por una ley universal.</p>

Autoevaluación 6		
Pregunta	Respuesta	Retroalimentación
8	a	Aristóteles, otro filósofo trascendental de la época y discípulo de Platón, mejoró la postura de su predecesor de una forma más realista, al construir un sistema filosófico expuesto en su obra “La Ética a Nicómaco”, donde habla de una filosofía moral que se funda en que el fin último del hombre es la felicidad y el amor, y que la vida perfecta es la vida virtuosa.
9	c	Dentro de esta denominación de “positivismo jurídico” se enmarcan una serie de doctrinas que giran su centro de estudio alrededor de la norma escrita y le da protagonismo a la ley casi exclusiva.
10	a	Acorde a la abundante doctrina existente, las características de la moral son: 1) Unilaterales, originan un deber para un solo sujeto, 2) Solo obliga en conciencia, 3) Su cumplimiento no puede ser coactivamente reclamado, 4) Deberes morales son espontáneos, derivan de la conducta del mismo sujeto, 5) La moral es autónoma.

[Ir a la autoevaluación](#)

Autoevaluación 7		
Pregunta	Respuesta	Retroalimentación
1	a	El contrato individual de trabajo, constituye una institución jurídica del Derecho Laboral, ya que establece la relación entre empleador y trabajador, los mismos que se obligan, por una parte, el trabajador a la prestación de sus servicios lícitos y personales, y, por otra parte, el empleador quien está obligado a cancelar una remuneración mensual.
2	d	De conformidad a lo que se encuentra establecido en el Art. 8 del Código del Trabajo, los elementos esenciales del Contrato Individual de Trabajo son: d. Prestación de servicios lícitos y personales, subordinación, remuneración.
3	a	Las características del contrato individual de trabajo son: personal, bilateral, oneroso, conmutativo, principal, nominado, de trato sucesivo, consensual.
4	F	De conformidad a lo que se encuentra establecido en el Código del Trabajo, en el Art. 9, se puede definir al trabajador como “La persona que es obligada a la prestación del servicio o a la ejecución de la obra se denomina trabajador, y puede ser empleado u obrero.”
5	c	Dentro de las prohibiciones al empleador, se ha tomado en consideración las más importantes, que son: <ul style="list-style-type: none"> ▪ Imponer multas que no estén en el Reglamento Interno legalmente aprobado. ▪ Retener más del 10% de la remuneración por multa. ▪ Cobrar al trabajador intereses, por anticipos. ▪ Hacer propaganda política o religiosa. ▪ Sancionar al trabajador con la suspensión del trabajo. ▪ Obstaculizar las inspecciones de trabajo. ▪ Cometimiento o autorización de actos de acoso laboral.
6	c	En cuanto a la clasificación del contrato individual de trabajo, por su tiempo de duración, el Código del Trabajo tiene contemplado únicamente los siguientes: por tiempo indefinido, de temporada, eventual, ocasional. Dejando en claro que la modalidad de contratación a plazo fijo es una figura que se encuentra derogada en nuestro ordenamiento jurídico vigente.
7	b	De acuerdo a lo establecido en el Código del Trabajo, en su Art. 184, se manifiesta: “Es el aviso por escrito con el que una persona trabajadora le hace saber a la parte empleadora que su voluntad es la de dar por terminado el contrato de trabajo, incluso por medios electrónicos. Dicha notificación se realizará con al menos quince días del cese definitivo de las labores”.

Autoevaluación 7

Pregunta	Respuesta	Retroalimentación
8	a	Las características del contrato colectivo son las siguientes: especial y autónomo; intangibilidad de derechos; interpretación favorable al trabajador; libertad de asociación; derecho de protección y tutela; normativas imperativas de cumplimiento obligatorio.
9	c	En cuanto a los principios del derecho laboral colectivo es necesario tomar en cuenta la irrenunciabilidad de los derechos de la estabilidad, del in dubio pro operario, de la primacía de la realidad, de la igualdad, la no discriminación, de la progresividad, de la intangibilidad y la no regresividad.
10	c	De conformidad al ordenamiento jurídico vigente el contrato colectivo tiene su duración por: tiempo indefinido; por tiempo fijo; y, por el tiempo de duración de una empresa o de una obra determinada.

Ir a la
autoevaluación



5. Referencias bibliográficas

- Alsina, H. (1956). Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Buenos Aires.
- Acosta, D. (4 de enero de 2007). Acoso sexual y discriminación por maternidad en el trabajo. Revista Latinoamericana de Derecho Social, 4 (enero-junio), 3-28.
- Acuerdo Ministerial 65-Instructivo para el Pago de la Participación de Utilidades. (2018, 12 de abril). Registro Oficial del Gobierno del Ecuador N.o 220.
- Acuerdo Ministerial 99-Normas que Regulan el Cálculo de la Jubilación Patronal. (2016, 13 de abril). Registro Oficial del Gobierno del Ecuador N.o 732.
- Aczel, M. (2001). Instituciones del Derecho Individual del Trabajo. La Ley.
- Alomía, J. (2002). Diccionario de Derecho Laboral y Seguridad Social. Jurídica del Ecuador.
- Artavia, S., & Picado, C. (s.f.). La demanda y su contestación. Costa Rica: Instituto Costarricense de Derecho Procesal Científico.
- Baquero, E. (2015) *Historia, Fuentes del Derecho, Persona, Familia y Procedimiento*. Dialnet
- Bastidas, P. (2015). Demanda, Contestación y sus Vícisitudes. ADVOCATUS, 105-129.
- Bernal, A. y Fabra, J. (2015). Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho. Enciclopedia. 63 – 170
- Bustamante, C. (2013). Manual de derecho laboral. Jurídica del Ecuador.
- Cabanellas, G. (1730). Diccionario de Derecho Usual (Vol. IV). Buenos Aires: Helasta.

- Cabanellas, G. (1982). Diccionario Jurídico Elemental. Heliasta S.R.L.
- Cabanellas, G. (1993). Diccionario Jurídico Elemental. Heliasta S.R.L. (11a ed.)
- Caldera, R. (1979). Derecho del trabajo. Buenos Aires.
- Calle Guzmán, J. (MARZO de 2015). Efectivización del principio de concentración en la sustanciación de los procesos. Obtenido de UTP. http://dspace.utpl.edu.ec/bitstream/123456789/12642/1/Calle_Guzman_Jorge_Bol%C3%ADvar.pdf
- Camiruga, J. R. (1963). De las notificaciones . Santiago de Chile: Rendentí.
- Campos, D. (1997). Derecho laboral colombiano. Temis.
- Canal Click al Derecho - Divulgación Jurídica, 24 de diciembre de 2020. Ley Como Fuente Formal del Derecho [Archivo de Video]. Youtube. <https://youtu.be/RZutFFx2ZdE>
- Canal del Dr. Sergio Bazán Ortega, 06 de junio de 2020. Teorías y Métodos de la Interpretación Jurídica [Archivo de Video]. Youtube.<https://youtu.be/MjHalCstDL8>
- Canal Derecho y Criminalística Dr. Derecrimi, 08 de agosto de 2020. El Derecho y La Moral [Archivo de Video] Youtube. <https://youtu.be/1ZAI-85m8xw>
- Canal elprofe_orlando, 26 de mayo de 2020. Pensamiento Jurídico Occidental desde la Filosofía Griega [Archivo de video]. Youtube. <https://youtu.be/Uq1KIEvgYDo>
- Canal Lifeder Educación, 17 de octubre de 2020. ¿Qué son las normas jurídicas? (Con ejemplos). [Archivo de Video]. Youtube. <https://youtu.be/9McsXB67pMo>
- Canal Relámpago del Saber, 22 de septiembre de 2019. El Derecho Natural (IUSNATURALISMO) su definición y clasificación [Archivo de Video] Youtube. <https://youtu.be/R03fBNBR-j0>
- Cardoso, J. (1986). Pruebas Judiciales. Bogotá: Librería del Profesional.
- Carnelutti, F. (1955). La prueba civil. Buenos Aires: De Palma.

- Carocca, A. (1998). Garantía Constitucional de la Defensa Procesal. Barcelona.
- Carrión, E. (2007). Cursos de Derecho Civil. Quito : ONI.
- Cevallos, A. T. (1978). Elementos de Derecho Procesal Civil. Quito: Pontificia Universidad Católica Del Ecuador.
- Cevallos, M. (1998). Legislación Laboral. UTPL.
- Código Civil Ecuatoriano (2005), Honorable Concejo Nacional
- Código Civil. (2005, 24 de junio). Registro Oficial del Gobierno del Ecuador N.o 46.
- Código del Trabajo. (2005, 16 de diciembre). Registro Oficial del Gobierno del Ecuador N.o 167.
- Código Orgánico Monetario y Financiero. (2006, 23 de noviembre).
- Coello Serrano, R. (1947). Efectos de las obligaciones. Quito: Casa de la Cultura Ecuatoriana.
- Constitución de la República de Ecuador. Registro Oficial del Gobierno del Ecuador.
- Contreras, S. (2013) Derecho positivo y el derecho natural. Una reflexión desde el iusnaturalismo sobre la necesidad y naturaleza de la determinación. Kriterion: Revista de Filosofía, 54 (127), <https://doi.org/10.1590/S0100-512X2013000100003>
- Cuberos Gómez, G. (2005). Insolvencia: evolución de un concepto. Revista de Derecho Privado, 27-54.
- Dante, B. d. (1979). Teoría del proceso. Texas: Depalma.
- Daza Martínez, J. (1983). Actualidad y Ejemplaridad del Derecho Romano. *Revistas Facultad de Derecho, No. 2*, 71- 128.
- De la Cueva, M. (1963). Derecho mexicano del trabajo. Porrúa Hnos.
- Devis Echandía, H. (1996). Compendio del Derecho Procesal- Teoría General del Proceso (Vol. 1). Bogotá: ABC.

- Devis Hechandía, H. (2009). Nociones Generales de Derecho Procesal Civil. Bogotá: Editorial Temis.
- Eguiguren, G. (2013), Derecho de Propiedad en el Ecuador Gobierno del Ecuador N.o 71.
- Granizo, A. (2011). Código del Trabajo comentado. Biblio Lex y Dykinson S.L.
- Guaman, K. (2020). El Positivismo y el Positivismo Jurídico. Revista Universidad y Sociedad, No.12-4. 265 – 269
- Guesi, E. (2010). El carácter competitivo de las Fuentes del Derecho, *Revista de Economía y Derecho*, Vol 7 No. 28, 45 – 61
- Holguin, J. L. (1978). Derecho Civil del Ecuador . Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- José María Espinoza Isach, J. (2011) *Lecciones de Derecho Romano*. Universitat de Valencia
- Larrea Holguin, J. (2009). Derecho Civil del Ecuador. Quito: ONI.
- Mora, J. (2013), Manual de Sucesiones Teórico práctico
- Moran Sarmiento, R. (2018). DERECHO PROCESAL CIVIL PRÁCTICO TOMO II. Quito: MURILLO EDITORES.
- Morineau, M. (2000). *Derecho Romano*. Oxford University Press México.
- Mouchet, C. y Zorraquín, R. (1967), *Introducción al Derecho*, Editorial Perrot.
- Navarro, D. (2016) *Aproximación al estudio de la experiencia jurídico romana*. Universidad Zaragoza
- Ochoa, G. (1994). La suspensión y la terminación del contrato individual de trabajo en el Ecuador. Talleres Gráficos de la Universidad del Azuay.
- Organización Internacional del Trabajo. (29 de junio de 1951). C100- Convenio sobre igualdad de Remuneración. bit.ly/32mrJ48
- Organización Internacional del Trabajo. <https://www.ilo.org>

- Parraguéz, L. (2004), Manual de Derecho Civil Ecuatoriano, personas y familia.
- Ramírez, C. (2013), Derecho Sucesorio, Instituciones y Acciones
- Ramirez, C. (2017). Apuntes sobre la prueba en el COGEP. Quito: Gaceta y Museo de la CNJ.
- Reale, M. (1996). Filosofía Jurídica y Teoría General del Derecho. Anuario de la Filosofía del Derecho, No. 12. 105 – 114
- Registro Oficial del Gobierno del Ecuador N.o 403.
- Rocha, A. (1990). De la Prueba en Derecho . Diké.
- Rubén Elías Moran Sarmiento. (2008). Derecho Procesal Práctico. Guayaquil: Edilex.
- Rubio, V. (1999). Derecho laboral T I y II. Rubinzal-Culzoni.
- Sanabrina, A. (2016). La prueba nueva en el código orgánico general de procesos y su vulneración al derecho a la legítima defensa y contradicción. Ambato: Universidad Regional Autónoma de Los Andes.
- Sánchez, M. (2013), Obligaciones y Contratos
- Sotomayor, G. (2016). Principios Constitucionales y Legales. Riobamba: Indugraf.
- Suarez, R. (2015) Derecho de Sucesiones, sexta edición
- Trujillo, J.C. (1979). Derecho del trabajo. Ediciones de la Universidad Católica.
- Vásquez, J. (2010). Derecho laboral colectivo. Editora Jurídica Cevallos
- Vásquez, J. (2013). Derecho laboral práctico. Cevallos.
- Vásquez, R. (2013), Derechos Reales, cuarta edición



6. Anexos

Las personas somos sujetos de derechos



Díkaion Revista de Fundamentación Jurídica
ISSN: 0120-8942
ISSN: 2027-5366
Universidad de la Sabana

Leli, Helga María

Perspectiva histórica de la metáfora del concepto jurídico de persona. Etimología e ideas en la Antigüedad
Díkaion Revista de Fundamentación Jurídica, vol.
28, núm. 2, 2019, Julio-Diciembre, pp. 310-332
Universidad de la Sabana

DOI: <https://doi.org/10.5294/dika.2019.28.2.4>

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=72062650004>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica Redalyc
Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

PERSPECTIVA HISTÓRICA DE LA METÁFORA DEL CONCEPTO JURÍDICO DE PERSONA. ETIMOLOGÍA E IDEAS EN LA ANTIGÜEDAD

**HISTORICAL PERSPECTIVE OF THE
METAPHOR OF THE LEGAL CONCEPT
OF PERSON. ETYMOLOGY AND IDEAS
IN ANTIQUITY**

**PERSPECTIVA HISTÓRICA DA METÁFORA
DO CONCEITO JURÍDICO DE PESSOA.
ETIMOLOGIA E IDEIAS NA ANTIGUIDADE**

HELGA MARÍA LELL*

* orcid.org/0000-0001-7703-6341. Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (Conicet), Argentina.
helgalell@conicet.gov.ar

RECIBIDO: 06/05/2019. ENVÍO A PARES: 28/05/2019
APROBADO POR PARES: 06/06/2019. ACEPTADO: 18/06/2019

DOI: 10.5294/DIKA.2019.28.2.4

310



PARA CITAR ESTE ARTÍCULO / TO REFERENCE THIS ARTICLE / PARA CITAR ESTE ARTIGO
HELGA MARÍA LELL, "PERSPECTIVA HISTÓRICA DE LA METÁFORA DEL CONCEPTO JU-
RÍDICO DE PERSONA. ETIMOLOGÍA E IDEAS EN LA ANTIGÜEDAD", EN DÍKAION 28, 2
(2019), 310-332. DOI: [HTTPS://DOI.ORG/10.5294/DIKA.2019.28.2.4](https://doi.org/10.5294/DIKA.2019.28.2.4)

DÍKAION - ISSN 0120-8942 - eISSN 2027-5366, Año 33 - Vol. 28 Núm. 2 - CHÍA, COLOMBIA - DICIEMBRE 2019 / pp. 310-332

RESUMEN

Este trabajo aborda la manera como el concepto jurídico de persona se construye sobre una metáfora antigua que lo relaciona con la metáfora teatral, la cual representa un personaje, y las diferentes interpretaciones que sobre esta noción se han dado en la Antigüedad occidental, y a las que otras concepciones filosóficas han llegado en la actualidad. En particular, el objetivo es señalar que el vocablo no es claro y que, si hoy en día se lo vincula con la idea de humanidad y con ciertas exigencias, ello radica en la evolución semántica del término. En tal sentido, aquí se espera efectuar una breve sistematización de ideas que colaboren en la comprensión de los cambios semánticos.

PALABRAS CLAVE

Persona; semántica jurídica; Antigüedad; metáfora; concepto jurídico; perspectiva histórica; etimología.

ABSTRACT

This paper deals with how the legal concept of person is built on an old metaphor related to the theatrical mask—the performance of a role—and the various interpretations of this notion in Western antiquity and at which other philosophical conceptions have arrived today. Particularly, the objective is to point out that the word is not clear and that, if it is currently linked to the idea of humanity and certain demands, it is due to the semantic evolution of the term. In this regard, a brief systematization of ideas is presented in order to contribute to the understanding of semantic changes.

KEYWORDS

Person; legal semantics; antiquity; metaphor; legal concept; historical perspective; etymology.

RESUMO

Este trabalho aborda a maneira na qual o sujeito jurídico de pessoa é construído sobre uma metáfora antiga que o relaciona com a metáfora teatral, a qual representa uma personagem, e as diferentes interpretações dadas acerca dessa noção na Antiguidade ocidental, e as que outras concepções filosóficas têm dado na atualidade. Em particular, o objetivo é indicar que o vocábulo não é claro e que, se hoje em dia é vinculado com a ideia de humanidade e com certas exigências, isso radica na evolução semântica do termo. Nesse sentido, neste texto, espera-se realizar uma sistematização de ideias que colaborem na compreensão das mudanças semânticas.

PALAVRAS-CHAVE

Pessoa; semântica jurídica; Antiguidade; metáfora; conceito jurídico; perspectiva histórica; etimologia.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. 1. ETIMOLOGÍA DEL TÉRMINO. 1.1 EL ORIGEN ETRUSCO. 1.2. LA MÁSCARA GRIEGA. 1.3. LA MÁSCARA ROMANA. 2. LA CONCEPCIÓN DEL DERECHO EN LA ANTIGÜEDAD GRECO-ROMANA. 2.1. EL ESTOICISMO. 2.2. EL CRISTIANISMO. 3. LA ANTIGÜEDAD TARDÍA. 3.1. EL EDICTO DE MILÁN. 3.2. EL CONCILIO DE NICEA. 3.4. SAN AGUSTÍN. 4. HECHOS POLÍTICOS DE RELEVANCIA QUE CIERRAN LA ETAPA. 5. CONSIDERACIONES FINALES. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

El concepto jurídico de persona es uno de los más relevantes en el marco de la teoría general del derecho y de la práctica jurídica. Mientras que, por un lado, es común la definición que remarca que este es un centro de imputación normativa o, en otras palabras, un ente susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones, por el otro, también suele ser caracterizado por su dignidad, inviolabilidad y, en algunas ocasiones, por su autonomía. Estas dos caracterizaciones no siempre son compatibles; en parte, ello se debe a que la versión más extrema del positivismo puede adherir a la primera definición, pero no podría reconocer los atributos de la segunda como necesarios en razón de su carácter moral (en todo caso, podrán ser contingentes). Viceversa, las posiciones jusnaturalistas no podrían aceptar una definición netamente juspositivista por cuanto podría llegar a descender o contrariar contenidos propios del derecho natural. A ello hay que agregar que la incompatibilidad no siempre se da. La definición de la persona como ente susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones es tan amplia como ambigua y, por ello, puede vincularse a más de un significado. Así, considerar que la persona tiene dignidad, inviolabilidad y autonomía implica un ente susceptible de adquirir derechos y obligaciones, pero determinado, entonces, por su propio carácter sustantivo. A su vez, entre estas dos posiciones existe una amplia variedad de concepciones con visiones intermedias.

Ahora bien, lo que interesa en este trabajo es comenzar a dilucidar la compleja semántica del concepto jurídico de persona. Ello, por cuanto si al día de hoy es posible observar esta pluralidad de significados, se debe a la apertura que brinda la metáfora sobre la que esta noción se construye. Las figuras retóricas son dinámicas e interpretadas de diferentes maneras según su contexto. ¿Cómo llega a vincularse la máscara teatral con el sujeto de derechos y obligaciones y con el ser humano? Un estudio histórico debería colaborar con la respuesta. Este trabajo intenta iniciar dicha tarea y se concentra solo en la Antigüedad occidental. Cabe aclarar, aunque resulte una obviedad, que este recorte es tan solo una parte de la historia y, por tanto, no puede absolutizarse. Por un lado, existen otros relatos societales sobre la sujetividad y la idea de persona en el derecho. Por el otro, aquí se aborda solo un periodo histórico y, por ende, debe el lector tener en cuenta que aún quedan muchos siglos por analizar.

Finalmente, debo señalar que aquí no se encontrarán contenidos novedosos, pero sí, al menos, sistematizados. Existe una general tendencia a resaltar el vínculo entre el concepto de persona, los estatus romanos y la máscara teatral, pero con olvido del contexto. Asimismo, esta remisión explica la metáfora en el campo del

derecho sin dar cuenta de por qué la idea de persona llega a significar al ser humano y por qué en el campo jurídico ello acaba por tener un relevante efecto: exigir derechos humanos, trato digno y a la altura de un ser inviolable. En ese marco, es necesario recorrer la historia más allá del hito metafórico y observar cómo, por ejemplo, una concepción religiosa y un evento con fundamento político introdujeron la confusión semántica.

1. ETIMOLOGÍA DEL TÉRMINO

Señala Corominas que el término “persona”, como cultismo, fue utilizado en todas las épocas de la lengua castellana, pero fue popularizado a finales del siglo XI y principios del XII. Desde allí, ha cobrado la acepción impersonal de “uno, la gente”.¹

Si bien la etimología del término “persona” no es clara, se suele señalar que esta tiene estrecha relación con la máscara utilizada en los teatros romanos (*personare*). A su vez, esta tenía su correlato en los escenarios de la Antigua Grecia (*prósopon*). Finalmente, algunos autores mencionan la posibilidad de que los términos latino y griego se remitan a *phersu*, de origen etrusco. Me detendré brevemente en estos tres supuestos, aunque también es relevante destacar que al contexto teatral se llega a partir de los rituales fúnebres, algo que queda más claro con el término tirreno, como se verá a continuación. En tal sentido, Ribas destaca que

... toda indagación sobre el concepto de persona debe iniciarse en este punto de partida: el de las creencias y rituales relacionados con el mundo de ultratumba. Comenzar la historia a la altura de la máscara teatral supone dejar de lado una parte sustancial, tal vez la más determinante y significativa: la de los orígenes, hasta donde nos es dado conocerlos. Por otra parte, la máscara teatral presupone un teatro preliterario: ámbito ritual en el que la danza, la música y las palabras expresan una invocación religiosa particularmente vinculada con dioses en los que el aspecto subterráneo y mortuorio tiene un peso esencial: el Dionisio / Baco griego y el *Liber Pater* romano ambos con una multiplicidad de epítetos que no deben hacernos olvidar su unicidad, están en el origen del teatro greco-latino, pero también protagonizan gran parte del ritual concebido para la relación con el mundo de los difuntos.²

En estos rituales teatrales “preliterarios”, la máscara representaba al dios invocado o al difunto. La representación no se tomaba como una mera ficción, sino que se la asumía con cierto carácter realista. La máscara volvía a hacer presente algo que ya no estaba, aunque había estado, es decir, representaba. La máscara, en aquel escenario previo a los teatros literarios, se enmarca en el culto a los difuntos.³

1 Joan COROMINAS, “Persona”, *Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico*, ME-RE. Con la colaboración de José A. Pascual, Madrid, Gredos, 1981.

2 José María RIBAS ALBA, *Persona: desde el derecho romano a la teología cristiana*, 2 ed., Granada, Comares, 2012, p. 106.

3 Javier PARCIO, “Persona: un retorno a los orígenes”. En Matilde Cuena Casas, Luis Antonio Anguita Villanueva y Jorge Ortega Doménech (coords.), *Estudios de derecho civil en Homenaje al profesor Joaquín José Rams Albesa*, Madrid, Dykinson, 2015, p. 281.

Ya sea en los rituales funerarios o en los teatrales, en lo que interesa a este trabajo, la máscara muestra la representación de algo, es decir, la personificación de algo que, de no estar este elemento, estaría también ausente. No es solo el ejercicio del rol, sino, ante todo, volver a hacer presente.

1.1 El origen etrusco⁴

En la provincia de Tarquinia, en Italia, se ubica un sitio arqueológico de gran valor histórico: la necrópolis de Monterozzi, que data de la segunda mitad del siglo VI a. C. Entre los puntos de mayor interés puede encontrarse la tumba de los Augures que cuenta con diversos frescos en sus paredes. Precisamente, allí es en donde en dos pinturas aparece un personaje denominado Phersu. En la pared derecha se aprecia un hombre que utiliza una máscara rojiza con barba y gorro en punta. Este sostiene una cuerda que enreda a otro sujeto. Este último tiene la cabeza cubierta, una maza en la mano y cuenta con algunas heridas producidas por el ataque de un perro que, a su vez, lo muerde en una pierna. Se ha interpretado que esta escena retrataría la ejecución de una condena a muerte, aunque también podría ser una competencia. En la pared izquierda, el personaje vuelve a aparecer. Por supuesto, porta la misma máscara, aunque ahora tiene una vestimenta diferente. Mientras en el primer mural esta era de color azul y blanco, ahora es de color rojo. Phersu pareciera estar corriendo y mirando hacia atrás. En el mismo sitio arqueológico, la figura reaparece en otros murales, aunque en peor estado de conservación. En la tumba de las Olimpiadas, también es un ejecutor. En la tumba de Pulcinella, se encontraría corriendo.

Si bien no existe mucha claridad respecto de quién era Phersu en la cultura etrusca, se cree que podría haber sido un dios del inframundo o, en una versión que cuenta con mayor consenso, un ejecutor cuya máscara simbolizaba los espíritus de la muerte y su reaparición/representación. Al menos si se puede afirmar que relaciona la máscara con una escena y, quizás, con la representación de un rol.

El pueblo etrusco estuvo presente desde el siglo VIII a.C. en la región de la hoy Toscana italiana (posteriormente, también se expandieron hacia otras zonas, principalmente hacia el norte de Italia) y en permanente contacto con las culturas tanto romana como griega. Aproximadamente, hacia el año 40 a.C., las ciudades etruscas se convirtieron en parte de la República romana.

⁴ En este apartado, respecto de la iconografía de Phersu, se han seguido las siguientes obras: David LARMOUR, *The Arena of Satire: Jouvenal's Search for Rome*, Norman, University of Oklahoma Press, 2016, pp. 207-208; Stephan STEINGRÄBER, *Abundance of life. Etruscan Wall painting*, Los Ángeles, Getty Publications, 2006, pp. 67 y 93-100; Donald KYLE, *Sport and Spectacle in the Ancient World*, New Jersey, John Wiley and Sons, 2014, p. 258; Simon STODDART, "Phersu". *Historical Dictionary of the Etruscans*. Darmstadt, Scarecrow Press, 2009, p. 147. Sobre la cultura etrusca, ver Christopher SMITH, *The Etruscans. A Very Short Introduction*, Oxford, Oxford University Press, 2014; Steven HAUSE y William MALBY, *Western Civilization: A History of European Society from Antiquity to Renaissance*. West/Wadsworth, 1998.

1.2. La máscara griega

El término *prósopon* (πρόσωπον) significa la máscara teatral de los antiguos teatros griegos y se lo asocia, también, con el individuo que ella representa, esto es, se unifica el sentido del actor y su rol como personaje.⁵ Tardíamente, también habría llegado a designar al individuo detrás de ella. El término proviene de *prós-* (πρόσ), que significa "delante" y ὄψη⁶ que es el ojo, lo que aparece ante la mirada de otro o el rostro.

En cuanto a la máscara en sí, es decir, como elemento material, habría sido utilizada, en primer lugar, en rituales dionisiacos y servía para dar anonimato a los participantes. En el contexto del teatro, originalmente permitía interpretar un personaje, pero, en sus primeras versiones, la confección y el material no habrían permitido amplificar la voz. Fue así cuando se incorporó una lámina de metal en el orificio bucal. En cuanto a la expresividad, Néndoncelle menciona que era poca ya que existían máscaras para los dioses y héroes; el resto se clasificaba según el sexo, la edad y la emoción por representar.⁷

Chantraine explica que *prósopon* varió ligeramente su sentido. Mientras que Homero (VIII a. C.) lo utiliza con el significado de rostro, en algunos trágicos significa la expresión del rostro; Demóstenes (IV a.C.) y los cómicos áticos lo asocian a la máscara y Filodemo el filósofo (I a. C.) lo menciona como personaje de una obra de teatro.⁸ Para Scholssman, existiría un único pasaje (XXVII, 7, 4) en las *Historias* de Polibio (siglo II a. C.) en el cual la única traducción posible es aquella de individuo.⁹

En la lengua griega de la Antigüedad, otros términos designaban al hombre en oposición a los dioses y los animales, ya fuera para nombrar la naturaleza humana

5 Henry George LIDDELL y Robert SCOTT, *A Greek-English Lexicon*. Revisado por Henry Stuart Jones con la colaboración de Roderick McKenzie, Oxford, Clarendon Press, 1940 (publicado por Perseus Project).

6 Las entradas provienen de LIDDELL y SCOTT, *An Intermediate Greek-English Lexicon*, op. cit.

7 Maurice NÉNDONCELLE, "Prósopon et persona dans l'antiquité classique. Essai de bilan linguistique". *Revue des Sciences Religieuses*, t. 22, 3-4 (1948), p. 281.

8 Pierre CHANTRAIN, "πρόσωπον". *Dictionnaire étymologique de la langue grecque. Histoire des mots*, t. III (Α-Π), Paris, Klincksieck, 1974, p. 942; Miguel Ángel BELMONTE, "Los antecedentes remotos: πρόσωπον en la literatura griega", *Esprit LIX* (139) (2010), pp. 195-205. También, sobre la evolución del concepto de *prósopon* en la lengua griega (que abarca desde el sentido de rostro hasta la persona gramatical), ver François LÉTOUBLON, "La personne et ses masques: remarques sur le développement de la notion de personne et sur son étymologie dans l'histoire de la langue grécoque", *Faits de langues* 3 (1994), pp. 7-14.

9 La respectiva cita es: "οἱ δὲ περὶ τὸν Δείνωνα καὶ Πολυάρατον δυσαρεστοῦντες μὲν καὶ τοῖς ἡδὶ γεγονότι φιλανθρώποις πρὸς Ρωμαίους, τότε δὲ προθέμενοι τὸ του βασιλέως Εὐμένους πρόσωπον ἥξεντο λαμπίνεθαι τὴν τόν πολλὰν προσώπειν" (POLYBIUS, *Historiae*. Theodorus Büttner-Wobst after L. Dindorf, Leipzig, Teubner, 1893. Publicada on-line por Perseus Project). Ver Siegmund SCHLOSSMANN, *Persona und Prósopon im Recht und im christlichen Dogma*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1968, p. 84. Cabe destacar que Néndoncelle y Belmonte citan otro pasaje, por lo que es posible que su remisión no sea adecuada (ver Maurice NÉNDONCELLE, "Prósopon et persona dans l'antiquité classique", op. cit., pp. 277-299); Miguel Ángel BELMONTE, "Los antecedentes remotos: πρόσωπον en la literatura griega", *Esprit LIX* (139) (2010), pp. 195-205.

en general (ἀνθρωπος) o al varón (ἀνήρ). Cuando los griegos comenzaron a explorar la naturaleza humana como tema de la literatura, utilizaron otros términos como σῶμα, δέμας, ψυχή, ξαρδία, θυμός, ξεγαλή, entre otros.¹⁰ *Prósopon* no era un sinónimo de ellos.

A partir de allí, diversos autores han sostenido que solo muy tarde el vocablo griego pudo dar lugar a la idea de persona como ser humano y que, precisamente, este sentido habría sido inspirado por la influencia del latín que encontraba dificultades para traducir la ambigüedad de *prósopon*.¹¹

Si bien, entonces, los griegos no pensaron en la asociación entre individuo y *prósopon*, será en el contexto de las disputas teológicas del Concilio de Nicea cuando este término cobre una trascendencia fundamental en el cambio semántico de “persona”.

1.3. La máscara romana

El término “persona” proviene del latín *persōna*¹² y significa, tal como es conocido, la máscara del actor o el personaje teatral. Proviene de *per-* y *sonare*, es decir, era un instrumento para amplificar la voz de la persona que se encontraba en escena. El respectivo instrumento, en el orificio bucal, tenía una membrana que permitía aumentar el sonido.¹³ La metáfora, en este sentido, muestra que es a través del papel que se interpreta, que se habla, que se presenta el sujeto. Como puede notarse, aquí existe una ligera diferencia con la máscara griega que hace hincapié en la mirada, en la cobertura del rostro, en aquello que se ve o se presenta. A pesar de ello, ambas refieren a una diferenciación entre actor y personaje. De allí es que esta denominación también se extendió al lugar que un individuo ocupa en las relaciones sociales.¹⁴

En la antigua Roma, no todo ser humano era persona: en primer lugar, quien nacía debía tener forma de ser humano y viabilidad de vida. Además de ello, la persona se definía por su relación con la ciudad, la familia y la libertad, esto es, por los estatus civil, familiar y de libertad –valga la redundancia-. Así, la persona, en su máxima expresión, era quien revestía los estatus de un hombre libre, ciudadano romano y padre de familia. Asimismo, existían grados de capacidad en el ejercicio de derechos y de adquisición de obligaciones según el respectivo estatus (por

10 NÉDONCELLE, “*Prósopon et persona dans l’antiquité classique*”, *op. cit.*, pp. 277-299.

11 Ver Alfred ERNOUT y Antoine MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine. Histoire des mots*, 4^a ed., París, Klincksieck, 2001, p. 500.

12 COROMINAS, “*Persona*”, *op. cit.*

13 José Ignacio MORALES, *Derecho Romano*, 3^a ed., México, Trillas, 1989, p. 152.

14 Cfr. Eugène PETIT, *Tratado elemental de Derecho Romano*, 23^a ed., México, Porrua, trad. de la novena edición francesa y aumentado por José Ferrández González, 2015, p. 75; Luis Rodolfo ARGÜELLO, *Manual de derecho romano. Historia e instituciones*, Buenos Aires, Astrea, pp. 70-71; Faustino GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARLO, “*Persona*”, *Diccionario de Derecho Romano*, 3^a ed., Madrid, Reus, 1982, p. 528.

ejemplo, un hijo era padre de familia, pero si tenía un rol dentro de ella). La conjunción de estos tres estatus, a su vez, constituía la calidad de *caput* (cabeza¹⁵).¹⁶

Más allá del plano metafórico, en el vocabulario jurídico romano existe una distinción entre *caput*, o sea, la cabeza, y persona, es decir, entre el individuo y la persona. En efecto, la máscara es la forma exterior por la que se reconoce la función, la personalidad, el rol que corresponde en el marco de una escena al actor en cuya cabeza se coloca aquella máscara. Así, la cabeza es interior y la máscara es exterior: la cabeza sostiene la personalidad. Por extrapolación a la vida jurídica, la cabeza no es más que la individualidad humana natural considerada aisladamente. En cambio, toda relación de los hombres con otros se refiere, no a la individualidad humana natural, sino a la persona. Consecuentemente, la persona es individualidad humana en comunicación o relación intersubjetiva o social con otros.¹⁷ Agrega Betancour que mientras la individualidad humana natural es única (*caput*), su personalidad puede variar según la distinta relación social en que se integra (persona). Por tanto, la personalidad tiene un carácter esencialmente relativo; está en función de las relaciones intersubjetivas o sociales.¹⁸

Otra noción vinculada con el concepto de persona es la de *homo*. Por esta se entendía la mera unidad psicofísica, es decir, un ente racional con cuerpo humano. En contraste con ello, la persona era el mismo hombre, pero considerado según sus circunstancias sociales, familiares y civiles.¹⁹

A partir de la metáfora de la máscara, en el ámbito jurídico, el concepto de persona ha sido identificado con un centro de imputación normativa, esto es, con un sujeto de derechos y obligaciones en el marco de relaciones externas y de alteridad. Esto es comprensible ya que implica una escena determinada en el marco de relaciones jurídicas, el ejercicio de un rol, la utilización de una máscara en particular (por ejemplo, ser un locador en un contrato de locación, un hijo en una relación de filiación, un jubilado dentro de un sistema de seguridad social, un homicida a la luz de un código penal, un candidato a la luz del sistema electoral, etc.) y la percepción de otros individuos que reconocen el respectivo papel ejercido.²⁰ A pesar de lo dicho, esta definición y su conexión etimológica con la tecnología corporal deja vigente la duda respecto de la relación que existe entre el concepto jurídico de persona y ciertas notas que se le atribuyen en el marco de la teoría jurídica y de las normatividades: la dignidad, la inviolabilidad y la autonomía. La metáfora por sí misma solo explica la percepción externa de las acciones de un sujeto, el campo jurídico

15 Cabe destacar que era posible modificar estos estatus. Una posibilidad era la *capitis deminutio* (máxima, media o mínima, conforme al o a los estatus perdidos).

16 MORALES, *Derecho romano*, op. cit., pp. 153-191.

17 Fernando BETANCOURT, *Derecho romano clásico*, 3 ed., Sevilla, Universidad de Sevilla, 2007, pp. 51-52.

18 *Idem*.

19 Cfr. Alfredo DI PIETRO y Ángel Enrique LAPIEZA ELLI, *Manual de derecho romano*, 4 ed., Buenos Aires, Ediciones Buenos Aires, 1985, p. 70.

20 Esto en tanto una de las características clave en la distinción entre derecho y moral es la intersubjetividad y exterioridad de las conductas.

como escena y la interpretación de un rol por parte de un individuo. Esta idea, hasta aquí, podría ser perfectamente congruente con un positivismo extremo que aceptara como contenido jurídico un trato cruel e inhumano. ¿Cómo se llega desde el recurso retórico a una sustancia humana con atributos?

2. LA CONCEPCIÓN DEL DERECHO EN LA ANTIGÜEDAD GRECO-ROMANA

Además de lo mencionado en el apartado anterior, cabe destacar algunas cuestiones respecto de la concepción jurídica en la Antigüedad greco-romana. Si bien no existía una teoría sobre el derecho propiamente dicha, sí existían algunas nociones. El *jus* era pensado en relación con la justicia y, por tanto, con un parámetro distributivo que mantuviera cierto grado de igualdad entre las partes intervenientes. Lo justo en el pensamiento de los griegos y romanos es el equilibrio regulativo inmanente en la naturaleza de las cosas, es la justa distribución de los bienes siguiendo un orden social espontáneo y, por ende, natural.²¹ Por ejemplo, Aristóteles (384-322 a.C.) clasifica la justicia particular en distributiva (cuando el Estado otorga privilegios y honores a los particulares según sus méritos) y commutativa (entre los particulares, ya sea de origen contractual, cuando la igualdad es establecida por las partes al equiparar las prestaciones, o judicial, para restaurar la igualdad violada ante la comisión de un delito o ante el incumplimiento contractual). La concepción del derecho en Aristóteles, indisociable de la caracterización de la justicia particular, se determina, sobre todo, por necesitar de otro sujeto frente al cual se actúa; esto es, por la alteridad.²² El hecho de que una conducta se dé entre dos individuos implica que sea externa o exterior al actor puesto que si la acción nunca excede la mente de un ser, entonces, nunca podrá vincularse con alguien más.²³ En el caso contrario, es decir, si se tratara de una acción completamente individual, no se estaría en el marco de la justicia particular, sino de la universal, en la búsqueda del actuar virtuoso.²⁴ La exterioridad de la conducta cobrará relevancia cuando se trate el cambio de paradigma en el tránsito hacia la Modernidad.

21 Francesco VIOLA, "El estatuto jurídico de la persona", *Derecho y cambio social* 40 (XII) (2015), p. 6.

22 Guido FASSÒ, *Historia de la Filosofía del Derecho*, t. I, Madrid, Pirámide, trad. José Lorca Navarrete, 1982, pp. 59-71.

23 VIOLA, *op. cit.*, p. 7, por ejemplo, trae a colación el Libro V de la *Ética a Nicómaco* que no distingue el deber de restituir una cosa prestada de aquél de restituir una cosa robada (en todo caso, la diferencia radica en la licitud o ilicitud de la causa).

24 Sobre la concepción aristotélica del derecho, ver Fassò, *Historia de la Filosofía del Derecho*, *op. cit.*, pp. 59-71; Jean-François BAULAUDÉ, "Instituir el bien. La problemática filosófica de la justicia en la Antigüedad (Platón, Aristóteles, Epicuro)", en Patrick Wotling (dir.), *La justicia*, Buenos Aires, Nueva Visión, trad. Viviana Ackerman, 2008, pp. 9-36; Arthur Hilary ARMSTRONG, "Aristóteles (IV). Ética y Política", *Introducción a la filosofía antigua*, Buenos Aires, Eudeba, pp. 164-187; Helga LEI L, "El derecho como reparto desde la concepción de justicia aristotélica", en María Cecilia Colombani, Guido Fernández Parmo, Juan Manuel Gerardi (comps.), *Historia de la filosofía antigua: Actas de las V Jornadas*, Mar del Plata, Universidad Nacional de Mar del Plata, pp. 78-87; Helga LEI L, "The Aristotelian conception of law: characterization and way of life according to the Nichomachean Ethics". Ponencia presentada en el XXIII Congreso Mundial de Filosofía, llevado a cabo del 4 al 10 de agosto de 2013 en Atenas, Grecia.

Por otro lado, también es interesante destacar la concepción jusnaturalista de cor-te cosmológico predominante en la Antigüedad, sobre todo la griega. Esta implica recono-
cer que existe un justo por naturaleza y que es externo a los individuos. Estos úl-
timos deben adaptarse al orden natural ya que, de lo contrario, será el
mismo cosmos el que restaure el estado de las cosas. Un ejemplo claro de esta
idea se puede encontrar en la obra de Sófocles, particularmente en *Edipo Rey* y
Antígona, escritas, aproximadamente, en el siglo V a.C.

Edipo era hijo biológico de Layo y Yocasta. El oráculo le había dicho al rey Layo que moriría en manos de uno de sus hijos y, por este motivo, se ordenó la muerte de Edipo cuando era niño. No obstante, su ejecutor no pudo completar la tarea y abandonó al bebé. Este fue criado por un matrimonio. Edipo, al ser mayor, con-sultó al oráculo y este le dijo que mataría a su padre y se casaría con su madre. Por este motivo, dejó su hogar. En el camino tuvo una disputa con un hombre. En la pelea, Edipo mató a su contrincante quien era, sin que él lo supiera, su padre biológico. Al llegar a la ciudad de Tebas se encontró con una esfinge que impedia la circulación y proponía un enigma. Quien lo resolviera se convertiría en rey. El afortunado fue Edipo que, además, desposó a Yocasta ignorando que era su ma-dre. La obra de Sófocles se inicia años más tarde cuando una peste azota a Te-bas. Al indagar los motivos de dicho castigo natural, se señala que la muerte del anterior rey, Layo, ha quedado impune. Este hecho desata la furia de los dioses. La falta debe expiarse. Mientras la ciudad no castigara al asesino, sería ella mis-ma castigada por el orden natural. Por este motivo, Edipo emprende una investi-gación hasta dar con la fatídica respuesta: Layo era su padre biológico y también el hombre al que había asesinado en el cruce de los caminos. Además, se había casado con su madre y sus hijos eran a la vez sus hermanos. Al tratar de huir de su destino, lo había cumplido. Yocasta se suicida y Edipo se arranca los ojos. La im-potencia humana ante su destino queda demostrada, además, por el balance entre el orden natural y la voluntad de los hombres.²⁵

El mito relata que, tras la muerte de Edipo,²⁶ sus dos hijos varones debían tur-narse en el trono. Culminado el mandato de Eteocles, este se rehúsa a tra-spasar el mando a Políncices y este último emprende una guerra contra Tebas. En la batalla mueren ambos hermanos. La obra de *Antígona* inicia cuando Creonte, tío de ambos y ahora a cargo del gobierno de Tebas, establece que Eteocles sea sepultado con honores mientras que Políncices no debe ser enterrado y su cuer-po queda abandonado a la intemperie, fuera de la ciudad. Antígona (una de las hermanas de ambos) decide desobedecer la norma por no ser acorde con el de-recho natural (las leyes no escritas, inmutables, dictadas por los Dioses). Tras ser capturada enterrando a su hermano, tuvo lugar una discusión con Creonte quien acabó por condenarla a muerte. Sería sepultada viva. Tiempo después

²⁵ Ver SÓFOCLES, *Edipo Rey*, Madrid, Gredos, trad. María Rosa Lida, 2014. Para la versión en griego, ver SOPHOCLES, *Oedipus the king. Oedipus at Colonus. Antigone*, vol. 1, traducción al inglés por F. Storr. London, New York, William Heinemann; The Macmillan Company, 1912 (publicada por Perseus Project on line).

²⁶ La trilogía incluye una obra más, *Edipo en Colono*, sobre la cual no nos detendremos aquí.

Creonte decide dar marcha atrás con la decisión puesto que ha notado su injusticia. No obstante, Antígona había decidido suicidarse para evitar el sufrimiento de una muerte lenta. Hemón, su prometido e hijo de Creonte, al ver muerta a su amada, también se quitó la vida. Al oír estas noticias, la madre de Hemón y esposa de Creonte imita esta conducta. En este trágico relato puede verse cómo la desobediencia del derecho natural, la comisión de un acto injusto provoca una reacción del cosmos que inmediatamente castiga al sujeto actuante; se trata, entonces, de restablecer un orden.²⁷

2.1. El estoicismo

Si bien la obra de Sofocles es anterior a la escuela filosófica estoica, existen algunos puntos de coincidencia. El estoicismo, como corriente filosófica fundada en el año 301 a.C. por Zenón de Citio, lleva su nombre por sentarse entre las columnas (*stoas*) en el marco del ágora. Si bien el estoicismo ha tenido una larga duración (se habla de estoicismo, medio y nuevo), además de una influencia constante a lo largo de la historia de las ideas filosóficas (como ser menciona luego, reaparece, por ejemplo, en la concepción cristiana y, particularmente, en Boecio), se puede describir un conjunto mínimo de ideas que permiten entender el papel crucial que ha jugado en la semántica del concepto de persona.

Respecto de la concepción ética de los estoicos, estos creen en que el universo está animado por un principio absoluto y universal que es inmanente al mundo. Sostienen, asimismo, que la eudemonía es el ejercicio constante de la virtud, en la propia autosuficiencia que permite al hombre desasirse de los bienes externos. El primer imperativo ético es vivir de acuerdo con la naturaleza, esto es, conforme a la razón, pues lo natural es racional. La felicidad radica en la aceptación del destino, en el combate contra las fuerzas de la pasión que producen intranquilidad. Al resignarse al destino, el hombre se resigna a la justicia puesto que el mundo es en tanto que racional, justo. El mal consiste en lo que es contrario a la voluntad de la razón del mundo, en el vicio, en las pasiones en cuanto destruye y perturba el equilibrio.²⁸

Los hombres son pequeños cosmos; como fragmentos de la naturaleza que son, tienen parte de ella. El alma racional del hombre es un soplo ígneo que forma parte del soplo ígneo universal, la razón divina o Dios que determina todas las cosas del universo. Por ende, la finalidad del hombre debe consistir en vivir en absoluta conformidad con dicha razón dirigente que es parte de la Razón divina.²⁹ El conocimiento intelectual del orden cósmico se convierte en el poder moral de actuar.

27 SOFOCLES, *Antígona*, Madrid, Gredos, trad. Asella Alamillo Sánz, 2014. Para la versión en griego, ver SOPHOCLES, *Oedipus the king. Oedipus at Colonus. Antigone*, vol. 1, traducción al inglés por F. Storr. London, New York, William Heinemann; The Macmillan Company, 1912 (publicada por Perseus Project on line).

28 322 José FERRATER MORA, "Persona". *Diccionario de filosofía*, t III, K-P. Edición actualizada bajo la dirección de Josep-María Terricabras, Barcelona, Ariel, 1994, pp. 1120-1124. FASSO, *Historia de la Filosofía del Derecho*, op. cit., pp. 76-80.

29 Recordemos que los estoicos identifican al fuego como el inicio de todo.

Esto pone el acento en la conciencia y en el carácter universal del sujeto.³⁰ Cicerón (I a. C.), por ejemplo, señala que las relaciones objetivas entre las cosas no dependen del hombre, pero del hombre depende conformarse a ellas.³¹

En cuanto a la temática de este artículo, existe una cita del *Enchiridion* de Epicteto (I-II d. C.) que es sumamente ilustrativa sobre la concepción de la persona en la Antigüedad y, sobre todo, de la combinación de la concepción estoica de la adaptación del ser humano a la ley natural y de la metáfora de la máscara. Dice:

Sabes que eres el actor de un espectáculo, elegido por el director del teatro, breve si lo deseas breve, largo, si lo deseas largo; y si él quiere que hagas el mendigo, tienes que hacer bien esta parte; y lo mismo si se trata de un tullido, un príncipe o un ciudadano particular. Tu tarea consiste en hacer bien la parte que te ha sido asignada; elegirla, sin embargo, corresponde a otro.³²

2.2. El cristianismo

El nacimiento de Cristo marcó una inflexión en la historia, no solo en la forma en que computamos las eras, sino también en la concepción política y moral de las relaciones sociales. El impacto, por supuesto, también se hizo sentir sobre el concepto de persona. El movimiento cristiano y los textos que de él han resultado son innumerables y han sido ampliamente tratados desde lo filosófico y lo religioso. En virtud de la imposibilidad de detenerme en detalle, me concentraré solo en algunos hitos representativos por la influencia posterior en la concepción jurídica de la noción estudiada.

Como se mencionó, la Antigüedad griega y la romana concebían una relación entre el Estado y el individuo. En cambio, con la llegada del cristianismo aparecieron la posibilidad de divergencias entre la religión y la voluntad estatal y la necesidad de poner a Dios por encima de las autoridades positivas.

El impacto político del cristianismo fue profundo por cuanto la interpelación a los individuos dejó de concentrarse en los estatus conferidos por el Estado, para

30 ARMSTRONG, "Filosofías helenísticas (I). Cínicos y estoicos", *op. cit.*, pp. 188-212; VIOLA, "El estatuto jurídico de la persona", *op. cit.*.

31 "Est quidem vera lex recta ratio naturae congruens, diffusa in omnes, constans, sempiterna, quae vocet ad officium iubendo, vetando a fraude deterreat; quae tamen neque probos frustra iubet aut vetat nec improbos iubendo aut vetando movet" (Cicerón, *De republica*, III, 33).

32 EPICETETO, *Enchiridion*, 17. Esta traducción en español figura en VIOLA, "El estatuto jurídico de la persona", *op. cit.*. La versión griega señala: "μέμνησο, ὅτι ὑποκρίτης εἰ δράματος, οἷον ἀν θέλη ὁ διδάσκαλος; ἀν βραχύ, βραχέος; ἀν μακρόν, μακροῦ: ἀν πτωχὸν ὑποκρίνασθαι σε θέλη, ἵνα καὶ τούτον εὐφυῶς ὑποκρίνῃ ἀν χαλόν, ἀν ἀρχοντα, ἀν ἰδιώτην. σὸν γὰρ τοῦτο, τὸ δοθὲν ὑποκρίνασθαι πρόσωπον καλῶς: ἐκλέξασθαι δ' αὐτῷ ἄλλου" (EPICETEI, *Dissertationes ab Arriano digestae*. Epictetus Heinrich Schenkl (ed.), Leipzig, B. G. Teubner, 1916) (publicado por Perseus Project). Asimismo, la traducción al inglés publicada por Perseus Project dice: "Remember that you are an actor in a drama of such sort as the author chooses, - if short, then in a short one; if long, then in a long one. If it be his pleasure that you should enact a poor man, see that you act it well; or a cripple, or a ruler, or a private citizen. For this is your business, to act well the given part; but to choose it, belongs to another" (EPICETUS, *The Works of Epictetus: His Discourses, in Four Books, the Enchiridion, and Fragments*, New York, Thomas Nelson and Sons, trad. Thomas Wentworth Higginson, 1890).

interpelar a los hombres por sí mismos y en un pie de igualdad, como hijos de Dios.³³ La separación de los ámbitos religioso y civil, que se sintetiza en la frase bíblica “Dad al César lo que es del César y a Dios lo que es de Dios”,³⁴ resquebraja las relaciones sociales como eran conocidas hasta entonces. El hecho de interpelar al hombre como tal y no en el marco de su estatus social o familiar puso la dignidad en el centro de la escena para posibilitar el desarrollo humano como ente espiritual sin necesidad de mediación estatal. Las autoridades políticas y las religiosas se separaron.³⁵

Un texto que muestra esta nueva concepción de la humanidad y los lazos entre personas de manera independiente del estado jurídico es la *Epístola a Filemón*, del apóstol San Pablo (I d. C.). Allí, el apóstol, en ese entonces prisionero, escribe a su interlocutor solicitando que reciba a Onésimo, un esclavo que se había apartado de su amo, el mismo receptor de la misiva. El pedido apunta que Onésimo –el esclavo– ya no debe ser visto por su estatus en la sociedad romana, sino como un hombre nuevo, un cristiano. Por ello, Filemón, líder de la iglesia en Colosas, debía recibirlo como un hermano en Cristo y no castigarlo severamente por su huida, como hubiera correspondido conforme a la legislación positiva. Claramente, en esta pieza bíblica se separa la concepción humana de la persona de aquella estatal a la par que muestra el rol transformador de la sociedad que posee la religión.³⁶

3. LA ANTIGÜEDAD TARDÍA

Diferentes sucesos políticos y sociales implican una transición desde la Antigüedad clásica hacia el Medioevo. En particular, la crisis acaecida en el marco del Imperio romano que acaba con la asunción de Diocleciano es un hito relevante para marcar el inicio de la Antigüedad tardía.

El gran crecimiento de la religión cristiana era visto como el causante de las rupturas que ocurrían en el Imperio romano y por ello se organizaron fuertes persecuciones a quienes la practicaran. Al comenzar el siglo IV, la estructura del poder romano enfrentaba serios problemas. Tras la abdicación de Diocleciano, los cristianos se habían convertido en una fuerza muy importante que no podía ser erradicada ni ignorada. En el año 311, se decretó el cese de las persecuciones

³³ Ariel ÁLVAREZ GARDIOL, *Manual de filosofía del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1979; Helga LEILL, “Instituciones jurídicas y filosóficas en la Edad Media”, en Lidia Raquel Miranda (ed.), *La Edad Media en capítulos. Panorama introductorio a los Estudios Medieval*s, Santa Rosa, EdUNLPam, 2014, pp. 85-112.

³⁴ MATEO 22,21; MARCOS, 12,17; LUCAS, 20,25.

³⁵ Ricardo ZORRAQUÍN BECÚ, *Historia del derecho argentino*, t. I, Buenos Aires, Perrot, 1966; Claude DU PASQUIER, *Introducción a la teoría general del derecho y la filosofía jurídica*, Lima, Librería e imprenta Gil, 1944.

³⁶ El tópico de la personería en esta epístola ha sido tratado en Raquel MIRANDA y Helga LEILL, “Derecho divino y derecho positivo en la Epístola a Filemón: una mirada a las esferas de la esclavitud y la hermandad desde la filosofía jurídica existencial”, en María Cecilia Colombani (coord.), *Actas de las Segundas Jornadas de Filosofía Antigua Doctor Francisco Olivieri*, Mar del Plata, UNMDP, 2012, y en Raquel MIRANDA y Helga LEILL, “Coexistencia de instituciones de órdenes normativos contrapuestos en la Epístola a Filemón”, *Revista classica*, Belo Horizonte, Sociedade Brasileira de Estudos Clássicos y Editora Paz e Terra, 2013, pp. 117-129.

anticristianas. En ese marco, Constantino, uno de los principales sucesores del poder, insatisfecho con la posición obtenida en el reparto de cargos, comprendió la necesidad de contar con el respaldo de los cristianos, no solo como una masa social de apoyo, sino también como un factor de cohesión en un vasto territorio imperial, que cada vez corría más peligros de fracturas internas y de invasiones externas.

3.1. El Edicto de Milán

Durante muchos siglos, el cristianismo estuvo proscrito en el Imperio romano y era perseguido, tal como se mencionó. Ejemplo de ello fue la Gran Persecución, del año 303, en la que se removieron de los cargos públicos a cristianos, se confiscaron iglesias, se destruyeron copias de la Biblia, etc. Esta situación comienza a cambiar cuando, en el año 312, Constantino y Licinio emprenden una batalla contra Majencio, adverso a los cristianos. En la batalla, Constantino habría mandado a representar en los escudos el monograma cristiano con las letras griegas X (ji) y P (rho) como símbolo protector.

Lo anterior desembocó en que, en el año 313, Constantino y Licinio se reunieran en Milán. Allí se promulgó el conocido Edicto de Milán que permitió la libertad de cultos en el marco del Imperio.

Yo, Constantino Augusto, y yo también, Licinio Augusto, reunidos felizmente en Milán para tratar de todos los problemas que afectan a la seguridad y al bienestar público, hemos creído nuestro deber tratar junto con los restantes asuntos que veíamos merecían nuestra primera atención el respeto de la divinidad, a fin de conceder tanto a los cristianos como a todos los demás, facultad de seguir libremente la religión que cada cual quiera, de tal modo que toda clase de divinidad que habite la morada celeste nos sea propicia a nosotros y a todos los que están bajo nuestra autoridad. Así pues, hemos tomado esta saludable y rectísima determinación de que a nadie le sea negada la facultad de seguir libremente la religión que ha escogido para su espíritu, sea la cristiana o cualquier otra que crea más conveniente, a fin de que la suprema divinidad, a cuya religión rendimos este libre homenaje, nos preste su acostumbrado favor y benevolencia.³⁷

La concepción cristiana, hasta aquí, se dirige al hombre en cuanto tal, como creación e hijo de Dios. Esto no implica una confusión con el concepto jurídico de persona, vocabulario que, de hecho, no era utilizado para esta cuestión. No obstante, como veremos a continuación, este panorama cambia y la posición cristiana queda prontamente ligada al concepto bajo análisis.

3.2. El Concilio de Nicea

El edicto de Milán, si bien no adoptó la religión cristiana como aquella del Imperio, fue el producto de la simpatía de Constantino por dicha fe. En particular, él

325

³⁷ Transcripción del Edicto de Milán que figura en LACTANCIO, *De mortibus persecutorum*, en Miguel Artola, *Textos fundamentales para la Historia*, Madrid, Alianza, 1968, pp. 21-22.

había notado que esta creencia podía constituir un eje de homogeneización en el marco de un amplio Imperio que, en virtud de su extensión territorial y diversidad cultural, se encontraba cada vez más fraccionado, de difícil gobernabilidad y con riesgos bélicos e internos.

Comprender cómo el concepto de persona en el marco del derecho combina de manera muchas veces confusa una semántica que lo vincula con el ejercicio de roles según la exteriorización en las relaciones jurídicas y otra que plantea cierta inmortalidad o la relevancia de una sustancia que reclama un trato específico, requiere recordar los sucesos del Concilio de Nicea.

Tras el edicto de Milán, los cristianos tuvieron el derecho de profesar su religión. No obstante, había algunas disidencias internas que provocaban desencuentros entre algunos sectores. Constantino, que había visto en el cristianismo un factor de unidad y un respaldo, mostró su preocupación por dichos desacuerdos. En ese marco, convocó a un encuentro ecuménico que se celebró el año 325 en la ciudad de Nicea.

Entre el 20 de mayo y el 25 de julio funcionó el conocido como Concilio de Nicea. El principal punto que se trató allí –y el que nos interesa en este trabajo– fue la naturaleza de Cristo. ¿Tenía este naturaleza humana, divina o ambas? ¿Había sido creado por Dios o era parte de la esencia de Dios? ¿Tenía o no principio?³⁸ El lenguaje utilizado para dirimir la cuestión fue el griego. El acuerdo al cual se llegó fue que este tiene una doble naturaleza: divina y humana. No obstante, es una sola persona que es indivisible y única. De esta manera, la idea de persona en Cristo permitía conjugar lo humano y lo divino sin dejar de distinguir entre ellos. La cuestión es que el término griego utilizado en varias ocasiones no fue πρόσωπον, sino ὑπόστασις (hipóstasis), que algunos usaban como sinónimo de οὐσία (ousia). El término de hipóstasis, como sustrato, parecía resaltar mejor la condición de lo que se entendía por persona.³⁹

Recuerda Herrera que, si en Dios se usara la palabra “persona” como sustancia (*ousia*), se llegaría a la conclusión de que en la Santísima Trinidad habría tres *ousias* o divinidades distintas en su ser sustancial. No obstante, ello contradice contundentemente el dogma de la Santísima Trinidad que postula tres Personas (hipóstasis): Padre, hijo y Espíritu Santo y un solo Dios. De la misma manera, en Cristo cada *ousia* subsiste en la misma hipóstasis (la persona divina del Verbo encarnado). En caso contrario, si cada naturaleza realizara en Cristo su propia hipóstasis, el resultado serían dos personas: una humana y otra divina. Entonces, no habría un solo Cristo, sino dos (uno humano y otro divino) unidos como dos sustancias en un mismo ser sustancial mixto.⁴⁰

³⁸ Alois GRILLMEIER, *Cristo en la tradición cristiana: desde el tiempo apostólico hasta el Concilio de Calcedonia (451)*, Salamanca, Sigueme, 1997.

³⁹ FERRATER MORA, “Persona”, *op. cit.*, pp. 2759-2764.

⁴⁰ Daniel HERRERA, *La persona y el fundamento de los derechos humanos*, Buenos Aires, EdUCA, 2012, pp. 320-321.

3.4. San Agustín

La Antigüedad tardía, en clave filosófica, se caracteriza por una impronta del pensamiento cristiano; en particular, por el movimiento conocido como la Patrística. Uno de los principales representantes fue Agustín de Hipona, filósofo sumamente influyente y que se convirtió al cristianismo por su contacto con San Ambrosio de Milán, quien le habría introducido al estudio de los escritos de Plotino y de San Pablo.

San Agustín (354-430), si bien es ampliamente conocido por su texto *La ciudad de Dios*⁴¹ y por las disputas que mantuvo con Pelagio, también dedicó parte de su obra a la concepción de la persona, sobre todo en pos de lograr que esta noción pudiera usarse sin confundir la Trinidad y el ser humano. No obstante ello, comenta Arias Reyero que en la obra de San Agustín aparecen al menos cinco sentidos para “persona”:

Persona tiene en San Agustín cinco sentidos diferentes: 1) Ministerio, rol: hablar por propia persona o hablar en persona de otro; así en las teofanías: los ángeles obran ex persona *Dei*. 2) Sujeto que asume una función, título, dignidad, oficio. 3) Individuo concreto, hombre o mujer. 4) El Verbo encarnado tiene una sola persona. 5) El Padre, Hijo y Espíritu Santo son persona.⁴²

En *De Trinitate*, el obispo de Hipona se preocupó más bien por las Personas divinas (que no pueden ser consideradas como simples sustancias) y, para ello, se remitió a la noción aristotélica de relación.⁴³ De hecho, señala que el ser es un término absoluto mientras que la persona es un término relativo.⁴⁴ No obstante, agregó algo más: la experiencia aquella que le va a la persona en su propia personalidad. Esto tiene un efecto no menor: la idea de persona deja de enfocarse en la relativa exterioridad para concentrarse en la intimidad. La idea de relación, en este marco, fue útil para destacar el ser relativo a sí mismo de cada Persona divina por lo que hay tres Personas y no solo una. La idea de intimidad, por su parte, le sirvió para hacer de esta relación consigo mismo, no una relación abstracta, sino concreta y real.⁴⁵

4. HECHOS POLÍTICOS DE RELEVANCIA QUE CIERRAN LA ETAPA

En el año 330, dado que el centro de gravedad del Imperio romano se había trasladado hacia el lado oriental, Constantino mudó la capital a Constantinopla, ciudad que él mismo había fundado sobre la antigua Bizancio.

41 SAN AGUSTIN DE HIPONA, *La Ciudad de Dios. Obras completas*, FAEy BAC. Disponible en www.augustinus.it, fecha de consulta: 3 de mayo de 2019.

42 Maximino ARIAS REYERO, “La doctrina trinitaria de San Agustín (en el *De trinitate*)”, *Teología y vida* 30 (4) (1989), p. 265.

327

43 Al respecto, se puede consultar ARISTÓTELES, *Metafísica*, V. 1013b-1025^a.

44 “Aliquid singulare atque individuum” (SAN AGUSTIN. *De Trinitate*, VII, 6, 11).

45 FERRATER MORA, “Persona”, *op. cit.*, pp. 2760-2761.

Otro hecho que tuvo gran trascendencia en lo político ocurrió en el año 380, cuando el emperador Teodosio I, conocido como “el Grande”, fuertemente influido por el obispo de Milán, San Ambrosio, declaró que el cristianismo sería la religión oficial del Estado.

En el año 395, tras la muerte de Teodosio I, el Imperio romano se dividió en dos: el Imperio romano de Oriente y el Imperio romano de Occidente. Este último cayó en el año 476 cuando los ostrogodos ocuparon la ciudad de Roma. Este hito se considera el fin de la Edad Antigua y el comienzo de la Edad Media –por supuesto que esta postura admite matices, sobre todo si se tiene en cuenta que la Tardoantigüedad es una etapa de transición que, para muchos, se extendería hasta el siglo VIII-. La vastísima unidad política y territorial que ocupaba aquel lado imperial se disolvió de repente y comenzó el tiempo del feudalismo. Por su parte, el Imperio romano de Oriente subsistió casi mil años más, hasta 1453, cuando Constantinopla cayó en manos de los turcos.

5. CONSIDERACIONES FINALES

Para sintetizar esta primera etapa cabe recordar la antigua metáfora teatral que vincula al concepto jurídico de persona con una tecnología que le permite al actor hacerse oír, hacerse notar como personaje e interpretar un rol en el marco de una escena pautada. Las metáforas constituyen figuras retóricas que facilitan la cognición de un fenómeno nuevo al vincularlo con uno ya conocido. Por ello, revisten un carácter pedagógico ya que enseñan al enfatizar en algunos aspectos por sobre otros. De esta manera, el hecho de que la máscara sea el elemento conocido desde el cual se formatea el papel que juega un sujeto en el derecho resulta relevante. Desde allí es que es posible comenzar a interrogar acerca de si lo que cuenta en el campo jurídico es meramente la interpretación de un rol, es decir, ser destinatario y ejecutor de normas jurídicas, con prescindencia de la humanidad detrás de dichas normas, o si, por el contrario, los roles importan al derecho a partir de la necesidad de operativizar de la mejor manera al derecho. Así, por ejemplo, Viola menciona que los estatus han retornado, no de la misma manera en que existían en el derecho romano, pero sí para ser una herramienta de tutela de los sujetos de derecho, no ya como seres abstractos y universales, sino en sus relaciones concretas (por ejemplo, un consumidor frente a un proveedor, un hijo menor de edad en sus relaciones filiales, una mujer en su relación de pareja, un trabajador en su relación laboral con un empleador, etc.). En tal sentido, la metáfora es útil para dilucidar qué expectativas existen sobre el campo jurídico. A pesar de ello, esta breve introducción es insuficiente puesto que se ha centrado en la Antigüedad y la historia del concepto es sumamente amplia. Durante la Edad Media aparecerán nuevas concepciones que, además de la ligazón con la divinidad, resaltarán el factor racional de la persona. La Modernidad llevará al extremo dicha racionalidad, pero también se preguntará por el vínculo entre el individuo y la comunidad política. Es en esta etapa donde la idea del sujeto de derechos como un ser abstracto y universal toma lugar. A pesar de los esfuerzos por consagrarse los derechos humanos en diferentes documentos jurídicos, las insuficiencias en las concrétaciones seguían siendo insuficientes. Por ello, han reaparecido los roles de

manera tal que el sujeto sea activamente protegido. Desde allí es que Viola llega a la conclusión antedicha sobre el retorno de los estatus.

Para volver a concentrar la atención en esta primera etapa cabe destacar, no solo la metáfora, sino también las características objetivas que tiene la idea de ser humano como parte de la naturaleza y que, por ser tal, debe adaptarse al equilibrio cósmico. El derecho trata del establecimiento de un orden que, en caso de ser dañado, debe ser restaurado. El cristianismo marcó un punto de inflexión en la historia política al considerar a los hombres como iguales en cuanto hijos de Dios, con independencia de su estatus social. Por otro lado, remarca el vínculo directo entre la deidad y los sujetos a la par que deja en un plano independiente al Estado. Ahora bien, respecto a la historia del concepto de persona, si existe un hecho de suma relevancia en relación con el cristianismo, este es sin duda el Concilio de Nicea, en el que los intentos por dilucidar la naturaleza y la personería de Cristo se tradujeron en el uso del término “persona”, no ya con el sentido jurídico o teatral de interpretar roles, sino con la idea de una sustancia. Es esta visión la que será la base para las posteriores reflexiones sobre el ser humano como trasfondo ontológico sólido del concepto jurídico de persona que exige un trato con ciertas características.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ GARDIOL, Ariel, *Manual de Filosofía del Derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1979.

ARGÜELLO, Luis Rodolfo, *Manual de derecho romano. Historia e instituciones*, Buenos Aires, Astrea.

ARIAS REYERO, Maximino, “La doctrina trinitaria de San Agustín (en el De trinitate)”, *Teología y vida* 30 (4) (1989), pp. 249-270, en <https://repositorio.uc.cl/bitstream/handle/11534/15188/000413411.pdf?sequence=1>

BAULAUDÉ, Jean-François, “Instituir el bien. La problemática filosófica de la justicia en la Antigüedad (Platón, Aristóteles, Epicuro)”, en Patrick Wotling (dir.), *La justicia*, Buenos Aires, Nueva Visión, trad. Viviana Ackerman, 2008.

BELMONTE, Miguel Ángel, “Los antecedentes remotos: πρόσωπον en la literatura griega”, *Espíritu* LIX (139) (2010), pp. 195-205, en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4099088.pdf>

BETANCOURT, Fernando, *Derecho romano clásico*, 3 ed., Sevilla, Universidad de Sevilla, 2007.

CHANTRAIN, Pierre, “πρόσωπον”, *Dictionnaire Étymologique de la Langue Grecque. Histoire des mots*, t. III (Α-Π), Paris, Klincksieck, 1974.

COROMINAS, Joan, “Persona”, *Diccionario Crítico Etimológico Castellano e hispánico*, ME-RE, con la colaboración de José A. Pascual, Madrid, Gredos, 1981.

DI PIETRO, Alfredo y LAPIEZA ELLI, Ángel Enrique, *Manual de derecho romano*, 4º ed., Buenos Aires, Ediciones Buenos Aires, 1985.

329

- DU PASQUIER, Claude, *Introducción a la teoría general del derecho y la filosofía jurídica*, Lima, Librería e imprenta Gil, 1944.
- EPICTETI, *Dissertationes ab Arriano digestae. Epictetus*. Heinrich Schenkl (ed.), Leipzig, B. G. Teubner, 1916 (publicado por Perseus Project).
- EPICTETUS, *The Works of Epictetus: His Discourses, in Four Books, the Enchiridion, and Fragments*, New York, Thomas Nelson and Sons, trad. Thomas Wentworth Higginson, 1890.
- ERNOUT, Alfred y MEILLET, Antoine, *Dictionnaire étymologique de la langue latine. Histoire des mots*, correcciones de Jacques André, 4º ed., Paris, Klincksieck, 2001.
- FASSÒ, Guido, *Historia de la Filosofía del Derecho*, t. I, trad. José Lorca Navarrete, Madrid, Pirámide, trad. José Lorca Navarrete.
- FERRATER MORA, José, "Persona", *Diccionario de filosofía*, t. III, K-P, edición actualizada bajo la dirección de Josep-Maria Terricabras, Barcelona, Ariel, 1994, pp. 2759-2764.
- GRILLMEIER, Alois, *Cristo en la tradición cristiana: desde el tiempo apostólico hasta el Concilio de Calcedonia (451)*, Salamanca, Sigueme, 1997.
- GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARLO, Faustino, "Persona", *Diccionario de Derecho Romano*, 3º ed., Madrid, Reus, 1982.
- HAUSE, Steven y MALTBY William, *Western Civilization: a history of European Society from Antiquity to Renaissance*, West/Wadsworth, 1998.
- HERRERA, Daniel, *La persona y el fundamento de los derechos humanos*, Buenos Aires, EdUCA, 2012.
- KYLE, Donald, *Sport and Spectacle in the Ancient World*, New Jersey, John Wiley and Sons, 2014.
- LACTANCIO, *De mortibus persecutorum*, en Miguel Artola, *Textos fundamentales para la Historia*, Madrid, Alianza, 1968.
- LARMOUR, David H. J., *The Arena of Satire: Jouvenal's Search for Rome*, Norman, University of Oklahoma Press, 2016.
- LEILL, Helga, "Instituciones jurídicas y filosóficas en la Edad Media", en Lidia Raquel Miranda (ed.), *La Edad Media en capítulos. Panorama introductorio a los Estudios Medievales*, Santa Rosa, EdUNLPam, 2014, pp. 85-112.
- LÉTOUBLON, François, "La personne et ses masques: remarques sur le développement de la notion de personne et sur son étymologie dans l'histoire de la langue grécoque", *Faits de langues* 3 (1994), pp. 7-14, en https://www.persee.fr/doc/flang_1244-5460_1994_num_2_3_900
- 330 LIDDELL, Henry George y Robert Scott, *A Greek-English Lexicon*, revisado por Henry Stuart Jones con la colaboración de Roderick McKenzie, Oxford, Clarendon Press, 1940 (publicado por Perseus Project).

PERSPECTIVA HISTÓRICA DE LA METÁFORA DEL CONCEPTO JURÍDICO DE PERSONA...

- LIDDELL, Henry George y Robert SCOTT, *An Intermediate Greek-English Lexicon*, Oxford, Clarendon Press, 1889 (publicado por Perseus Project).
- MIRANDA, Lidia Raquel y Helga María LELL, "Derecho divino y derecho positivo en la Epístola a Filemón: una mirada a las esferas de la esclavitud y la hermandad desde la filosofía jurídica existencia", en María Cecilia Colombani (coord.), *Actas de las Segundas Jornadas de Filosofía Antigua Doctor Francisco Olivieri*, Mar del Plata, UNMDP, 2012.
- MIRANDA, Raquel y Helga LELL, "Coexistencia de instituciones de órdenes normativos contrapuestos en la Epístola a Filemón", *Revista Clásica* 26 (1) (2013), pp. 117-129, en <https://ri.conicet.gov.ar/handle/11336/26894>
- MORALES, José Ignacio, *Derecho Romano*, 3ed., México, Trillas, 1989.
- NÉNDONCELLE, Maurice, "Prósopon et persona dans l'antiquité classique. Essai de bilan linguistique", *Revue des Sciences Religieuses* 22 (3-4) (1948), pp. 277-299.
- PARICIO, Javier, "Persona: un retorno a los orígenes", en Matilde Cuena Casas, Luis Antonio Anguita Villanueva y Jorge Ortega Doménech (coords.), *Estudios de derecho civil en Homenaje al profesor Joaquín José Rams Albesa*, Madrid, Dikinson, 2015.
- PETIT, Eugène, *Tratado elemental de Derecho Romano*, 23º ed., México, Porrúa, trad. de la novena edición francesa y aumentado por José Ferrández González, 2015.
- POLYBUS, *Historiae*, Theodorus Büttner-Wobst after L. Dindorf, Leipzig, Teubner, 1893 (publicada on-line por Perseus Project).
- RIBAS ALBA, José María, *Persona: desde el derecho romano a la teología cristiana*, 2 ed., Granada, Comares, 2012.
- SAN AGUSTÍN DE HIPONA, *La Ciudad de Dios. Obras completas*, FAE y BAC, en www.augustinus.it, fecha de consulta: 3 de mayo de 2019.
- SCHLOSSMANN, Siegmund, *Persona und Prósopon im Recht und im christlichen Dogma*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1968.
- SMITH, Christopher, *The Etruscans. A very short introduction*, Oxford, Oxford University Press, 2014.
- SÓFOCLES, *Antígona*, Madrid, Gredos, trad. Asella Alamillo Sánz, 2014.
- SÓFOCLES, *Edipo Rey*, Madrid, Gredos, trad. María Rosa Lida, 2014.
- SOPHOCLES, *Oedipus the king. Oedipus at Colonus. Antigone*, vol. 1, London, New York, William Heinemann; The Macmillan Company, trad. F. Storr, 1912 (publicada por Perseus Project on line).
- STEINGRÄBER, Stephan, *Abundance of life. Etruscan Wall painting*, Los Ángeles, Getty Publications, 2006.
- STODDART, Simon K. F., "Phersu", *Historical Dictionary of the Etruscans*, New York, Scarecrow Press, 2009.

331

HELGÁ MARÍA LEILL

VIOLA, Francesco, "El estatuto jurídico de la persona", *Derecho y cambio social* 40 (XII) (2015), en https://www.academia.edu/11793156/El_estatuto_jur%C3%ADdico_de_la_persona

ZORRAQUÍN BECÚ, Ricardo, *Historia del Derecho argentino*, t. I, Buenos Aires, Pe-rrrot, 1966.

Existencia legal de las personas



Persona y Bioética

ISSN: 0123-3122

bioetica@unisabana.edu.co

Universidad de La Sabana

Colombia

Velásquez Posada, Obdulio
Constitucional y legalmente, el nascitrus es persona y titular del derecho a la vida
Persona y Bioética, vol. 10, núm. 1, 2006, pp. 85-103
Universidad de La Sabana
Cundinamarca, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=83210106>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

CONSTITUCIONAL Y LEGALMENTE, EL NASCITURUS ES PERSONA Y TITULAR DEL DERECHO A LA VIDA*

Obdulio Velásquez Posada**

RESUMEN

Concepto sobre el proceso de constitucionalidad de los artículos 122 a 124 del Código Penal colombiano. La reflexión se soporta sobre las siguientes líneas generales: El *nasciturus* como persona y titular del derecho a la vida, donde se repasa la doctrina de la misma Corte Constitucional, quién en sentencias previas ha reconocido al *nasciturus* como un ser humano; si se acepta esta realidad, debe admitirse que constitucionalmente tiene derecho a la vida, y si los derechos humanos se predicen a los seres humanos, todo ser humano es titular del derecho a la vida.

Sobre el inicio de la vida humana, se recuerdan los hechos embrionológicos y genéticos con los que los científicos aseguran que en la fecundación se inicia una nueva vida humana. De la afectación de los derechos de la mujer embarazada, se hace una exposición sobre los derechos fundamentales de la mujer, y sobre la legitimidad constitucional de adscribir como norma el derecho a la vida del no nacido y, por lo tanto, no reconocer el ejercicio del aborto como legítimo derecho fundamental de la libertad procreativa de la mujer. Finalmente, se estudia el aborto como supuesto problema de salud pública y si es justificable su despenalización parcial.

PALABRAS CLAVE: aborto, derechos fundamentales, estatuto jurídico del embrión, derecho a la vida, persona.

ABSTRACT

An opinion about the constitutionality process regarding articles 122 through 124 of the Colombian Criminal Code. The concept is supported on the following general grounds: The *nasciturus* as an individual and holder of the right to live, where the doctrine of the Constitutional Court itself is reviewed, because it has recognized in previous judgments the *nasciturus* as a human person. If this reality is accepted, it has to be admitted then that, in constitutional terms, the incipient human being has a right to live. And if human rights are preached in behalf of human beings, then every human being is a holder of that right to live.

With respect to the initiation of human life, embryological and genetic facts are recalled, particularly those used by scientists to affirm that in fecundation itself a new human life begins. About how pregnant women's rights are affected, a dissertation is included about women's fundamental rights, as well as on the constitutional legitimacy of attaching the right to live of the unborn as a rule and, therefore, of not acknowledging abortion as the legitimate exercise by a woman of her fundamental right to procreative freedom. Finally, the article examines abortion as an alleged public health problem, and whether its partial legalization is justifiable or not.

KEY WORDS: abortion, fundamental rights, the embryo's juridical statute, the right to live, individual, human being.

* Concepto para la Corte Constitucional, sobre la última demanda en la que se solicitó a la Corte Constitucional la despenalización del aborto.

** Rector de la Universidad de La Sabana. Abogado, Universidad Pontificia Bolivariana. Maestría en leyes de la Universidad de Melbourne. Programa de Desarrollo Directivo (PPD). Inalde. E-mail: obdulio.velasquez@unisabana.edu.co

FECHA DE RECEPCIÓN: 25-05-2006

FECHA DE ACEPTACIÓN: 8-06-2006

Bogotá, 26 de abril de 2006

Honorables Magistrados
Corte Constitucional
M. P. Manuel José Cepeda Espinosa
La Ciudad

Ref.: Expediente D-6238

Concepto solicitado por la Corte Constitucional
Artículos demandados: 122, 123 y 124
de la ley 599 de 2000

El suscrito OBDULIO VELÁSQUEZ POSADA, en mi calidad de ciudadano y de Rector de la Universidad de La Sabana, rindo concepto sobre el proceso de constitucionalidad de los artículos 122, 123 y 124 de la ley 599 de 2000 (Código Penal). Respondo de esta forma a la solicitud del Magistrado Sustanciador, para que la Universidad de La Sabana presente su concepto sobre las normas demandadas.

Sin perjuicio de que exprese ante la Honorable Corte Constitucional que los demandantes no fundamentan sus cargos contra los artículos 123 y 124 del Código Penal, y de que solicitan, como petición subsidiaria, la sentencia condicionada, lo cual implicaría que la Corte se inhiba por ineptitud de demanda, centraré mi intervención en cuatro problemas, a saber:

Si el *nasciturus* es constitucional y legalmente persona y, por lo tanto, titular del derecho a la vida.

Si científicamente puede demostrarse que la vida humana comienza desde el momento de la fecundación.

Si se afectan los derechos de la mujer embarazada a quien se le impide decidir razonablemente sobre la conveniencia del aborto ético, eugenésico o terapéutico.

Si el aborto llegara a ser un problema de salud pública, si puede justificarse la despenalización parcial del aborto.

**SI EL *NASCITURUS* ES CONSTITUCIONAL
Y LEGALMENTE PERSONA Y, POR LO TANTO,
TITULAR DEL DERECHO A LA VIDA**

El problema planteado exige determinar previamente desde cuándo la Constitución protege el derecho a la vida. La norma del artículo 11 constitucional se limita a afirmar que “[e]l derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte en Colombia”. Esta norma, como lo he reconocido la doctrina y la jurisprudencia, es de textura abierta y ha servido de base para que la Corte Constitucional determine algunas subreglas¹. Una de ellas tiene relación con la protección del derecho a la vida desde el momento de la concepción. En efecto, la sentencia C-133 de 1994 (M. P. Antonio Barrera Carbonell), en su *ratio decidendi*, consideró que el derecho a la vida se tiene desde el momento de la concepción. Si la vida se inicia desde la concepción, el Estado –es la tesis defendida por la Corte– tiene la obligación de establecer un sistema de protección legal efectivo, dado el carácter fundamental del derecho a la vida.

¹ Sobre este tema, consultar: Hoyos, Ilva Myriam. “Entre el delito del aborto y el derecho de abortar”. *La constitucionalización de las falacias. Antecedentes de una sentencia*, Bogotá, Temis, 2005, p. 13 ss.

En otra decisión, que ha hecho tránsito a cosa juzgada, la sentencia C-591 de 1995, la Corte consideró que “la existencia legal [de la persona] comienza en el momento del nacimiento” y la vida “en el momento de la concepción”. En el período “comprendido entre la concepción y el nacimiento, es decir, durante la existencia natural, se aplica una Regla del Derecho Romano, contenida en este adagio: *Infans conceptus pro nato habetur, quoties de commodis ejus agitur*” [El concebido se tiene por nacido para todo lo que le sea favorable].

Del mismo modo, la Corte, en su sentencia C-013 de 1997, reiteró su doctrina de que la Constitución protege la vida como valor y como derecho primordial insustituible, del cual es titular todo ser humano desde el principio hasta el final de su existencia física. La defensa de la vida –es la tesis de la Corte– es una obligación del Estado, que debe protegerla en todos sus estadios.

Si para el Código Civil persona es todo individuo de la especie humana, cualquiera que sea su sexo, estirpe o condición (arts. 33 y 74), bien puede afirmarse que el *nasciturus* también es persona. La distinción entre la existencia legal y la existencia natural no excluye la protección jurídica –así lo ha reconocido la Corte– de la existencia natural, que se da desde la concepción hasta el nacimiento.

Algunos han afirmado, haciendo suyas las palabras de Dworkin, que “el feto no es una persona constitucional” y que la “Constitución no hace al *nasciturus* sujeto de derechos”. Sin embargo, es razonable afirmar que si el numeral 6º del artículo 42 constitucional, al

establecer que los hijos “procreados naturalmente o con asistencia científica tienen iguales derechos y deberes”, la Constitución no es extraña al momento de la “procreación”, que sería el de la “concepción”, para citar un término jurídico, o el de la “fecundación”, para hacer uso de un término científico. Del mismo modo, la “especial asistencia y protección del Estado” a la que tiene derecho la mujer embarazada “[d]urante el embarazo y después del parto”, también ha de entenderse como una “especial asistencia y protección” al concebido, pero no nacido.

La doctrina de la defensa del derecho a la vida del *nasciturus* no solo tiene fundamento legal y constitucional, sino internacional, mediante la ratificación de tratados de derechos humanos que, de conformidad con el artículo 93 constitucional, forman parte del bloque de constitucionalidad. En efecto, la Convención Americana de Derechos Humanos establece, con la tradición jurídica latinoamericana, que para los efectos de esa Convención, persona es “todo ser humano” (art. 1.2). La Convención sigue los lineamientos de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que reconoce que “[t]odo ser humano tiene derecho a la vida” (art. 1º). Si el *nasciturus* es ser humano, también es jurídicamente persona y, por ende, titular del derecho a la vida, que tiene “a partir del momento de la concepción” (art. 4º, numeral 1º).

En relación con la Convención Americana, algunos han afirmado que el uso de la expresión “en general” debe entenderse como el reconocimiento de que la protección del derecho a la vida desde la concepción admite excepciones. Tampoco es veraz esta afirma-

ción. En efecto, el numeral 1º del artículo 4 reconoce el derecho a la vida en los siguientes términos: "Toda persona [todo ser humano, de conformidad con el artículo 1.2 de la misma Convención] tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente". La expresión "en general" no parece querer resaltar una excepción, sino la cualificación a la protección del derecho a la vida por la ley. Incluso si se interpreta en el sentido de que la Convención con *realismo* aceptó que algunos Estados permitían, en 1969, en su legislación penal, algunos casos de aborto, para los demás Estados la protección desde el momento de la concepción no era exceptiva, porque debía aplicarse el artículo 29 de la mencionada Convención, en el sentido de que ninguna "disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella".

Por otra parte, los actores consideran que la expresión "Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente", que usa el numeral 1º del artículo 4 de la Convención, "pone de relieve que en justificadas y razonables circunstancias se puede prescindir del derecho humano a la vida". Una de esas circunstancias, a juicio de los actores, es la del aborto. No resulta razonable esa afirmación, porque el único caso, previsto en la misma Convención, en el que se permite privar de la vida a un ser humano es la pena de muerte, que, en todo caso, no puede aplicarse

"arbitriariamente". Así lo dice el inciso segundo del mencionado artículo 4º, que literalmente establece: "En los países que no han abolido la pena de muerte, ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito. Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se le aplique actualmente". Mal puede el intérprete constitucional, como lo hacen los actores, inferir de esa norma que "en los casos del aborto ético, eugenésico o terapéutico es diáfana su justificación". Todo lo contrario, el mismo artículo, en su numeral 5º, establece que "[n]o se aplicará [la pena de muerte] a las mujeres en estado de gravidez", lo que ratifica la especial protección que la Convención le reconoce al derecho a la vida desde el momento de la concepción.

Por otra parte, la Convención de los Derechos del Niño establece que niño es "todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad". Si el *nasciturus* es un ser humano, también tiene la calidad de niño y debe ser protegido como tal. Por otra parte, el noveno considerando de la Convención, que recoge uno de los considerandos de la Declaración de los Derechos del Niño, afirma que "el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento". Esa protección legal se traduce, aunque no se reduce, en el reconocimiento del derecho a la vida. Resulta por demás engañoso que se le niegue al *nasciturus* el carácter de

ser humano y, por lo tanto, de niño, o que se afirme que por ser “amplio y ambiguo” el concepto de “ser humano”, no puede aplicarse para determinar si el concebido pero no nacido es titular de derechos.

Por otra parte, si, de conformidad con el artículo 44 constitucional, los niños son titulares del derecho a la vida, y si niño, según la Convención de los Derechos del Niño, es todo ser humano menor de dieciocho años, el concebido pero no nacido, que es ser humano y, por lo tanto, niño, es titular del derecho a la vida.

Aceptada la tesis de que el *nasciturus* es un ser humano, debe admitirse que constitucionalmente tiene derecho a la vida, y si los derechos humanos se predicen de los seres humanos, todo ser humano es titular del derecho a la vida, sea considerado o no por la legislación civil como persona.

SI CIENTÍFICAMENTE PUEDE DEMOSTRARSE QUE LA VIDA HUMANA COMIENZA DESDE EL MOMENTO DE LA FECUNDACIÓN

1. Algunas consideraciones generales sobre el momento del comienzo de la vida humana

Algunos afirman que, desde una consideración científica, no puede defenderse que la vida humana inicia desde el momento de la concepción, y que de ser cierta esa afirmación, tendría que desconfiarse de la ciencia, porque ésta no está libre de prejuicios. Esta afirmación podría no tener sentido en esta sede jurídica, porque en una de las sentencias que la Corte ha

proferido sobre el aborto, la sentencia C-133 de 1994, cita el testimonio del reconocido genetista Jerome Lejeune, quien rindió ante el Subcomité del Senado de los Estados Unidos su concepto sobre el comienzo de la vida. Esa misma sentencia incluye, en uno de sus considerandos, esta frase de quien fuera el descubridor de la primera enfermedad debida a una anomalía cromosómica en el hombre: la trisomía 21 o síndrome de Down: “La vida tiene una historia muy, muy larga, pero cada individuo tiene un comienzo muy preciso, el momento de su concepción”.

Si el juicio de constitucionalidad es algo más que la comparación *in abstracto* de una norma de inferior jerarquía confrontada con la Constitución, porque la comparación ha de hacerse entre el “contenido material” de la norma acusada y el “contenido material” de la Constitución, ha de determinarse cuál es ese contenido en el caso del aborto, lo que implica hacer referencia al inicio de la vida, presupuesto para determinar desde cuándo comienza la protección constitucional al derecho a la vida.

Por otra parte, si a partir de los textos internacionales, en especial de la Convención Americana de Derechos Humanos, el derecho a la vida se protege desde la concepción, hay que determinar, ya no solo jurídica sino científicamente, qué ha de entenderse por ella. Los desarrollos científicos actuales parecen no dejar duda alguna que desde el momento de la fecundación hay un ser humano vivo.

A la pregunta sobre desde cuándo hay vida humana, podría contestarse diciendo que hay cuatro posibili-

dades de respuesta, a saber: (i) Desde el momento en que comienza la "embriogénesis", es decir, cuando el espermatozoide masculino fecunda el óvulo femenino; (ii) en algún momento durante el transcurso del embarazo; (iii) en el momento del nacimiento; (iv) en algún momento después del nacimiento.

Las respuestas (ii), (iii) y (iv) podrían estar más bien referidas al problema de la subjetividad jurídica o a la personalidad del no nacido, cuestión considerada, por un pensador como Ronald Dworkin, como una "pendiente resbaladiza", que para algunos no conviene abordar, porque de ser aceptada la titularidad de derechos del *nasciturus*, en especial del derecho a la vida, la problemática del aborto tendría que abordarse desde una perspectiva distinta a la de concebir al cigoto, al feto o al embrión como una simple potencia de ser.

Bien vale la pena detenerme en este punto, porque los actores afirman que, en la aclaración de voto de la sentencia C-647 de 2001, se expone un argumento pertinente, que no es posible desestimar en orden a ponderar los derechos de la madre y del *nasciturus*. Citaré el aparte pertinente de la aclaración de voto y procederé a su crítica.

"Desde el punto de vista de la ponderación de derechos constitucionales, la protección de la vida adquiere mayor peso hasta volverse predominante con el paso del tiempo en la medida en que ha evolucionado la gestación y se ha desarrollado el embrión hasta convertirse en un ser humano con tal capacidad física, sensorial y psíquica propia que podría sobrevivir fuera del vientre de la madre, o sea, es viable. Esto ocurre approxima-

damente entre la semana veintidós y veinticuatro. Después, ningún derecho constitucional de la madre, diferente al de salvar su propia vida, proteger su integridad o preservar su salud, ni ninguna circunstancia de motivación justifica constitucionalmente el aborto, ya que la mujer en lugar de abortar podría tener el hijo en ese momento y este podría sobrevivir (...).

"Otra bien diferente es la situación desde la perspectiva constitucional cuando se acaba de producir la concepción. En ese momento sólo hay potencialidad de ser y los derechos constitucionales de la mujer pesan mucho más. En la ponderación, la dignidad, la intimidad, la autonomía y la libertad de conciencia de la mujer justifican constitucionalmente que se prescinda de la imposición de pena, en especial (C-647 de 2001)".

A pesar de que algunos critiquen los términos metafísicos, no dejan de hacer uso de ellos para abordar algunas cuestiones sobre el aborto. He de recordar que el paso de la potencia al acto no es el cambio de un ser a otro, sino el paso de un estado a otro, permaneciendo el sustrato del mismo ser, por lo que la potencia es una capacidad de adquirir una perfección y el acto es esa perfección. Así, pues, el no nacido no puede entenderse como potencia de persona ni como potencia de ser humano, sino persona o ser humano con potencia y con potencialidades para realizar los actos propios de ella o de él, pues su identidad biológica, su genoma humano no es distinto de aquél del nacido.

Entonces, ¿qué distingue al individuo de la especie humana nacido del no nacido? Solo una forma de dependencia física de la madre, que tampoco se supe-

ra con el nacimiento, pues el no nacido es también individuo de la especie humana como el nacido, pero con dependencias distintas, pues es individuo desde que comienza por sí solo un desarrollo y un funcionamiento autónomo y distinto al de la madre.

La negación de la humanidad del no nacido lleva consigo consecuencias, como la pretensión de proteger los derechos fundamentales del nacido, pero no del no nacido, lo que constituye una discriminación de seres humanos, al igual que en algún tiempo se discriminó a otras personas, ya no por su condición de no nacido, sino por su origen étnico, racial, de género. Esta discriminación sería por condición de indefensión y no posibilidad de reivindicación propia y, en todo caso, iría en contravía del derecho a la igualdad, reconocido constitucionalmente como un derecho fundamental.

Quizá sea oportuno detenerme a presentar a la Honorable Corte algunas reflexiones sobre la condición humana del no nacido, que también los actores de la presente demanda parecen poner en entredicho.

2. La condición humana del no nacido, según los estudios científicos recientes

Respecto a los condicionamientos de desarrollo biológico que exponen los magistrados que suscribieron la aclaración de voto, ha de precisarse que los estudios biológicos y genéticos actuales distinguen entre el *proceso constitutivo de un ser humano*, que hace referencia al inicio de la vida humana, y su *posterior desarrollo*, que es el proceso de perfeccionamiento de un ser vivo, con crecimiento, maduración y envejecimiento.

miento. Desde esta perspectiva, la muerte natural sería el final también neto del proceso.

Los procesos vitales se explican como “una cooperación dinámica de genes y medio, que da lugar a la expresión regulada de los genes durante la constitución y desarrollo de un nuevo ser”². Ese nuevo ser es individuo cuando es un organismo, es decir, una unidad integrada por estructuras y funciones, sea cual sea su nivel de complejidad.

Los últimos hallazgos de la biología del desarrollo humano parecen hacer poco razonable la tesis de que a cualquier individuo de la especie humana se le condicione sus derechos al hallazgo de determinadas características de desarrollo, porque no hay característica del desarrollo humano que no sea una evidencia de la humanidad de quien la posee; por eso el reconocimiento de los derechos humanos no admite graduabilidad, porque si estos derechos se predicen de todos los seres humanos, el criterio para su reconocimiento debe ser objetivo: la pertenencia del individuo a la especie humana. Además, entre nosotros, ese criterio objetivo está constitucionalizado en el principio y derecho del respeto a la dignidad humana, fundamento de todo el orden jurídico colombiano.

Esa pertenencia adquiere especial significación, porque los programas de diferenciación de los seres vivos tienen diversos diseños; por ejemplo, las plantas son más dependientes de factores externos, como la luz y

² López Moratalla, Natalia; Iraburu Elizalde, María. *Los quince primeros días de una vida humana*, Pamplona, Eunsa, 2004, p. 15.



la temperatura, que los animales. Respecto al grado de reversibilidad, la capacidad de totipotencialidad de las células de un individuo humano en sus primeras etapas de desarrollo dura menos tiempo que la de las células de la estrella de mar y de la rana. En lo referente al programa genético de regulación del desarrollo, los mamíferos y el ser humano son más dinámicos para responder a señales bioquímicas que se originan en cada etapa del propio desarrollo.

La dotación genética (la secuencia de los nucleótidos del polímero DNA) determina la identidad biológica de los individuos. Esta identidad es la misma en todas las etapas del ciclo vital. La diferencia genética entre un individuo humano y un primate es aproximadamente del 1,8%. Los ácidos nucleicos DNA y RNA, y las proteínas, dan identidad a cada una de las especies: cada individuo posee, desde su hora cero de existencia –el final del proceso de la fertilización–, un conjunto de biomoléculas distintivo de su especie, la única a la que pertenece durante todo el resto de su ciclo vital. Una variable en el desarrollo de los vivientes es el *grado de reversibilidad*, que varía según las especies y también se da en las primeras etapas del desarrollo humano, en las que las células son totipotentes. Esa reversibilidad no es señal de falta de identidad, sino una identidad definida, con varias propiedades, entre las que ésta es una más: tiene identidad el individuo que posee esta propiedad.

Otra variable de los programas de desarrollo es su *regulación*. Todas las células descendientes del cigoto, que es el primer modo de ser del cuerpo humano, tienen los mismos genes, pero se diversifican hasta ser de

doscientas variedades. Las diferencias entre las células se deben a la expresión selectiva de genes, que es, a su vez, consecuencia de cómo se encuentra en esa célula la cromatina (parte del material genético) y de qué biomoléculas contiene en el citoplasma. Las características de una célula concreta durante el desarrollo embrionario vienen dadas por el estado de su genoma y por la presencia de macromoléculas producto de los estados anteriores.

La tercera variable es la relativa a los *acontecimientos aleatorios* que pueden ocurrir durante el desarrollo, y que son responsables de cambios en el organismo, como la asimetría de estructuras paralelas. Estos acontecimientos se denominan “ruido del desarrollo”.

El individuo humano con fenotipo cigoto posee su propio programa de desarrollo, con etapas sucesivas de expresión de genes, ordenadas en el espacio y el tiempo y dependientes del sitio que ocupará cada una de sus nuevas células en cada etapa de su proceso vital.

El individuo humano de fenotipo cigoto tiene un lenguaje bioquímico interno y otro lenguaje con el medio ambiente; cuando su cuerpo se duplica se añade otro lenguaje, de cada célula con la que le rodea. Durante la vida un individuo de la especie humana mantiene, gracias a su dotación genética, su identidad biológica, al tiempo que durante su desarrollo recibe información que proviene del medio. De esta forma, la interacción de los componentes del medio interno y externo, y el soporte material de la información genética, cambian a lo largo de la vida del individuo, y con ello, el estado del viviente

mismo. La “información epigenética” incluye la *emergencia de propiedades*, porque cada nueva organización que aparece en el desarrollo de un ser vivo presenta unas capacidades que no están contenidas en los materiales constituyentes, y la *necesidad de la interacción con el medio*, para el despliegue o el desarrollo de la nueva ordenación de los materiales y la emergencia de las nuevas propiedades. Pero no son las propiedades las que condicionan la identidad del individuo, sino al contrario: tiene las propiedades que corresponden a su identidad, en este caso, la de individuo de la especie *homo sapiens*.

Por lo tanto, es el mismo individuo humano el que, siendo cigoto, puede vivir fenómenos de multiplicación celular, cambios de formas, muerte programada de células embrionarias, estructuración y regeneración de tejidos por sustitución o reparación de células envejecidas prematuramente o dañadas, así como división de su propio cuerpo, extinguéndose como individuo, del que surgen dos nuevos individuos, distintos a aquel en el que tuvieron origen (es el caso de los gemelos) y diferenciación celular (proceso ordenado y preciso por el que unos genes se abren a la expresión, mientras que otros se cierran, originando la diversidad celular en genotípico y fenotípico, y la consiguiente adquisición de diferentes funciones por grupos de células).

Si genéticamente la vida comienza desde que se produce un individuo único, y este evento ocurre en la fecundación, que marca el inicio de la vida humana, es razonable pensar que la Constitución protege al individuo de la especie humana desde el momento en el que hay vida humana.

SI SE AFECTAN LOS DERECHOS DE LA MUJER EMBARAZADA A QUIEN SE LE IMPIDE DECIDIR RAZONABLEMENTE SOBRE LA CONVENIENCIA DEL ABORTO ÉTICO, EUGENÉSICO O TERAPÉUTICO

Los métodos modernos del derecho constitucional, para la solución de los eventuales conflictos de derecho, son bien conocidos por esta Corte: la jerarquización, la ponderación de los derechos y el test de proporcionalidad³. Como en algunos de sus fallos la Corte ha expresado su preferencia por este último, haré uso de él para responder a la pregunta de si se afectan los derechos de la mujer embarazada a quien se le impide decidir razonablemente sobre la conveniencia de los llamados por los actores aborto ético, eugenésico o terapéutico.

He de recordar que el test de proporcionalidad está compuesto por los juicios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. Se trata de un juicio de adecuación para establecer la relación entre la medida legislativa y su fin. En este punto, como lo expresé al inicio de este escrito, sólo haré referencia al artículo 122 del Código Penal, habida cuenta de la ineptitud de la demanda en relación con los artículos 123 y 124 del mismo código.

³ Sobre este tema, consultar: Forero, Claudia Helena. “¿Jerarquización, ponderación o proporcionalidad? Dilema metodológico en el problema del aborto”, *La constitucionalización de las falacias. Antecedentes de una sentencia*, Bogotá, Temis, 2005, p. 119 ss.

a) Juicio de adecuación o idoneidad

La cuestión que se va a debatir es si la restricción que se infringe a un derecho fundamental resulta o no adecuada en la consecución de un fin constitucionalmente legítimo. Ese fin ha de ser legítimo en relación con algún principio constitucional. La medida, por otra parte, ha de ser idónea para alcanzar el fin.

La medida legislativa prevista en el artículo 122 del Código Penal es la imposición de la pena a quien ejecute la conducta abortiva prevista en el tipo penal básico. El fin inmediato es prevenir los daños al bien jurídico *vida*. El fin mediato es el principio constitucional que fundamenta el fin inmediato. Son diversas las disposiciones constitucionales que, en este caso, actúan como principio constitucional: artículos 1, 2, 5, 11, 43 y 44, que pueden enunciarse como el deber que tiene el Estado de proteger constitucional y legalmente el derecho a la vida.

Si existe el deber de proteger la vida (fin mediato), es legítimo prevenir los daños al bien jurídico *vida* a través de la tipificación del delito del aborto (fin inmediato) y sancionar a quienes infrinjan esa norma (medida legislativa). De esta forma, puede afirmarse que la norma establecida en el artículo 122 del Código Penal es adecuada al fin inmediato y al fin mediato buscados por la norma.

b) Juicio de necesidad

Mediante este juicio se compara la medida objeto de revisión con otras medidas alternativas que tengan una igual o mayor idoneidad en la contribución del logro del fin inmediato. Para tal efecto, se hace uso de los criterios de eficacia, rapidez, plenitud e idoneidad; posteriormente, si una medida reviste la misma idoneidad, se verifica si ella, si es una, o ellas, si son varias, restringen en menor escala el derecho amenazado o vulnerado.

Esa determinación de las medidas exige distinguir entre los diversos patrones fácticos que puedan estar incluidos en la medida legislativa. En este caso, esos patrones fácticos serían los tres que menciona la demanda: (i) peligro para la vida o la salud de la madre (aborted terapéutico); (ii) embarazo producto de acto sexual violento (aborted ético), y (iii) malformaciones del feto incompatibles con la vida extrauterina (aborted eugenésico).

Antes de considerar la necesidad de esas medidas, que serán abordadas en el juicio de ponderación, he de precisar que la pretensión de los actores, al solicitar la despenalización parcial del aborto en los tres supuestos mencionados, es hacer el tránsito del “delito al aborto al derecho a abortar”, es decir, considerar el acto abortivo como “facultad”, lo que lo convierte en un derecho. Esta diferente valoración de la conducta abortiva implica infringir el derecho a la vida del no nacido, con lo cual las



medidas alternativas dirigidas a la prevención de los daños al bien jurídico vida no tendrían mayor eficacia, ni comparación con la medida de la despenalización, pues el carácter de derecho dado al aborto no restringe los actos en contra del bien jurídico protegido. Además de ello, las medidas alternativas no solo tienen ese carácter, porque son deberes del Estado; pretender obviárlas es afectar la razón de ser del Estado, que entre nosotros es social y de derecho.

En este sentido, las medidas no tendrían el mismo grado de idoneidad respecto a la penalización del aborto, sino que la eficacia y seguridad sería menor para ellas, lo cual implica aceptar que la penalización del aborto supera el juicio de necesidad.

c) Juicio de proporcionalidad en sentido estricto

Mediante este juicio se determina si la intervención del derecho fundamental se justifica, dada la importancia que tiene la realización del fin mediato. El juicio supone contrapesar los bienes jurídicos de acuerdo con las circunstancias del caso, para determinar cuál es el que tiene mayor peso y cuál ha de ceder frente al otro. De esta forma, la ponderación exige saber cuál es la afectación del principio en concreto, cuál es el peso abstracto del principio y cuál la seguridad de las premisas empíricas relativas a la afectación del principio. La afectación de cada principio y el peso abstracto de ambos se determina de acuerdo con tres grados: (i)

leve; (ii) medio, y (iii) intenso. La seguridad de las premisas empíricas se mide también a través de tres grados: (i) seguro; (ii) plausible, y (iii) no evidentemente falso. El valor de la afectación y del peso abstracto de los principios corresponde a la magnitud del derecho fundamental afectado y a la importancia que el principio tiene en el ordenamiento constitucional. La asignación de la seguridad de las premisas corresponde a la eficacia de que se dificulte el ejercicio del derecho presuntamente afectado y confrontado con la protección del derecho que se le enfrenta.

A continuación he de proceder al estudio de los tres patrones fácticos o situaciones con las que pretendo despenalizarse el aborto.

(i) *Peligro para la vida o la salud de la mujer embarazada.* En este supuesto, los derechos que se enfrentan son la vida de la mujer y la vida del no nacido.

En este caso, la vida de la mujer se afectaría en grado medio, porque su vida solo está en riesgo. El peso abstracto del derecho es intenso, por el carácter fundamental que tiene y el reconocimiento que de él ha hecho la Corte Constitucional. La seguridad de la premisa empírica relativa a su afectación o certeza no es evidentemente falsa, porque es segura o plausible, dado su carácter de amenaza o riesgo para la vida de la madre.



Por otra parte, la vida del no nacido se afectaría en grado intenso, porque la vida se anula mediante la acción abortiva. El peso abstracto del derecho es intenso, por el carácter fundamental que tiene y el reconocimiento que de él ha hecho la Corte Constitucional. La certeza de la premisa es segura, porque la acción abortiva anularía la vida del no nacido.

De la ponderación de esos derechos puede inferirse que la afectación del derecho a la vida del no nacido tiene mayor peso, porque ésta se elimina. La vida de la mujer, por el contrario, puede protegerse mediante medidas alternativas, como, por ejemplo, la adecuada prevención y asistencia médica, que disminuya los embarazos de alto riesgo.

(ii) *Embarazo producto de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas.* En este supuesto, los derechos que se enfrentan son la autonomía reproductiva de la mujer y la vida del no nacido.

La autonomía reproductiva de la mujer se afecta intensamente, ya que ella no consintió el acto que produjo el embarazo. El peso abstracto del derecho es intenso porque corresponde a uno de los derechos fundamentales, el libre desarrollo de la personalidad, que ha sido considerado por la Corte como expresión directa de la dignidad humana. La certeza de la premisa empírica

es plausible, porque con la penalización del aborto se impide de manera mediana el ejercicio de la libertad de la mujer embarazada, porque la libertad prosigue durante la vida de la mujer afectada y esa afectación puede cesar en el momento del nacimiento, con la entrega, por ejemplo, del niño en un proceso de adopción, que sería una medida alternativa.

La vida del no nacido se afecta en grado intenso, porque la vida se anula en forma total. El peso abstracto es intenso, porque corresponde al derecho fundamental que es condición de posibilidad de los demás derechos. La certeza de la premisa empírica es segura, pues la libertad anula de modo certero y eficaz la vida del no nacido.

En este caso, el derecho a la vida del no nacido tendría también mayor peso, lo que significa que debe prevalecer sobre el derecho al libre desarrollo de la personalidad o a la autonomía reproductiva de la mujer. El Estado, en este caso, debe adoptar un programa de protección especial a las mujeres embarazadas como producto de un acto sexual violento, así como prevenir los actos abusivos generadores del embarazo.

(iii) *Malformaciones del embrión o del feto incompatibles con la vida extrauterina.* En este caso, los derechos que se enfrentan son el derecho a la autonomía de la mujer y el derecho a la vida del no nacido.

La autonomía de la mujer se afecta levemente, por cuanto el embarazo no afecta el núcleo esencial de ese derecho. El peso abstracto del principio es intenso, pues corresponde a uno de los derechos fundamentales del ordenamiento jurídico. La certeza de la premisa empírica es no evidentemente falsa, pues con la prohibición del aborto es mínima la eficacia y probabilidad de impedir o dificultar el ejercicio de la autonomía de la mujer.

Por su parte, la vida del no nacido se afecta en grado intenso. El peso abstracto del derecho es intenso, pues corresponde a uno de los derechos fundamentales del ordenamiento jurídico. La certeza de la premisa empírica es segura, pues la libertad de la mujer anula de modo certero y eficaz la vida humana.

También para este supuesto de derecho, la vida del no nacido tiene mayor peso, lo que significa que debe prevalecer sobre el derecho a la autonomía de la mujer, quien podrá ser beneficiada, como medida alternativa por el Estado, con la alimentación y medicación adecuada, con especial énfasis antes y después de la gestación, para que no se encuentre en una situación de alto riesgo y para evitar las malformaciones del feto, que generalmente son producto de deficiencias alimenticias o malos manejos de enfermedades maternas previas.

Toda vez que la intervención de los derechos fundamentales de la mujer han superado los juicios de ade-

cuación, necesidad y proporcionalidad, se puede inferir que es legítimo constitucionalmente adscribir como norma el derecho a la vida del no nacido y, por lo tanto, no reconocer el ejercicio del aborto como legítimo derecho fundamental de la libertad procreativa de la mujer.

SI EL ABORTO LLEGARA A SER UN PROBLEMA DE SALUD PÚBLICA, SI PUEDE JUSTIFICARSE LA DESPENALIZACIÓN PARCIAL DEL ABORTO

Uno de los argumentos que han sido utilizados para justificar la despenalización del aborto es que se trata de un hecho de salud pública. A este respecto, conviene tener en cuenta algunos estudios recientes sobre la cuestión planteada.

En efecto, el Instituto de Política Familiar (IPF Colombia), en un estudio publicado a finales del 2005, afirma que, según las cifras del DANE, en Colombia el número de muertes maternas por aborto, para los años de 2000 a 2002, fue de 60. Entre las causas del aborto, el DANE cita las siguientes: (i) embarazo ectópico; (ii) mola hidatiforme; (iii) otros productos anormales de la concepción; (iv) aborto espontáneo; (v) aborto médico; (vi) otro aborto; (vii) aborto no especificado; (ix) complicaciones consecutivas al aborto, al embarazo ectópico y al embarazo molar; (ix) terminación del embarazo que afecta al feto y recién nacido; (x) feto y recién nacido afectado por aborto espontáneo. En el año 2003, las estadísticas del DANE reportaron 45 defunciones maternas por embarazos terminados en abortos por estas diversas causas, que incluyen también las referentes a las defunciones por abortos inducidos.

Según las estadísticas del DANE, el aborto es la cuarta causa de muerte materna, después del edema, proteinuria y trastornos hipertensivos en el embarazo, el parto y el puerperio (27%), de otras afecciones obstétricas (26,9%) y de complicaciones del trabajo de parto y del parto (19,2%). Estas causas representan el 73,1% del total nacional para los años 2000 a 2002, de las cuales el 8,4% corresponden al aborto. Cifra que va en descenso, porque en 20 años, de 1982 a 2002, se ha reducido en un 71% (de 163 a 47); en 10 años, de 1982 a 1992, se ha reducido en un 51% (de 163 a 80), y en cinco años (de 1998 a 2003) se ha reducido en un 35% (de 72 a 45).

Si se tienen en cuenta los estimativos de la Organización Mundial de la Salud (OMS) en relación con la tasa de fatalidad estimada (muertes por cada 100 abortos inseguros), para la región de Latinoamérica y el Caribe, que es del 0,1%, y se contrastan con el número de muertes por aborto en Colombia, que para los años 2000 a 2002 han sido de 60, y que de estas muertes las relativas a abortos inducidos corresponden al 67% (es decir, unas 40 defunciones maternas por abortos inducidos), se practicarían aproximadamente, esa es una de las conclusiones del mencionado estudio del IPF Colombia, y como máximo, unos 40.000 abortos inducidos al año en Colombia. Cifra que dista mucho de los 300.000 y hasta 400.000 abortos inducidos, que son las cifras que han manejado los partidarios de la despenalización del aborto. Estas cifras concuerdan con el informe del Observatorio Regional para la Mujer de América Latina y el Caribe (ORMALC), publicado en septiembre de 2005, y según el cual “los datos del

DANE muestran que para el año 2001 se presentaron 64 casos de muertes maternas relacionadas con el aborto, 47 casos en el año 2002 y 45 en el año 2003. Considerando estos valores, se obtendría un número de abortos inducidos de 64.000, 47.000 y 45.000 para los años 2001, 2002 y 2003, respectivamente. Número muy inferior a los considerados por otros métodos⁴.

Los medios de comunicación poca o ninguna difusión han dado del informe de IPF Colombia, que da cuenta de que a partir de estadísticas oficiales del DANE y de los estimativos de la OMS sobre la tasa de fatalidad estimada para América Latina, puede determinarse el número aproximado de abortos inducidos en Colombia a partir del número de muertes maternas por aborto. De esta forma, si el aborto llegara a ser un problema de salud pública, lo sería pero en unas proporciones diferentes a las que han querido presentar los partidarios de las tesis abortivas.

En todo caso, para corroborar las cifras anteriores vale la pena tener en cuenta el informe del IPF España⁵

⁴ Observatorio Regional para la Mujer de América Latina y el Caribe (ORMALC). *Falsas creencias sobre el aborto y su relación con la salud de la mujer*, septiembre 2005, p. 21.

⁵ El 5 de julio de 1985 (Ley Orgánica 9/1985) se aprobó en España la ley del aborto por la que se despenalizó el aborto en tres supuestos: 1. Evitar un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada; 2. Si el embarazo es consecuencia de un hecho constitutivo de un delito de violación, previamente denunciado. 3. Presunción de graves trastornos físicos o psíquicos en el feto.



(país que aprobó en 1985 la despenalización parcial del aborto), con una población similar a la de Colombia, que da cuenta de que en el año 2003 se produjeron 79.788 abortos, es decir, un aborto cada 6,6 minutos. Desde 1985 hasta el 2003 se han producido en España 844.378 abortos. Es decir, que en cinco años (1998-2003) el aborto ha aumentado el 48,2%, y en diez años (1993-2003) el crecimiento ha sido del 75,3%. Además, el aborto se ha convertido en la principal causa de mortalidad en España.

Difícilmente Colombia, que no tiene despenalizado el aborto en ninguna circunstancia, puede tener una cifra de 300.000 ó 400.000 abortos, cuando España, con una población similar, que sí tiene despenalizado el aborto en tres casos, tiene casi 80.000 abortos al año. He de precisar, en relación con estas cifras, que están basadas en especulaciones, que han sido aceptadas por algunos órganos del Estado, por ejemplo, la Procuraduría General de la Nación, que cita como fuente el Comité Interamericano de Derechos Humanos y da la cifra de 450.000 abortos. Por su parte, este comité, en su tercer informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia, cita al Centro Legal para Derechos Reproductivos y Políticas Públicas (CRLP), quien, a su vez, cita el informe presentado por Colombia ante el Comité de la CEDAW en 1993. En este informe, clasificado como CEDAW/C/COL/2-3/Rev 1, no se cita fuente alguna.

Es decir, como concluye el informe de ORMALC de septiembre de 2005, "la cifra de 450.000 abortos al año en Colombia se basa en una presunción de hace ya

más de una década y que no tiene como respaldo algún estudio serio sobre el caso. Esta presunción ha ido pasando de organismo en organismo sin que se le haya hecho cuestionamiento alguno sobre su origen"⁶.

La fuente primaria que suele utilizarse es un estudio realizado por el Centro de Investigaciones sobre Dinámica Social, de la Universidad Externado de Colombia, realizado entre 1992 y 1995 y basado en encuestas a algo más de 33.000 mujeres, de las cuales el 22% contaban entre 15 y 55 años, quienes declararon haber tenido por lo menos una experiencia de aborto inducido, hecho que, de ser comprobado, no implica que todos los abortos se hayan realizado durante un año. "Adicionalmente, el 22% de la población equivalente mencionada es 248.046, valor que sería considerado como el número de abortos si todos se hubieran realizado el mismo año y que es casi la mitad de la cifra defendida"⁷.

En el caso de que llegara a considerarse por esta Corte que el aborto es un problema de salud pública, el juez constitucional habrá de tener en cuenta, ante la ausencia de investigaciones colombianas, estudios extranjeros que evidencien los riesgos que tiene el aborto en la salud pública. A título de ejemplo mencionaré algunos de esos estudios.

⁶ Observatorio Regional para la Mujer de América Latina y el Caribe (Ormalc). *Op. cit.*, p. 20.

⁷ *Ibidem*.



a) **El aborto y la mortalidad materna**

En una investigación del año 2005, la Organización de las Naciones Unidas⁸ da cuenta de que, en el contexto de similitudes regionales, sociopolíticas, económicas y culturales, los países que han despenalizado el aborto muestran un aumento en las tasas de mortalidad materna, y ésta es más baja que en los países donde el aborto es ilegal o está restringido para algunos casos.

En Latinoamérica⁹, la tasa de mortalidad materna más baja es la de Uruguay, con 27; luego sigue Chile (país que tiene penalizado en todas las circunstancias el aborto), con 31. En los países de la región donde el aborto está permitido sin restricciones, la tasa es en Cuba de 33 y en Guyana de 170¹⁰.

Por otra parte, es importante también resaltar que un estudio publicado en Finlandia, en 1997, demostró que las mujeres que abortan tienen un índice de mortalidad 252% mayor que las mujeres que dan a luz los doce meses posteriores al término del embarazo¹¹.

Por otra parte, otro estudio realizado en ese mismo país, entre 1987 y 2000, que incluyó la población de mujeres de Finlandia entre los 15 y 49 años y que relacionó los registros de nacimientos y de abortos con los certificados de defunción, para determinar los riesgos relativos de mortalidad en los doce meses posteriores al término del embarazo, concluyó que la tasa de mortalidad materna por causa del aborto es 2,95 veces mayor que la del parto. Las mujeres que dieron a luz tenían la mitad de la tasa de mortalidad de las mujeres que no estuvieron embarazadas en el año anterior a su muerte. Las mujeres que tuvieron un aborto inducido tenían 46% más probabilidades de morir que aquellas que no habían estado embarazadas, 60% más probabilidades que quienes tuvieron un aborto espontáneo y 195% más probabilidades de morir que las mujeres que dieron a luz¹².

Por su parte, en Colombia la mortalidad materna pasó de 71,4 por 100.000 nacidos vivos en 1998 a 104,9 por 100.000 nacidos vivos en el 2003, pero según estimativos del DANE y la OPS, el número de

⁸ United Nations. Department of Economic and Social Affairs. Population Division. *World Mortality Report*, 2005. ST/ESA/SER/A/252.

⁹ Observatorio Regional para la Mujer de América Latina y el Caribe (Ormalc). *Op. cit.*, p. 6.

¹⁰ *Ibidem*, p. 4.

¹¹ Gissler, M.; Kauppila, R.; Merilainen, J.; Toukomaa, H.; Hemminki, E. "Pregnancy-associated deaths in Finland 1987-

1994, definition problems and benefits of record linkage". *Acta Obstetricia et Gynecologica Scandinavica*, 76: 651-657, 1997. Citado en Lamus, Francisco; Rocha, Sandra. "Salud pública y aborto", *Persona y Bioética*, año 9, vol. 9, No. 1 (24), pp. 13-14.

¹² Gissler et al. "Pregnancy-associated mortality after birth, spontaneous abortion, or induced abortion in Finland, 1987-2000", *Am. J. Ob. Gyn.*, 2004, 190: 422-427. Citado en Observatorio Regional para la Mujer de América Latina y el Caribe (Ormalc). *Op. cit.*, septiembre 2005, p. 7.

defunciones maternas por aborto disminuyó en un 37,5% en este mismo período de tiempo¹³.

b) El aborto y el suicidio

Estudios realizados en California y Finlandia evindicaban la relación entre el aborto y el suicidio. Así, por ejemplo, en California se comprobó que las mujeres que habían abortado tenían 154% más probabilidad de morir a causa de suicidio. En Finlandia se demostró que la tasa de suicidio en el año posterior al aborto es tres veces más alta que la media femenina, y siete veces más alta que la de las mujeres que dieron a luz a sus hijos¹⁴.

c) El aborto y la morbilidad materna

Estudios realizados en los últimos veinte años¹⁵ han demostrado la relación entre el aborto y la morbilidad materna, por ejemplo, en lo relativo al cáncer de seno¹⁶, a la pérdida del hijo en el siguien-

te embarazo¹⁷, a la placenta previa¹⁸, al nacimiento prematuro del hijo en el siguiente embarazo¹⁹, a la depresión y a las alteraciones en el estado de ánimo²⁰, al síndrome de estrés generalizado²¹ y a la alteración del deseo sexual²².

Un estudio publicado en España en el año 2000 resume las principales complicaciones de las que hay que informar a las mujeres en la interrupción voluntaria del embarazo de primer trimestre. Las complicaciones inmediatas son los desgarros cervi-

- ¹³ Instituto de Política Familiar (IPF), Colombia. *El aborto en Colombia: informe*. Bogotá, noviembre de 2005, p. 15.
- ¹⁴ Gissler, Hemminki & Lonnqvist. "Suicides after pregnancy in Finland, 1987-94: register linkage study", *British Journal of Medicine*, 313: 1.431-4, 1996. Citado en Observatorio Regional para la Mujer de América Latina y el Caribe (Ormalc), *Op. cit.*, septiembre 2005, p. 7.
- ¹⁵ Sobre este tema, consultar Lamus, Francisco; Rocha, Sandra. "Salud pública y aborto", *Persona y Bioética*, año 9, vol. 9, No. 1 (24), p. 14.
- ¹⁶ Krieger y cols. "Exposure, susceptibility, and breast cancer risk", *Breast Cancer Research and Treatment*, 1989, 13: 205-223. MacMahon, B.; Cole, P.; Lin, M.; Mirra, A. P., et al. "Age at First Birth and Breast Cancer Risk", *Bull WHO*, 1970, 43: 209-221. Trichopolous, D.; Hsieh C.; MacMahon, B.; Lin T., et al. "Age at any Birth and Breast Cancer Risk", *International J. Cancer*, 1983, 31: 701-704.
- ¹⁷ Sun, Y.; Che, Y.; Gao, E.; Olsen, J.; Zhou W. "Induced abortion and risk of subsequent miscarriage", *Int. J. Epidemiol.*, 2003, Jun., 32(3): 449-54.
- ¹⁸ Johnson, L. G.; Mueller, B. A.; Daling, J. R. "The relationship of placenta previa and history of induced abortion", *Int. J. Gynaecol. Obstet.*, 2003, May 81(2): 191-S. Ananth, C.V.; Smulian, J. C.; Vintzileos, A. M. "The association of placenta previa with history of cesarean delivery and abortion: a meta-analysis", *Am. J. Obstet. Gynecol.*, 1997, Nov., 177(5): 1.071-S.
- ¹⁹ Moreau, C.; Kaminski, M.; Ancel, P. Y.; Bouvier, J.; Escande, B.; Thiriez, G.; Boulot, P.; Fresson, J.; Arnaud, C.; Subtil, D.; Marpeau, L.; Roze, J. C.; Maillard, F.; Larroque, B.; EPIPAGE Group. "Previous induced abortions and the risk of very preterm delivery: results of the EPIPAGE study", *BJOG*, 2005, Apr., 112(4): 430-7.
- ²⁰ Thorp, J. M. Jr.; Hartmann, K. E.; Shadigian, E. "Long-term physical and psychological health consequences of induced abortion: review of the evidence", *Obstet. Gynecol. Surv.*, 2003, Jan., 58(1): 67-79. Review.
- ²¹ Cougle, J. R.; Reardon, D. C.; Coleman, P. K. "Generalized anxiety following unintended pregnancies resolved through child-birth and abortion: a cohort study of the 1995 National Survey of Family Growth", *J. Anxiety Disord.*, 2005, 19(1): 137-42.
- ²² Bianchi-Demichelis, F.; Perrin, E.; Ludicke, F.; Bianchi, P. G.; Chatton, D.; Campana, A. "Termination of pregnancy and women's sexuality", *Gynecol. Obstet. Invest.*, 2002, 53(1): 48-53. Bielecka, Z. "The role of the midwife in decreasing the number of abortions", *Pielęg Polozna*, 1988, (5): 7-9, contd. Polish.

cales, la perforación uterina, el sangrado y la persistencia de restos del embrión dentro del útero. Las complicaciones tardías son las adherencias o simequias uterinas, las cicatrices e incompetencia cervical, que producen parto prematuro y riesgo de pérdida aumentada del siguiente hijo²³.

c) El aborto y el embarazo en adolescentes

En la investigación española publicada en el año 2005, ya mencionada, se expone que durante el año 2002, uno de cada siete abortos (13,7%, 10.957 en total) se produjo en adolescentes menores de 19 años, y ocupa el tercer lugar en la clasificación por edades²⁴; en 1991 ocupaba el quinto lugar. En los últimos diez años se duplicó el porcentaje de aborto en menores de 18 años²⁵.

d) La supuesta disminución del número de abortos y la despenalización del aborto

Que la medicina avance hasta lograr un mínimo de muertes maternas, como en Suecia, no significa que haya menos muertes de niños no nacidos que se destruyen por medio del aborto. En 1939 ese país legalizó el aborto “terapéutico”, y los abortos

continuaron en aumento; así, de 0,4/1000 mujeres durante el período 1939-43 se pasó a 3,7 en 1953 y a 20,4 en 1994²⁶.

En 1973, la Corte Suprema de los Estados Unidos, mediante la decisión *Roe vs. Wade*, legalizó el aborto en todo el país. Diez años después la cifra de abortos había crecido en un 112%. En 1990 era 2,3 veces mayor, y alcanzó un pico de 1,5 millones de abortos anuales. Desde entonces el número de abortos ha ido en descenso, pero dista mucho de un porcentaje inferior al que había antes de que se despenalizara.

En el Reino Unido, desde su despenalización, el número de abortos se ha incrementado en un 272%. En los últimos diez años aumentó 17%. Solo en Inglaterra y Gales se llevaron a cabo 185.415 abortos inducidos: en el 2004 un 2,1% más que el año anterior. Según ORMALC, “en el 2004, la tasa de aborto más alta se presentó entre las jóvenes de 18 a 24 años. Entre las adolescentes menores de 16 hubo un incremento del 6% con respecto al 2003. El 95% de los abortos se produjeron argumentando problemas para la salud física o mental de la mujer. Cerca del 1% se llevaron a cabo por razones eugenésicas; de éstos, la tercera parte eran fetos con síndrome de Down”²⁷.

²³ Sánchez Durán, M. A. JANO EMC, Viernes 9 Junio 2000, volumen 59, Número 1.349, pp. 47-50.

²⁴ Instituto de Política Familiar (IPF). *Evolución del aborto en España: 1985-2005*. Informe Serie monográfica, No. 2, Madrid, julio 2005, p.10.

²⁵ Observatorio Regional para la Mujer de América Latina y el Caribe (Ormalc). *Op. cit.*, p. 7.

²⁶ Chorro Vizcaíno, Paloma; Grita, Letizia. “Lenguaje y antilenguaje en algunos textos jurídicos europeos relativos a la regulación del aborto”. En: *Medicina y Ética*, marzo de 1996, p. 258.

²⁷ Observatorio Regional para la Mujer de América Latina y el Caribe (Ormalc). *Op. cit.*, p. 14.



Forma parte de la prudencia del juez constitucional estudiar de manera detenida las razones por las cuales los partidarios del aborto han querido usar cifras que no corresponden a la realidad y que están ordenadas a multiplicar el problema del aborto en Colombia. No con ello quiero insinuar que éste no sea un problema real ni que tenga incidencia en la salud pública; lo que pretendo resaltar es que corresponde a los jueces evaluar las implicaciones para la salud pública en Colombia de una eventual decisión que, como la de despenalizar el aborto, podría tener previsiones consecuencias, por la experiencia de otros países, para nuestro país.

Por las anteriores consideraciones, me permite solicitar a la Honorable Corte Constitucional declarar la constitucionalidad del artículo 122 de la Ley 599 de 2000, y se inhiba de pronunciarse por ineptitud de demanda en relación con los artículos 123 y 124 de la mencionada ley.

Por otra parte, y para finalizar este concepto, considero que tampoco procede la solicitud de inconstitucionalidad por omisión del legislador de los artículos 122, 123 y 124 de la Ley 599 de 2000 (Código Penal), habida cuenta de que estudiado el *iter legislativo* de las normas relativas al aborto,

puede concluirse que el legislador estudió y desecharó los tres casos que los demandantes consideran como las situaciones que justifican el aborto ético, el aborto eugenésico y el aborto terapéutico. En consecuencia, no es razonable sostener, según esta demanda, que haya una omisión legislativa, porque en el proceso de la aprobación del Código Penal se excluyeron los tres casos específicos, por considerar que: (i) en relación con el embarazo que implica un peligro para la vida o salud de la madre, esta situación está resuelta con el estado de necesidad, figura prevista en el numeral 7 del artículo 32 del Código Penal; (ii) en relación con el embarazo producto de una conducta no consentida por la mujer, esta situación está resuelta mediante la prescindencia de la pena, siempre y cuando, según lo establece el párrafo del artículo 124 del Código Penal, “se realice el aborto en extraordinarias condiciones anormales de motivación”, y la pena “no resulte necesaria en el caso concreto”; (iii) en relación con el hecho de que exista una grave malformación del feto incompatible con la vida extrauterina, porque este caso no es de frecuente ocurrencia en Colombia y porque resulta problemático también para la ciencia determinar lo que resulta incompatible con la vida humana.

Sentencia constitucional no 34-19-IN y acumulados



Sentencia No. 34-19-IN/21 Y ACUMULADOS
Jueza ponente: Karla Andrade Quevedo

Quito, D.M., 28 de abril de 2021

CASO No. 34-19-IN Y ACUMULADOS

EL PLENO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR EN EJERCICIO DE SUS ATRIBUCIONES CONSTITUCIONALES Y LEGALES, EMITE LA SIGUIENTE

SENTENCIA

Tema: La Corte Constitucional analiza la constitucionalidad de los artículos 149 y 150 del Código Orgánico Integral Penal relativos a la penalización del aborto consentido en casos de mujeres víctimas de violación y declara la inconstitucionalidad por el fondo de la frase “*en una mujer que padezca de una discapacidad mental*” contenida en el artículo 150 numeral 2 del COIP.

ÍNDICE:

I. Antecedentes y Procedimiento:	2
II. Competencia	6
III. Normas impugnadas	6
IV. Fundamentos de la acción de inconstitucionalidad.....	7
4.1. Fundamentos de la acción y pretensión del caso N° 34-19-IN.....	7
4.2. Fundamentos de la acción y pretensión del caso N° 105-20-IN.....	9
4.3. Fundamentos de la acción y pretensión del caso N° 109-20-IN.....	11
4.4. Fundamentos de la acción y pretensión del caso N° 115-20-IN.....	13
4.5 Fundamentos de la acción y pretensión del caso N° 23-21-IN.....	15
4.6. Fundamentos de la acción y pretensión del caso N° 25-21-IN.....	16
4.7. Fundamentos de la acción y pretensión del caso N° 27-21-IN.....	17
4.8. Argumentos de la Asamblea Nacional del Ecuador	18
4.9. Argumentos de la Presidencia de la República.....	20
4.10 Argumentos de la Procuraduría General del Estado.....	21
V. Análisis Constitucional.....	22
5.1. Consideraciones previas sobre la libertad de configuración legislativa y la Asamblea Nacional.....	22
5.2. ¿La sanción penal hacia niñas, adolescentes y mujeres víctimas de violación que han interrumpido su embarazo sin tener una discapacidad mental es una pena proporcional?	25
5.2.1. La protección del nasciturus y el derecho a la integridad de las niñas, adolescentes y mujeres víctimas de violencia sexual como derechos constitucionales jerárquicamente iguales, indivisibles e interdependientes.....	26

5.2.2. Proporcionalidad y penalización del delito de aborto consentido en casos de violación.....	34
5.3. ¿El artículo 150 numeral 2 del COIP es contrario al derecho a la igualdad y no discriminación al establecer como excepción únicamente el aborto consentido en casos de violación de mujeres con discapacidad mental?.....	39
5.4. Penalización del aborto consentido en casos de incesto, graves malformaciones e inseminación forzada	45
VI. Efectos de la presente sentencia	47
VII. Decisión	50

I. Antecedentes y Procedimiento:

1. El 30 de julio de 2019, Miriam Elizabeth Ernest Tejada, Olga Virginia Rosalía Gómez de la Torre Bermúdez y Katherine Alexandra Obando Velásquez, por sus propios y personales derechos y como parte de la Coalición Nacional de Mujeres del Ecuador, la Fundación Desafío y del Frente Ecuatoriano por la Defensa de los Derechos Sexuales y Derechos Reproductivos, respectivamente, presentaron una acción de inconstitucionalidad en contra de los artículos 149 y 150 del Código Orgánico Integral Penal (“COIP”). La causa fue identificada con el No. **34-19-IN**.
2. El 18 de noviembre de 2019, la Sala de Admisión de la Corte Constitucional del Ecuador avocó conocimiento de la causa No. 34-19-IN, la admitió a trámite y dispuso que la Asamblea Nacional, la Presidencia de la República y la Procuraduría General del Estado se pronuncien sobre la constitucionalidad de las normas impugnadas.
3. El 10 de noviembre de 2020, Ana Cristina Vera Sánchez, en calidad de representante legal del Centro de Apoyo y Protección de los Derechos Humanos SURKUNA; Vivian Isabel Idrovo Mora, por sus propios derechos; Lina María Espinosa Villegas, por sus propios derechos y en calidad de coordinadora legal de la organización internacional no gubernamental Amazon Frontlines; Sylvia Bonilla Bolaños, por sus propios derechos y en calidad de presidenta de la Comisión Ecuménica de Derechos Humanos CEDHU; Rosa López Machuca, por sus propios derechos y en su calidad de coordinadora del Movimiento de Mujeres del Oro; y, Ana Gómez Alonso, por sus propios derechos y en calidad de presidenta de la Fundación Lunita Lunera, presentaron una acción de inconstitucionalidad en contra del numeral 2 del artículo 150 del COIP, con solicitud de medidas cautelares. El proceso fue signado con el No. **105-20-IN**.
4. El 18 de noviembre de 2020, Mayra Cristina Cachaguay Obando, por sus propios derechos y en calidad de presidenta de la organización Mujeres por el Cambio; María Fernanda Chalá Espinoza, Doménica Camila Aguirre Macas y Catherine Mayte González Silva, por sus propios derechos; y, Edgar Paúl Jácome Segovia, director ejecutivo de la Fundación Kintiñan para la Defensa de los Derechos Humanos y la Naturaleza en el Ecuador, presentaron una acción de



inconstitucionalidad en contra del numeral 2 del artículo 150 del COIP. La causa fue identificada con el No. **109-20-IN**.

5. El 10 de diciembre de 2020, Nidia María Soliz Carrión, por sus propios derechos y en calidad de Coordinadora del Cabildo de las Mujeres del cantón Cuenca, y Johanna Melyna Romero Larco y Milton David Salazar Páramo, por sus propios y personales derechos y como miembros de BOLENA Género y Diversidades, presentaron una acción de inconstitucionalidad en contra del numeral 2 del artículo 150 del COIP. Esta acción fue identificada con el No. **115-20-IN**.
6. El 03 de febrero de 2021, la Sala de Admisión de la Corte Constitucional del Ecuador avocó conocimiento de la causa No. **115-20-IN**, la admitió a trámite, dispuso su acumulación al caso No. 34-19-IN y corrió traslado a la Asamblea Nacional, a la Presidencia de la República y a la Procuraduría General del Estado para que se pronuncien sobre la constitucionalidad de las normas impugnadas.
7. El 11 de marzo de 2021, la Sala de Admisión de la Corte Constitucional del Ecuador avocó conocimiento de la causa No. **109-20-IN**, la admitió a trámite, dispuso su acumulación al caso No. 34-19-IN y corrió traslado a la Asamblea Nacional, a la Presidencia de la República y a la Procuraduría General del Estado para que se pronuncien sobre la constitucionalidad de las normas impugnadas.
8. De igual manera, el 11 de marzo de 2021, Freddy Vinicio Carrión Intriago, en calidad de Defensor del Pueblo; Dayana Ávila Benavidez, en calidad de Coordinadora Nacional de Derechos Humanos y de la Naturaleza de la Defensoría del Pueblo; Harold Andrés Burbano Villarreal, en calidad de Coordinador Nacional de Protección de Derechos Humanos y de la Naturaleza de la Defensoría del Pueblo de Ecuador; y, Ximena del Pilar Cabrera, en calidad de Directora Nacional del Mecanismo para la Prevención de la Violencia contra las mujeres y basada en género de la Defensoría del Pueblo, presentaron una acción de inconstitucionalidad en contra del numeral 2 del artículo 150 del COIP. La causa fue identificada con el No. **23-21-IN**.
9. El 19 de marzo de 2021, las accionantes del caso No. **105-20-IN** presentaron un escrito en el que reiteraron su pedido de medidas cautelares y de admisión de la acción de inconstitucionalidad.
10. El 22 de marzo de 2021, Lita Martínez Alvarado, en calidad de directora ejecutiva del Centro Ecuatoriano para la Promoción y Acción de la Mujer (CEPAM), presentó una acción de inconstitucionalidad en contra del numeral 2 del artículo 150 del COIP. El proceso fue signado con el No. **25-21-IN**.
11. El 08 de abril de 2021, María Dolores Miño Buitrón, en calidad de directora ejecutiva del Observatorio de Derechos y Justicia, Mónica Banegas Cedillo, co-fundadora de la Red de Mujeres Constitucionalistas del Ecuador, y Daniela



Alejandra Sánchez Sevilla, María Paula Marroquín Ruiz, María Doménica Rodríguez Ramos, Isabella María Palacios Ordoñez, Astrid Alejandra Cabrera Triviño, Aury Sofía Villavicencio Galarza y María Carolina Ruiz Duque, por sus propios derechos, interpusieron una acción de inconstitucionalidad en contra del numeral 2 del artículo 150 del COIP. El proceso fue signado con el No. **27-21-IN**.

12. Con fechas 15 y 16 de abril de 2021, la Sala de Admisión de la Corte Constitucional del Ecuador avocó conocimiento de las causas No. **105-20-IN, 23-21-IN, 25-21-IN** y **27-21-IN** las admitió a trámite respectivamente, dispuso su acumulación al caso No. 34-19-IN y corrió traslado a la Asamblea Nacional, a la Presidencia de la República y a la Procuraduría General del Estado, para que se pronuncien sobre la constitucionalidad de las normas impugnadas.
13. El 21 de abril de 2021, el Pleno de la Corte Constitucional aprobó la priorización de la causa y sus casos acumulados¹.
14. En la presente causa se han presentado *amici curiae* por parte de Carlos Arsenio Larco, Evis Oliva Enríquez de la Cruz, Carmen de Lourdes Pazmiño Pazmiño, Joan Miguel González Vera, Ricardo Martín Prieto Andrade, Lorena Carvallo Torres, Julieta Cristina Sagñay Vera, Carlos Andrés Idrovo Zambrano, Stephanie Guadalupe Herrera, Carlos Enrique Fierro Morales, Ana María Goetschel, Alberto Rodolfo Kornblihtt, Marisa Herrera, Natalia de la Torre, Carla Gabriela Patiño Carreño, Myriam Stella Pérez Gallo, Francisco José Cevallos Guerrero, Génesis Carolina Ramírez Calva, Estefanía Aguirre Chauvin, Tamia Belén Rodríguez Rodríguez, María Victoria Piedra Carrión, Mónica Alejandra Rojas Puente, Andrea Andrade Granda, María José Alcívar, Ana Gabriela Anda Jiménez, Luz Arpi Landázuri, Juan José Marcillo Tipanta, Francisco Freire Segarra, Rosa Marisol Castro Calderón, María Verónica Valarezo Carrión, Irina Almira Amengual Hoogesteijn, Ximena Alejandra Cárdenas Reyes, Brenda Espinoza Gárate, Diego Jadán-Heredia, José Ignacio López Vigil, Paolina Vercoutere Quinche, Alexandra Serrano Flores, Nathalia Quiroz del Pozo, Graciela Ramírez Iglesias, Yohama Araceli Calderón Huachi, Andrea Lorenza Peñaherrera Vaca, Lizbeth Carolina Toro Santillán, Ariana Graciela Herrera Salazar, Nelly Minyersky, María Andrea Cuéllar Camarena, Katherine Denisse Gallardo Naranjo, Estefanía Alejandra Espín Armas, Sofía Zaragocin, Ariadna Tovar Ramírez, Tania Sordo Ruz, Jakeline Genoveva Calle Roldán, María Fernanda Soliz Torres, Alisson Alejandra Chiriboga Pérez, Camila Alejandra Flores Jiménez, Cristina Burneo Salazar, Olga Cristina Rosero Quelal, Ana Lucía Martínez Abarca, César Antonio Paz y Miño Cepeda, Tatiana del Cisne Jiménez Arrobo, Maritza Gabriela Andino Vásquez, Marcela Natalia Rocha Andino, Susana Guijarro Paredes, Michelle Andrea Játiva Fustilos, Carmen

¹ Conforme al Acta No. 016-O-2021-CC de la sesión ordinaria de 21 de abril de 2021, el informe de priorización fue aprobado con 7 votos a favor de los jueces constitucionales Hernán Salgado Pesantes, Daniela Salazar Marín, Ali Lozada Prado, Agustín Grijalva Jiménez, Ramiro Avila Santamaría, Enrique Herrería Bonnet y Karla Andrade Quevedo y 2 votos en contra de las juezas constitucionales Teresa Nuques Martínez y Carmen Corral Ponce.



Zambrano Semblantes, Mónica Ojeda, Fernando Xavier Maldonado Dávila, Erika Lorena Arteaga Cruz, María Rosa Cevallos Castells, Lucía Pérez Martínez, Aimée Maron, Lucy Helena Blacio Pereira, Eugenia Patricia Novoa Zubiria, Patricia Castillo Briceño y Nancy Carrión Sarzosa, todos ellos por sus propios derechos.

15. Así también, se presentaron *amici curiae* por parte de Bella Irma Maldonado Guerrero, en representación de la Asociación de Fieles “María de la Buena Esperanza”; Ángela Mateus Arévalo y Ana María Méndez Jaramillo, en representación del colectivo Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres; Marcela Paola Aguiñaga Vallejo, en calidad de ex presidenta de la Comisión Especializada de Justicia y Estructura del Estado de la Asamblea Nacional y asambleísta por la provincia del Guayas, y Marcela Priscila Holguín Naranjo, en calidad de asambleísta por la provincia de Pichincha; Cinthya Lisbeth Solano Solano, vocera del Colectivo Creando Juntas; María Cristina Almeida Montúfar, en calidad de presidenta de la Fundación Nina Warmi; Susana Chávez, representante de la red jurídica del Consorcio Latinoamericano contra el Aborto Inseguro (CLACAI); Diana Mishelle Calle Sánchez y Andrea Estefanía Cajamarca Torres, en calidad de miembros de la Organización Comunitaria de Mujeres en Resistencia “Sinchi Warmi”; Martha Paola Fernández Lozano, en calidad de representante del Centro Las Libres de Información en Salud Sexual Región Centro A.C. México; Oriana López Uribe, representante legal de la organización Balance Promoción para el Desarrollo y Juventud AC; Patricia Genoveva Gálvez Zaldumbide, en representación de la organización Centro Ecuatoriano de Desarrollo y Estudios Alternativos (CEDEAL); María de los Ángeles Condo Sánchez y otras, en representación de la Colectiva Guambres Verdes Tungurahua; Victoria Magnavacca Coelho, Mariana Prandini Fraga Assis y Thayná Silva Campos, en representación del Colectivo Margarida Alves de Popular; Karina Soledad Marín Lara, en calidad de vocera de la Red de Mujeres con discapacidad; Sofía Isabel Benavides Ochoa, en representación de la organización El Parte es Nuestro Ecuador; Fernanda Doz Costa, directora adjunta para las Américas de Amnistía Internacional; Lucía Hernández García y Selene Soto Rodríguez, abogadas de la organización internacional Women's Link Worldwide; Natalia Gherardi, directora ejecutiva del Equipo Latinoamericano de Justicia y Género (ELA); Angie Katherine Toapanta Ventura, Coordinadora General del Centro de Investigación y Defensa del Derecho al Trabajo (CIDDT); Catalina Martínez Coral y otras, en representación del Centro de Derechos Reproductivos; Typhaine León, en representación de la organización Mujeres de Frente; María Antonieta Alcalde Castro, directora de Ipas Centroamérica y México (Ipas CAM); Andreina Mercedes Sevillano Molina, María Luisa Pasmiño Rodríguez y Shantal Elizabeth Vallejo Cambindo, en representación del colectivo “VIGILIA”; y, Olga Muñoz Reyes, fundadora de la agrupación Jóvenes por el Derecho a la Vida y miembro de la Fundación Pronacer.
16. Además, se plantearon *amici curiae* por parte de David Alejandro Samaniego Rojas y otros, en representación del Colectivo Jurídico Universitario y Coalición Feminista Universitaria; Octavio Miranda Ruiz, presidente del Comité de Derechos



Sexuales y Reproductivos de Ecuador (CODESER); Mary Cabrera Paredes, en representación de la Fundación Sendas; Pilar Rassa Parra y otros, en representación del Observatorio de Género y Diversidad del Colegio de Abogados de Pichincha; José Redrován, en representación de las organizaciones Cuenca Escoge la Vida y Save the 1; Amable Ramón Peña Lazo, en calidad de presidente de la Fundación Vida; José Ignacio Gómez Vera y Roberto Luis Zambrano Cuntó, en representación de la Sociedad Ecuatoriana Tradición y Acción Pro Cultura Occidental; Óscar Gómez Vera, en representación de la Liga Católica Pro Familia Ecuatoriana; Soledad Manuela Angus Freré, miembro del colectivo Aborto Libre Guayaquil; Vanessa Mejía Suárez, en representación de la organización Padres de las Ciudadelas Villas del Rey; Iván Patricio Cadena Asencio, en representación de la organización Padres de la Joya; Hernán Arias González, en representación del Consejo Nacional Cristiano del Ecuador; Ernesto López Vargas, en representación del Grupo Patria Libre; Jaime Omar Bustamante Gafter, en representación de la organización Padres con Derecho; Gladys Gisselle Larrea Palacios, en representación de la organización Familia con Valores; Eliana Emperatriz Cabrera Díaz, en representación de la organización Las Madres tienen Voz; Gladys Zulay Arévalo y otros, en representación de la Fundación Acción PROVIDA; Billy Navarrete Benavidez y Abraham Aguirre García, en calidades de secretario ejecutivo y abogado del Comité Permanente por la Defensa de los Derechos Humanos, respectivamente; Oscar A. Cabrera, y otros, en representación del Instituto O'Neill para el Derecho y Salud Nacional y Global de la Universidad de Georgetown; Melissa Eugenia Moreano Venegas y otras, en representación del Colectivo de Geografía Crítica del Ecuador; Laura Leonor Gil Urbano, en representación de la organización Grupo Médico por el Derecho a Decidir-Colombia; Paulina Muñoz Samaniego, en representación del Colectivo de Género Acción Política y el Centro de Estudios Carlos Mariátegui; y, Aimée DuBois, en representación de la organización Huertomanías.

17. Mediante auto de 22 de abril de 2021 la jueza constitucional Karla Andrade Quevedo, avocó conocimiento de la causa.

II. Competencia

18. La Corte Constitucional es competente para conocer y resolver la presente acción pública de inconstitucionalidad, en virtud de lo previsto en el artículo 436 numeral 2 de la Constitución de la República del Ecuador ("CRE"), en concordancia con los artículos 75 numeral 1 literal c) y 98 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional ("LOGJCC").

III. Normas impugnadas

19. Los artículos 149 y 150 del COIP establecen lo siguiente:

"Art. 149.- La persona que haga abortar a una mujer que ha consentido en ello, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.



La mujer que cause su aborto o permita que otro se lo cause, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a dos años.

Art. 150.- El aborto practicado por un médico u otro profesional de la salud capacitado, que cuente con el consentimiento de la mujer o de su cónyuge, pareja, familiares íntimos o su representante legal, cuando ella no se encuentre en posibilidad de prestarlo, no será punible en los siguientes casos:

- 1. Si se ha practicado para evitar un peligro para la vida o salud de la mujer embarazada y si este peligro no puede ser evitado por otros medios.*
- 2. Si el embarazo es consecuencia de una violación en una mujer que padezca de discapacidad mental".*

IV. Fundamentos de la acción de inconstitucionalidad

4.1. Fundamentos de la acción y pretensión del caso N° 34-19-IN

20. Las accionantes consideran inconstitucional la frase “*que padezca de discapacidad mental*”, contenida en el numeral 2 del artículo 150 del COIP. Además, solicitan que “*por el principio de unidad normativa*”, después de la frase “*una mujer que ha consentido en ello*” del artículo 149 del COIP, debería incluirse: “*excepto en caso de violación, incesto, malformación grave del feto y embarazo por inseminación forzada*”.

21. Plantean como disposiciones constitucionales presuntamente infringidas por razones de fondo de las normas impugnadas, las contenidas en el artículo 66 numerales 2, 3 literales a) y b), 4, 5, 6, 9 y 10 de la CRE. Así también, sostienen que existe una incompatibilidad normativa con tratados, observaciones y recomendaciones de diversos organismos internacionales en materia de derechos humanos que forman parte del bloque de constitucionalidad. Concretamente señalan vulneradas:

1. La interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (“CADH”) en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos *Artavia Murillo vs. Costa Rica y Rosendo Cantú y otra vs. México*, especialmente del artículo 4 numeral 1 de la Convención.
2. La recomendación general No. 35 sobre violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general No. 19 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de 26 de julio de 2017, especialmente el párr. 29.
3. La última observación de las observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre el tercer informe periódico de Ecuador aprobada en su 58 sesión, celebrada el 30 de noviembre de 2012.



4. La última observación contenida en las observaciones finales del Comité de Derechos Humanos, sobre el sexto informe periódico del Ecuador, en su sesión 3294 celebrada el 11 de julio de 2016.
 5. La última observación contenida en las observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados del Ecuador, aprobado en su 2251 sesión que tuvo lugar el 29 de septiembre de 2017.
 6. La última observación de las observaciones finales del Comité contra la Tortura sobre el séptimo informe periódico del Ecuador en la sesión 1490 celebrada el 28 de noviembre de 2016.
- 22.** Manifiestan que las normas impugnadas suponen una penalización a la interrupción del embarazo en casos tan graves que vulneran el derecho a una vida digna, pues “*la violación o el incesto constituyen irrupciones tan graves en la vida de una mujer, en su intimidad, en su integridad, pues alteran sus decisiones en la vida sexual, quizás la parte más íntima de un ser humano, que las huellas pueden perdurar para siempre. No considerar que el hecho de una violación redujo a tal punto el libre albedrio, en una de las decisiones más íntimas como es la sexualidad, y exigir que esa mujer que no pudo decidir si tener o no relaciones sexuales, deba además vivir una maternidad impuesta por temor al castigo legal, constituye discriminación en razón del género y una verdadera tortura*”.
- 23.** Respecto del derecho a la integridad personal, las accionantes explican que en la violación y en el incesto existen secuelas sociales como sentimientos de rechazo, vergüenza y culpa que hacen que la vida moral, psíquica y social de la víctima sean alteradas. Asimismo, sostienen que la CRE garantiza una vida libre de violencia y “*si el origen del embarazo es violento y la razón de sostenerlo es una amenaza para la libertad, constituyen ambas una acción violenta (...) porque el Estado se constituye en el principal perseguidor de una mujer que decide abortar cuando ha sido violada*”.
- 24.** Por otra parte, alegan que las normas impugnadas contraría el derecho al libre desarrollo de la personalidad, por cuanto éste implica que las personas son soberanas de sí mismas y pueden decidir cuáles son las mejores opciones para su vida.
- 25.** Alegan, además, que mantener el aborto como punible vulnera el derecho a la igualdad formal y material y constituye una discriminación en su contra, puesto que “*se debe recordar que la mujer históricamente es un ser humano cuya autonomía es incompleta, pues depende de que otros impongan sobre ella la posibilidad de decidir sobre su cuerpo. Es a la mujer a la única que se le obliga, con amenaza de cárcel, a proteger a otro que todavía no es una persona, se le obliga a sacrificar sus derechos no por situaciones de excepción producidas por el conflicto con los*



derechos de otra persona, sino para cumplir con un rol que se ha asignado socialmente a la mujer, el de ser madre incluso si no quiere”.

26. Por último, respecto a la inconstitucionalidad en caso de graves malformaciones del feto, sostienen que se vulnera el derecho a tomar decisiones libres, responsables y decidir cuándo y cuántos hijos e hijas tener.

4.2. Fundamentos de la acción y pretensión del caso N° 105-20-IN

27. Las accionantes solicitan que la frase “*que padezca de discapacidad mental*”, contenida en el numeral 2 del artículo 150 del COIP, sea declarada inconstitucional. Alegan que la frase impugnada vulnera los derechos a la integridad personal (art. 66 numeral 3 de la CRE), a la igualdad formal y material y no discriminación (art. 66 numeral 4 de la CRE), a la salud (art. 32 de la CRE), a la vida (art. 66 numeral 1 de la CRE), a la vida digna (art. 66 numeral 2 de la CRE), a la dignidad y a la autonomía (art. 66 numeral 29 literal a) de la CRE); al libre desarrollo de la personalidad (art. 66 numeral 5 de la CRE), a tomar decisiones libres e informadas sobre la sexualidad, la vida y orientación sexual (art. 66 numeral 9 de la CRE), a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre la salud y vida reproductiva y a decidir cuándo y cuántas hijas e hijos tener (art. 66 numeral 10 de la CRE), y a la intimidad personal y familiar (art. 66 numeral 20 de la CRE).
28. Afirman que existe una incompatibilidad normativa entre la frase impugnada y los derechos a la protección especial, la no revictimización y la reparación integral de las víctimas de infracciones penales (art. 78 de la CRE), y a recibir atención prioritaria y especializada de las mismas y de las niñas, personas menores de edad y adolescentes con capacidad de abortar (art. 35 de la CRE). Además, señalan los tratados e instrumentos internacionales que, a su criterio, el Ecuador incumple al mantener vigente la frase cuestionada.
29. Argumentan que, de acuerdo con el derecho internacional de los derechos humanos, “*la penalización de aborto en casos de violencia sexual, violación e incesto, aumenta el sufrimiento de las mujeres víctimas y sobrevivientes de violencia sexual, quienes ya sufrieron daños en todas las dimensiones de su integridad por la violencia sexual que sufrieron. Por tanto, la penalización del aborto en estos casos implica una forma de tortura en sí misma*”. Añaden que “*obligar a las mujeres a sufrir en su cuerpo las consecuencias del delito del que han sido víctimas supone reproducir su victimización e implica infligir daños psicológicos y morales que configuran un trato cruel, inhumano y degradante*”.
30. En cuanto al derecho a la igualdad formal y material y no discriminación, exponen su desarrollo internacional y aseveran que “*el punto central de la comparabilidad de los grupos de mujeres, personas con capacidad de abortar, niñas y adolescentes respecto del cual el numeral 2 del artículo 150 del COIP establece una*



diferenciación legal, no puede ser la discapacidad mental, sino el hecho de haber quedado embarazadas producto de una violación sexual”.

31. Al realizar un test de proporcionalidad, determinan que la penalización del aborto por violación “*no solo que no protege a la mujer embarazada -violada-, sino que la coloca muchas veces en la situación extrema de buscar abortos en condiciones inseguras, arriesgando su vida y su salud: la obliga a continuar con un embarazo forzado y a una maternidad forzada, lesionando gravemente su integridad personal, su autonomía, su dignidad, entre otros derechos. [...] Si se trata de brindar cuidado y protección desde la concepción, entendido de acuerdo con la interpretación dada por la Corte Interamericana penalizar el aborto en casos de violación no es un medio adecuado y por lo tanto la disposición impugnada no supera siquiera el criterio de idoneidad. Asimismo, de todos los medios adecuados que podrían haberse escogido para proteger el pretendido fin legítimo, se ha utilizado el medio más lesivo, aquel que restringe y priva de contenido varios derechos fundamentales de las mujeres, niñas, adolescentes o personas con capacidad de abortar que no padezcan de discapacidad mental, víctimas de violación y embarazadas, al imponerlas un embarazo forzoso, la continuidad de un embarazo forzoso y una maternidad forzosa, todas prácticas coercitivas que afectan la dignidad, la autonomía y la igualdad de las mujeres*”.
32. Sobre el derecho a la salud, aducen que “*la penalización del aborto en general y en específico la penalización del aborto por violación, constituye una traba innecesaria para que las mujeres puedan conseguir sus objetivos en salud al restringir determinados servicios de salud reproductiva; además, las obliga a buscar servicios clandestinos e inseguros que las exponen a muertes, daños en su integridad y complicaciones en su salud, sumado al hecho de que la clandestinidad en la cual se realizan estos abortos causa un gran sufrimiento psicológico, aumentado a las afectaciones propias de los casos de violación*”.
33. Con respecto al derecho a la vida, señalan que “*el Estado conoce el riesgo inminente e inmediato para el derecho a la vida de todas las niñas, adolescentes, mujeres y personas de las disidencias sexo genéricas, víctimas de violación como resultado de la disposición impugnada*”.
34. También alegan que “*la disposición impugnada, al exponer a las mujeres a riesgos innecesarios por tomar decisiones sobre su vida reproductiva, al imponerles embarazos forzados y maternidades forzadas, vulnera también el derecho de las mujeres a la vida digna, pues restringe su capacidad de acceso a servicios de salud seguros; las expone a riesgos prevenibles; tiene impactos en su situación laboral y acceso y permanencia en el sistema educativo; y, limita de forma desproporcionada su autonomía de decisión sobre su vida y reproducción*”.
35. Explican que “*la penalización del aborto y la existencia de la disposición impugnada, atenta contra la dignidad de las mujeres también al permitir que se*



justifique la violencia contra la mujer en el ámbito obstétrico, familiar y social, pues por un lado perpetúa la idealización de la maternidad como destino manifiesto, instinto e inclinación natural de la mujer y por otro lado refuerza la creencia de que el aborto es un asesinato, de esta manera se promueve la consideración de que las mujeres que no desean ser madres son seres antinaturales, perversos, e incompletos; se mantiene la creencia de que la crianza de las y los hijas/os es responsabilidad únicamente de las mujeres lo que permite que el maltrato a las mujeres que buscan atención post-aborto sea una práctica común y que la denuncia por parte de los profesionales de salud a las mujeres por aborto sea vista como una obligación legal y moral, a pesar de ser un delito”.

36. Sostienen que “*las víctimas, en los términos del artículo 78 de la CRE tienen derecho a una protección especial y a mecanismos de reparación integral como la restitución, rehabilitación, indemnización, garantías de no repetición, conocimiento de la verdad de los hechos y satisfacción*”.

37. Finalmente, aducen que “*la atención prioritaria a la que tienen derecho las personas víctimas de violencia sexual está estrechamente relacionada y se refuerza con el principio de trato prioritario recogido a favor de los niños, niñas y adolescentes. En el caso particular de las niñas, adolescentes y personas con capacidad de abortar menores de edad, víctimas de violencia sexual y embarazadas que no tienen ninguna discapacidad mental, el derecho a la protección reforzada y atención especializada se enlaza con el principio de interés superior de niños, niñas y adolescentes estableciendo obligaciones especiales para su protección. En este sentido, la despenalización del aborto en casos de violencia sexual garantizará la aplicación material del principio de igualdad, ya que reconoce que ciertos grupos presentan algunas circunstancias particulares de su vida que dificultan el acceso a los mecanismos ordinarios de protección y por ello requieren tratamiento preferente o incluso generación de mecanismos especiales para su protección*”.

4.3. Fundamentos de la acción y pretensión del caso N° 109-20-IN

38. Las accionantes alegan que el numeral 2 del artículo 150 del COIP contraviene los artículos 3 numeral 1, 11, 48 numeral 7, 66 numeral 3 literal a), 84 y 424 de la CRE, así como lo establecido en observaciones realizadas por comités de Naciones Unidas.

39. Argumentan que, en los cinco códigos penales que se han promulgado a lo largo de la historia de Ecuador, “*la sexualidad femenina fue castigada desde las más rígidas regulaciones [...] basadas en un machismo misógino que entiende a las mujeres, no como personas, sino como objetos; no como seres sexuales, sino como seres pasivos, sumisas y al servicio del deseo ajeno, de la única sexualidad activa posible: la de los hombres*”.



40. Tras dar un recuento de las particularidades de cada código penal, analizan la norma impugnada a partir de un test de razonabilidad. Dentro de este, definen que “*la distinción establecida entre mujeres con discapacidad y mujeres sin discapacidad para dar (sic) permitir un aborto cuando el embarazo ha sido producto de violación, contiene un fin eugenésico*”. En este sentido, señalan que la eugenésia “*no solamente que desconoce el derecho que todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos y oportunidades (art. 11.2), sino que además establece una jerarquía entre los seres humanos en donde unos son más valiosos que otros*”. Por tanto, manifiestan que la distinción no persigue un fin constitucional.
41. Dentro del mismo test, cuestionan la razonabilidad del trato desigual, basándose en los parámetros de que sea: (i) adecuado; (ii) necesario; y, (iii) proporcionado. Sobre el primer punto, expresan que “*cualquier adecuación a un fin inconstitucional, no resulta aceptable, de modo que desde su origen el trato diferenciado no es razonable, siendo además discriminatorio*”. Añaden que “*es una falacia decir que la Constitución prohíbe el aborto. Lo que hizo el constituyente fue establecer una protección y cuidado al NASCITURUS como un ser que en potencia será persona, tan es así que la proporcionalidad de la pena entre el aborto y el homicidio es distinta. El legislador sabe que el NASCITURUS no es persona y así como los derechos de las personas los derechos del ser que está por nacer no pueden estar unos sobre otros, sino que dependiendo de la situación deben ser ponderados*”. Señalan además, que “*la despenalización del aborto no significa promover dicha práctica, sino que la mujer pueda tener la capacidad de definir sobre su cuerpo y no morir en camas de hospitales por abortos clandestinos*”.
42. En cuanto al parámetro de necesidad, manifiestan que “*el artículo 11.2 de la Constitución menciona las categorías que prima facie se encuentran prohibidas para establecer distinciones en el reconocimiento, goce o ejercicio los (sic) derechos establecidos en la Constitución*”. Por ende, alegan que “*cualquier argumento que pretenda defender la distinción entre mujeres con discapacidad y mujeres sin discapacidad para ejercer al (sic) derecho de libertad reproductiva, dignidad humana, integridad física, salud, integridad personal, deberá probar cómo aquella es menos lesiva*”.
43. Con respecto a la proporcionalidad, señalan que, mientras el fin que satisface el trato desigual es la eugenésia, “*el principio que se (sic) está siendo afectado es el de la dignidad humana, libertad sexual, libertad reproductiva, integridad física, integridad sexual, de niñas, adolescentes y mujeres a quienes esta distinción excluye*”. Por tanto, concluyen que el numeral 2 del artículo 150 del COIP vulnera el derecho a la igualdad y no discriminación.
44. Los accionantes argumentan también que la norma impugnada atenta contra el derecho a la integridad personal y una vida libre de violencia (art. 66 numeral 3 CRE). Señalan que todas las mujeres son potenciales víctimas de violación, “*por lo cual, impedir a las mujeres que no poseen una discapacidad mental, poder abortar*



en estos casos, constituye no solo un evidente trato discriminatorio, sino también, una patente de corso para, que además de la impunidad, de la cual en muchas ocasiones gozan los violadores, la víctima tenga que soportar la carga de un acto que además de delincuencial, afecta la paz y la integridad personal de las mujeres".

45. Alegan que la Constitución “establece la obligación de la Asamblea Nacional y demás cuerpos legislativos la obligación formal y material, de las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en ella así como los tratados internacionales para garantizar la dignidad del ser humano”. En este sentido, manifiestan que la violencia sexual es “un atentado contra la dignidad humana de las mujeres, niñas y adolescentes, con discapacidad o no, pues obstaculiza e incluso llega a impedir el desarrollo del proyecto vital”.
46. Por último, explican que, a pesar de que el Estado tiene la obligación de proteger a las personas con discapacidad (art. 48 numeral 7 CRE), la distinción generada en el numeral 2 del artículo 150 del COIP “genera una estigmatización de las personas con discapacidad mental”, por tener un fin eugenésico.

4.4. Fundamentos de la acción y pretensión del caso N° 115-20-IN

47. Las accionantes sostienen que la frase “*en una mujer que padezca de discapacidad mental*”, contenida en el numeral 2 del artículo 150 del COIP “contraviene los artículos 11 numerales 2 de la Constitución en tanto vulnera el Principio de Igualdad y no discriminación de las mujeres con discapacidad y en general de las personas con discapacidad, al establecer una distinción no razonable basada en la discapacidad”.
48. Alegan que esto supone a las mujeres “*una imposición de la maternidad*”, lo cual vulnera a su vez sus derechos a: (i) decidir sobre su salud y vida reproductiva (art. 66, numeral 10 de la CRE); (ii) su dignidad humana (art. 11, numeral 7 de la CRE); (iii) la vida digna (art. 66, numeral 2 de la CRE); y, (iv) la integridad personal (art. 66, numeral 3 de la CRE).
49. Afirman que la norma impugnada contraviene el principio de igualdad en sus dos dimensiones (como no discriminación y como no sometimiento), por cuanto “introduce como criterio de distinción la discapacidad para diferenciar a las mujeres con discapacidad y mujeres sin discapacidad embarazadas como resultado de una violación”, y en consecuencia, “introduce una restricción a los derechos a la vida, dignidad, integridad, salud, libertad para decidir sobre su vida reproductiva de niñas y mujeres víctimas de violación, que no poseen una discapacidad”.
50. Añaden que, de conformidad con el artículo 11, numeral 2 de la CRE, cualquier distinción por motivo de discapacidad “se entiende prima facie prohibida y por lo tanto inconstitucional, salvo que el Estado identifique razones suficientes para tal distinción”.

51. En este sentido, identifican que el fin del artículo 150 del COIP es precautelar el “derecho a decidir sobre la vida reproductiva de las niñas y mujeres, conforme el artículo 66 numeral 10 de la Constitución”. Manifiestan que “el fin de una norma que no prohíbe el aborto por violación, es evitar una maternidad forzada y principalmente evitar la prolongación de vulneraciones de derechos, reconociendo y asegurando a las víctimas de violación, su derecho a decidir sobre su vida y salud reproductiva. Cuestión que torna al fin en constitucionalmente válido por ser acorde al artículo 66 numeral 10 de la Constitución”. Por el contrario, argumentan que, según la redacción actual del numeral 2 del artículo 150 del COIP “el fin antes mencionado se ve trastocado, y vuelve arbitraria e irrazonable el criterio de discapacidad incorporado; es decir, el criterio de distinción resulta no idóneo al fin propuesto”.
52. Sostienen que la norma impugnada “precautela el derecho de decidir libremente únicamente a una mujer con discapacidad mental que se encuentre embarazada como consecuencia de una violación”, pero al hacerlo, introduce una distinción estereotipada, “incorporando una presunción según la cual, una mujer con discapacidad mental no es capaz de consentir ninguna relación sexual y por tanto siempre es víctima de violencia sexual”, lo cual contradice el artículo 12 de la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad.
53. Además, alegan que “si consideramos que la ausencia de consentimiento está presente en cualquier caso de violación a una mujer, con independencia de la condición de discapacidad, el pretender precautelar el derecho solo del grupo de mujeres en razón de su discapacidad mental, se incurre en una violación del principio de igualdad y no discriminación de las mujeres embarazadas como consecuencia de una violación pero que no padecen una discapacidad mental”.
54. En este sentido, cuestionan que el COIP se basa en el criterio de “ausencia de consentimiento” en sus artículos 147 y 149 “para establecer penas distintas en razón del consentimiento o no de la interrupción del embarazo, sin embargo no considera este mismo criterio para reconocer el derecho a decidir a toda mujer víctima de violación”.
55. Con esto, afirman que “la causal de violación a la condición de discapacidad, no solo que afecta el fin presuntamente perseguido de la norma en general, sino que puede producir una interpretación que incluya un fin eugenésico, al procurar evitar el nacimiento de seres humanos que puedan tener alguna discapacidad”.
56. Exponen su análisis sobre la norma impugnada a partir de un test de igualdad y determinan que la concepción histórica de la discapacidad se ha mantenido, pues las causales de despenalización del aborto han seguido vigentes desde el Código Penal de 1938, sustituyendo únicamente a los términos “demente” e “idiota” por “discapacidad mental”. De ahí que concluyen que el numeral 2 del artículo 150



“*contiene un fin eugenésico*” y consideran que no es un objetivo válido a la luz de la Constitución que se desconozca “*que todas las personas son iguales y gozan de los mismos derechos y oportunidades*” de conformidad con el artículo 11.2 de la CRE.

57. Dentro del test de igualdad, agregan que el trato desigual no es razonable, pues no cumple los parámetros de adecuación, necesidad y proporcionalidad, puesto que el fin de la norma impugnada es inconstitucional. En consecuencia, consideran que “*la frase ‘en las mujeres que padeczan discapacidad mental’ no constituye una distinción razonable, sino arbitraria, vulnerando el principio de igualdad y no discriminación*”.
58. Por otro lado, sostienen que la norma violenta la libertad reproductiva (art. 66, numeral 10 de la CRE) en perjuicio de las mujeres que no tienen discapacidad mental y que “*la categoría de discapacidad se torna subinclusiva en tanto excluye a otras mujeres que encontrándose en la misma situación que se pretende tutelar (embarazo por violación) quedan apartadas por el criterio seleccionado en la norma*”.
59. Finalmente, las accionantes alegan que en vista de que la norma impone a las mujeres “*una maternidad no deseada*”, esta restringe la libertad de decidir sobre su vida reproductiva. Así, manifiestan que “*cuando se proscribe el aborto en caso de violación instrumentaliza a las mujeres para un mero fin reproductivo, pues le impide decidir sobre ello, desconociendo incluso su dignidad humana*”.

4.5 Fundamentos de la acción y pretensión del caso N° 23-21-IN

60. Los accionantes afirman que la norma impugnada vulnera los derechos a una vida digna (artículo 66.2 CRE), a la integridad personal (art. 66.3 CRE) que incluye: a) la integridad física, psíquica, moral y sexual; b) una vida libre de violencia en el ámbito público y privado y c) la prohibición de tortura; a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación (art. 66.4 CRE); al libre desarrollo de la personalidad (el art. 66.5 CRE); a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad (art. 66.9 CRE); a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre la salud y vida reproductiva y a decidir cuándo y cuántas hijas e hijos tener (art. 66.10 CRE); a la intimidad personal y familiar (art. 66.20 CRE) y el principio a la igualdad y no discriminación (artículo 11.2 CRE).
61. Con respecto a la discriminación, la integridad y la violencia de género, argumentan que “*el derecho a la igualdad formal, material y no discriminación estipulado en el artículo 66.4 de la CRE se vulnera con el contenido del art. 150.2 del COIP en la frase “en una mujer que padezca de discapacidad mental”, ya que establece una distinción irracional entre mujeres con discapacidad y mujeres sin discapacidad, y genera una conducta penalmente punible que transforma a la reproducción en una carga desproporcionada para las mujeres y un factor generador de desigualdad entre hombres y mujeres. Esto es mucho más grave si se considera que este artículo*



establece una pena privativa de libertad dirigida a las mujeres víctimas de violación, salvo la excepción contemplada, quienes deberían ser protegidas por el estado y recibir reparación de parte del mismo, en lugar de ser sujetas a un delito penal por no mantener un embarazo producto de una grave violación de derechos humanos como es la violación".

62. Añaden que “*con la vigencia de la frase que se alega inconstitucional, por un lado, se perpetúa la idealización de la maternidad como destino manifiesto, instinto e inclinación natural de la mujer y por otro lado refuerza la creencia de que el aborto es un asesinato. De esta manera se promueve la consideración de que las mujeres que no desean ser madres son seres antinaturales, perversos, e incompletos; se mantiene la creencia de que la crianza de las y los hijas/os es responsabilidad únicamente de las mujeres, lo que permite que el maltrato a las mujeres que buscan atención post-aborto sea una práctica común y que la denuncia por parte de los profesionales de salud a las mujeres por aborto sea vista como una obligación legal y moral, a pesar de que esta divulgación constituye delito”.*
63. Manifiestan que “*hay dos formas de discriminación como efecto del artículo 150.2 del COIP. Una discriminación directa hacia las personas con discapacidad intelectual, en tanto se utiliza un criterio no razonable que no persigue un fin legítimo y como consecuencia del uso de este criterio se impide que otras mujeres sin discapacidad que se encuentran en la misma situación de violencia sexual puedan decidir sobre la interrupción del aborto. Y una discriminación indirecta, en cuanto refuerza los estereotipos de incapacidad de las mujeres con discapacidad de tomar decisiones sobre su vida sexual y reproductiva y de ejercer el cuidado.”*
64. Por último, expresan que “*al forzar a una niña, mujer, adolescente y persona con capacidad de abortar a mantener un embarazo fruto de la violencia, que constituye una perpetuación de violencia tortuosa como es la sexual, no se garantiza el derecho a decidir cuándo y cuántas hijas e hijos tener, más bien, se culpa y revictimiza a la mujer por la violación, se la obliga a someterse a abortos clandestinos lo cual conlleva a sanciones penales por no gestar, y en otros casos, se la obliga a mantener una maternidad forzada con las consecuencias tortuosas que una violación implica”.*

4.6. Fundamentos de la acción y pretensión del caso N° 25-21-IN

65. La accionante solicita a la Corte Constitucional que declare inconstitucional a la norma impugnada, al ser contrario a los artículos 66 numeral 3 literales b) y c), 35 y 46 numeral 4 de la CRE.
66. Afirma que “*una de las consecuencias de la violación sexual en cualquier mujer en edad reproductiva, independiente de su capacidad física o mental es un embarazo no deseado, que puede convertirse en una nueva forma de tortura o someterla a tratos crueles y degradantes, al tener que enfrentar un sistema judicial*



revictimizante gestando obligatoriamente el producto de un hecho violento. El proceso judicial lejos de convertirse en la realización de la justicia, como reza la Constitución del Ecuador, se perversa en un mecanismo de nuevos traumas”.

67. Señala que “*las restricciones a la capacidad de las mujeres o las niñas víctimas de violación sexual para acceder al aborto, independientemente de su capacidad mental o física, pone en riesgo su vida y es una forma de sometimiento a nuevos sufrimientos mentales o físicos*”.
68. Finalmente, alega que “*cuando el Código Orgánico Integral Penal protege a las mujeres discapacitadas mentalmente concediéndoles la posibilidad de abortar cuando el embarazo es producto de violación sexual, sin que dicha asistencia sea otorgada a la generalidad de las mujeres y niñas que también son víctimas, se produce una discriminación que las pone en desventaja al momento de acceder a la justicia*”.

4.7. Fundamentos de la acción y pretensión del caso N° 27-21-IN

69. Las accionantes sostienen que la disposición impugnada es inconstitucional, toda vez que “[...]a exclusión de las mujeres y niñas víctimas de violación de las causales de no punibilidad del aborto en el artículo 150 del COIP, constituye un trato discriminatorio, por ser injustificado e irrazonable”.
70. Realizan un test de proporcionalidad de la distinción entre “*las mujeres víctimas de violación que tienen una discapacidad mental y las mujeres que no*”. En este determinan que “*el fin perseguido por las normas que tipifican el delito de aborto es, en general, la protección de la vida desde la concepción*”, pero aluden que este fin es incompatible con la Constitución. Añaden que “[e]l legislador, si bien pretende proteger el derecho del embrión a la vida, al establecer una separación entre las mujeres víctimas de violación y aquellas víctimas que padecen una discapacidad mental, incurre en una disposición que no es idónea, puesto que no cumple su cometido de evitar el aborto; únicamente lo vuelve clandestino y obliga a las mujeres violadas, que no padecen una discapacidad mental, a abortar en condiciones insalubres y atentatorias contra su integridad física”.
71. Como parte del mencionado test, señalan que “*la disposición normativa que discrimina a las víctimas de violación por su capacidad mental, constituye una afectación innecesaria y desproporcional para intentar garantizar el derecho a la vida de un embrión. Este daño gravísimo ocasionado a las niñas y mujeres condenadas a someterse a abortos en condiciones insalubres, no encuentra justificación constitucional alguna. Por lo tanto, se trata de una disposición injustificada, discriminatoria y contraria a la Constitución de la República y a los estándares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*”.



72. Manifiestan además que la distinción entre mujeres con y sin discapacidad mental, establecida en la norma impugnada, “*resulta irrazonable e ilógica, partiendo del hecho innegable que ambas mujeres se encuentran, a efectos de lo que le interesa a ese artículo en igualdad de condiciones: ninguna pudo consentir una relación sexual y por tanto, el producto de la misma*”.
73. Aducen que, “[s]i se pretende no criminalizar a aquellas mujeres que por tener discapacidad no podría consentir en una relación sexual, tampoco debería criminalizarse a otras mujeres o niñas, que en razón de violencia o inmadurez, tampoco pudieron dar ese consentimiento. El tratamiento diferente, carente de justificación, en contra de mujeres y niñas que al igual que las mujeres con discapacidad no pudieron consentir en el embarazo, y que les genera a las primeras una situación desfavorable en el ejercicio de sus derechos a la salud, vida, integridad personal, vida privada y libertad personal, es, a todas luces discriminatorio, y por tanto, inconstitucional”.
74. Enfatizan que, de acuerdo con distintos organismos internacionales derechos humanos, el embarazo forzado, la tipificación del delito de aborto, la negación o postergación de un aborto seguro, y la continuación forzada del embarazo “*son formas de violencia en razón de género*” y que “*pueden constituir tortura o trato cruel, inhumano o degradante*”. Por lo que consideran que “*la despenalización del aborto en casos de violación para todas las mujeres es una medida que debe adoptar el Ecuador para erradicar la tortura y los tratos crueles, inhumanos y degradantes contra las mujeres sobre todo en casos de violación. Se debe eliminar toda restricción al aborto que interfiera de manera irrazonable en el ejercicio de la totalidad de los derechos humanos de la mujer y que la coloque en un estado de revictimización*”.
75. Finalmente, argumentan que “[l]os instrumentos internacionales que integran el bloque de constitucionalidad ecuatoriano establecen varias obligaciones que decantan en la exigibilidad de despenalizar el aborto en casos de violación para todas las mujeres”.

4.8. Argumentos de la Asamblea Nacional del Ecuador

76. En su escrito de 12 de marzo de 2020, Santiago Salazar Armijos, en calidad de Procurador Judicial del Presidente de la Asamblea Nacional del Ecuador, manifiesta que es necesario puntualizar las razones que llevaron al legislador a limitar el acceso al aborto en caso de violación, “*si bien la violación es un acto deleznable de repudio y rechazo por parte de la sociedad, el aborto se constituye en un acto aún mayor que limita el derecho de una persona que todavía no puede decidir por sí misma*”.
77. Señala que en nuestra legislación, en armonía a los instrumentos internacionales de derechos humanos, se protege la vida desde la concepción, para lo cual, se remite a la sentencia de la Corte IDH en el caso *Artavia Murillo y Otros vs Costa Rica*.

78. Afirma que la Corte IDH respecto al artículo 4.1 de la CADH que se refiere al derecho a la vida, ha interpretado que no reconoce el derecho absoluto a la vida antes del nacimiento, es decir, desde el momento de la concepción. Sin embargo, aclara que dicho caso se refiere a la fecundación *in vitro* y analiza el alcance a la vida que da la Corte IDH desde la concepción. En este sentido, afirma que “*la Corte [IDH] entendió que el término concepción no puede ser comprendido como un momento o proceso excluyente del cuerpo de la mujer dado que un embrío no tiene ninguna posibilidad de supervivencia si la implantación no sucede (...), por la cual consideró que antes de este evento no procede aplicar el artículo 4 de la Convención Americana. Asimismo, la expresión “en general” permite inferir excepciones a una regla, pero la interpretación según el sentido corriente no permite precisar el alcance de dichas excepciones. En consecuencia, la referencia del caso Artavia Murillo y Otros vs Costa Rica, se refiere el derecho de toda persona a que se respete su vida desde la concepción, independientemente de que ello sea producto de una violación*”.
79. Señala que nuestra legislación es garantista y protege la vida desde la concepción al “*afirmar que el ser humano es persona desde el momento de la concepción*”, y que esta sería la idea central de la postura mayoritaria, pues “*a partir de ello se desprende el estatuto jurídico y moral que se asocia al nasciturus*”.
80. Indica que la Constitución reconoce el derecho a la vida desde la concepción (Art. 45) “*es decir, si el feto goza del derecho a la vida, es constitucionalmente protegido, entonces encargarle al legislador su protección resulta superfluo, pues ya se encuentra protegido por el inciso primero del artículo mencionado*” y por el artículo 66 numeral 1 de la CRE.
81. Explica la tesis de la exigibilidad diferenciada según Baseuñán, concluyendo que la diferenciación entre la protección constitucional de la vida del *nasciturus* y la protección del derecho a la vida es sistemática y valorativa, y lo relevante es la exigibilidad diferenciada del deber de abstenerse de matar al *nasciturus* en relación con la exigibilidad del deber de abstenerse de matar a otro. En tal sentido, afirma que “*proteger al nasciturus y permitir el aborto en ciertos casos se considera no solo como algo compatible sino como un resultado obligado a partir de la ponderación de intereses y derechos constitucionalmente protegidos*”.
82. Manifiesta que la legislación penal en aplicación de la norma constitucional ha establecido condiciones con relación al aborto no punible específicamente para garantizar la protección de los derechos de las personas y grupos de atención prioritaria reconocidos en el artículo 35 de la CRE. Al respecto, afirma que “*las personas o grupos que a partir de estos factores, sufren de inseguridad, riesgos en cualquier aspecto de su desarrollo como personas y como ciudadanos, se encuentran en una situación de desventaja frente al reconocimiento, goce y*



ejercicio de sus derechos y libertades fundamentales; y que, por lo mismo, no requieren vanas concesiones sino derechos viables y óptimos".

83. Alega que la excepción prevista en el artículo 150 numeral 2 del COIP corresponde a la aplicación directa de la norma constitucional al proteger a mujeres con discapacidad mental y víctimas de violencia sexual, mismas que se encuentran en situación de doble vulnerabilidad; por lo que, dicho artículo garantiza el derecho a la vida en aplicación del artículo 45 de la CRE y del artículo 4.1 de la CADH.

4.9. Argumentos de la Presidencia de la República

84. Mediante escritos presentados el 11 de diciembre de 2019 y 26 de abril de 2021, Johana Pesantes Benítez, en calidad de Secretaria General Jurídica de la Presidencia de la República, manifiesta que es necesario considerar lo dispuesto por el artículo 45 de la CRE la luz del artículo 4.1 de la CADH y valorar si lo argumentado por las accionantes sobre la aplicabilidad directa de las recomendaciones de los informes de Comités de Derechos Humanos "constituyen obligaciones de hacer o no hacer, claras, expresas o exigibles" de conformidad a lo dispuesto por el artículo 93 de la CRE y el artículo 52 de la LOGJCC.

85. Manifiesta que las recomendaciones internacionales citadas por las accionantes surgen como consecuencia del monitoreo de cumplimiento de convenciones del Sistema Universal y que son actos de naturaleza recomendatoria. Así, a su criterio, estas hacen referencia a modificar la legislación vigente sobre el aborto en Ecuador; sin embargo, considera que todo cambio normativo debe realizarse a través del proceso legislativo de conformidad con el artículo 132 y subsiguientes de la CRE.

86. Señala que el ordenamiento jurídico penal ecuatoriano sí contempla la violencia sexual y la violación como delitos de grave afectación a los derechos humanos y como una vulneración directa a la integridad sexual y reproductiva, que existen agravantes específicas en el artículo 48 del COIP y que se ajustaría a lo dispuesto por la Corte IDH en el caso *Rosendo Cantú y otra vs México*.

87. Afirma que los argumentos de las accionantes no son claros respecto de la relación que existe entre lo reconocido por la Corte IDH en el caso *Rosendo Cantú y otra vs México* y alguna inconsistencia o contradicción con los artículos 149 y 150 del COIP.

88. Sostiene que el supuesto de malformaciones del feto que han señalado las accionantes en su demanda y por cualquier otra afección relacionada con la salud de la mujer embarazada puede encontrarse abarcado en el supuesto contenido en el numeral 1 del artículo 150 del COIP. Sin embargo, solicitan a la Corte que si considera que la misma supone una restricción que pudiese vulnerar derechos se realice la modulación de la misma en el contexto de complicaciones de salud durante el embarazo.



89. Señala que frente al supuesto del incesto solicitado por las accionantes, no es un tipo penal vigente en el Ecuador, por lo que “*no cumple con el principio de legalidad*” y no podría ser considerado en el análisis.

4.10 Argumentos de la Procuraduría General del Estado

90. En su escrito de fecha 12 de diciembre de 2019, Marco Antonio Proaño Durán, en calidad de Director Nacional de Patrocinio y delegado del Procurador General del Estado, manifiesta que los argumentos de la demanda “*carecen de contundencia y son por demás difusos*” por ejemplo, cuando mencionan la inseminación artificial y no establecen si sería *in vitro*, artificial o incluso producto de un contacto carnal. Asimismo, indica que son imprecisos, puesto que la mal formación del feto ya se encuentra contemplada en la posibilidad de recurrir a un aborto cuando la salud de la mujer embarazada se encuentre en peligro de conformidad con el artículo 150 numeral 1 del COIP.
91. Señala que la figura del incesto no está tipificada en el COIP, razón por la que la Corte Constitucional no podría pronunciarse respecto de una conducta que no está contemplada expresamente en la ley.
92. De igual manera, la Procuraduría alega que la Corte Constitucional debe considerar “*imperativamente*” que no cabe la despenalización del aborto de manera amplia, abierta e injustificada como una posibilidad discrecional de la mujer para interrumpir voluntariamente el embarazo, “*sino exclusivamente dentro de los parámetros lógicos, justos y equilibrados que se hallan desarrollados sobre la base de la casuística contemplada en la legislación nacional, misma que guarda a la vez coherencia con los instrumentos internacionales*”.
93. Respecto a las observaciones y recomendaciones formuladas por los organismos internacionales manifiesta que poseen un carácter referencial y no son de acatamiento obligatorio y que de conformidad con el artículo 424 de la CRE no es aceptable que toda recomendación o informe de un organismo internacional, sin distinción, prevalezca sobre la CRE, más aún cuando existen posturas polarizadas en el mismo seno de las Naciones Unidas sin que exista “*una manera sencilla de determinar una definición que sea más favorable a los derechos humanos*”.
94. Por otro lado, argumenta que la Corte debe establecer el deber del Estado de garantizar la política de salud y asegurar las acciones y servicios de salud sexual y reproductiva, en aras de salvaguardar la salud integral y la vida de las mujeres, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 45 de la CRE respecto de los derechos específicos de los niños, niñas y adolescentes que deberán ser reconocidos y garantizados, incluido el cuidado y la protección desde la concepción.



V. Análisis Constitucional

95. En función de las acciones presentadas y tomando en cuenta todos y cada uno de los argumentos vertidos en los *amici curiae*, esta Corte procede a pronunciarse respecto a la constitucionalidad, exclusivamente por el fondo, de los artículos impugnados del COIP.
- 5.1. Consideraciones previas sobre la libertad de configuración legislativa y la Asamblea Nacional**
96. La Asamblea Nacional, como órgano de carácter representativo y legitimado por el poder democrático, constituye una de las instancias en la que se deliberan y logran consensos entre los diferentes actores de la sociedad sobre los temas relevantes para la ciudadanía a través del proceso legislativo.
97. En vista de que la Función Legislativa cuenta con legitimidad democrática y es el órgano representativo por autonomía, la CRE establece en el artículo 120 numeral 6 como una de sus atribuciones el “*expedir, codificar, reformar, y derogar las leyes, e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio*”.
98. En tal virtud, el legislador cuenta con libertad de configuración legislativa para el establecimiento de reglas, regulaciones, requisitos y procedimientos dentro de la esfera de la legalidad, la cual sin duda es amplia². Así, en materia penal, el legislador tiene la potestad exclusiva para configurar los bienes jurídicos penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y el modo de las sanciones penales³.
99. La CRE, en su artículo 132 numeral 2, establece que “*tipificar infracciones y establecer las sanciones correspondientes*” es parte de las materias reservadas al legislador orgánico. En concordancia, el artículo 76 numeral 3 consagra como garantía del debido proceso que “*nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley (...)*” (énfasis añadido).
100. Ahora bien, esta libertad de configuración legislativa de la Asamblea Nacional no es ilimitada y sin restricciones, pues debe desarrollarse sin exceder sus potestades demarcadas en la CRE y circunscribirse a determinar aspectos de la esfera de la

² Incluso existen preceptos constitucionales que dirigen una orden expresa de desarrollo legislativo para que asuntos en específico se regulen por la ley. Corte Constitucional. Dictamen No. 002-19-OP de 19 de marzo de 2019, parr. 24.

³ Tribunal Constitucional de España. STC 11/1981, FJ 7). Corte Constitucional. Sentencia No. 6-17-CN/19 de 18 de junio de 2019. Ver también. Corte Constitucional. Sentencia 5-13-IN/19 de 02 de julio de 2019, parr. 69.



legalidad que no transgredan el marco constitucional ni restrinjan los derechos y garantías constitucionales.

101. El artículo 11 numeral 3 de la CRE dispone que “*para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución*”⁴. Esta conceptualización coincide con el artículo 11 numeral 4 de la CRE que se refiere al contenido de los derechos y determina que “*ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales*”.
102. Asimismo, el artículo 84 de la CRE dispone el deber del legislador de adecuar la legislación a lo establecido en la Constitución y tratados internacionales:

“La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución” (énfasis añadido).
103. Al respecto, la Corte Constitucional de Colombia ha precisado que “*la libertad de configuración del legislador se encuentra sometida a ciertos límites establecidos por la propia Constitución, de tal forma que no se trata de una libertad omnímoda o de una discrecionalidad sin controles [...] tales límites están definidos por los demás principios constitucionales [...] los cuales deben ser considerados por el Congreso al momento de adelantar el ejercicio de sus funciones legislativas*” (énfasis añadido)⁵.
104. De este modo, la libertad legislativa no es absoluta, puesto que debe ejercitarse dentro del marco de los principios y valores consagrados en la CRE y en respeto a los derechos constitucionales de las personas, no siendo posible que estos sean vaciados de contenido⁶.
105. La dignidad humana referida desde el preámbulo de la CRE⁷, así como en su artículo 11 numeral 7, es uno de los principales límites a la libertad de configuración

⁴ Véase, por ejemplo. Corte Constitucional. Dictamen No. 002-19-OP de 19 de marzo de 2019, párr. 22.

⁵ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia No. C-828/2002 de 08 de octubre de 2002.

⁶ Corte Constitucional. Sentencia No. 5-13-IN/19 de 02 de julio de 2019, párr. 69-70. De igual manera, Corte Constitucional de Colombia. Sentencia No. C-420 de 2002, p. 22. Véase también, Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-939 de 2009.

⁷ Conforme al preámbulo de la CRE “*NOSOTRAS Y NOSOTROS, el pueblo soberano del Ecuador. (...) Decidimos construir (...) Una sociedad que respeta, en todas sus dimensiones, la dignidad de las personas y las colectividades*”. De igual manera, el artículo 11 numeral 7 de la CRE determina que “*el reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento*”.



legislativa, puesto que el Estado en su posición de garante debe proteger y garantizar los derechos y las condiciones mínimas de vida compatibles con la dignidad⁸.

106. En esta línea, el poder punitivo del Estado debe respetar los derechos de las personas razonalizando su ejercicio. Así, el *ius puniendi* únicamente será compatible con los principios, valores y fines del ordenamiento, si existe una utilización medida, justa y ponderada de la coerción estatal⁹.
107. Por lo tanto, el legislador debe considerar los principios de proporcionalidad y razonabilidad al momento de discutir y aprobar una ley penal¹⁰. Para el efecto, el criterio de proporcionalidad se relaciona con el principio de mínima intervención penal reconocido en el artículo 195 de la CRE¹¹, puesto que “*la sanción penal como máxima intervención en la libertad personal y en la dignidad humana -fundamentos axiológicos de este modelo estatal- debe ser estrictamente necesaria y está reservada a conductas de trascendencia social, y en todo caso debe ser proporcionada a la naturaleza del hecho punible*”¹².
108. El Tribunal Constitucional Español ha establecido que la proporcionalidad debe ser también analizada al momento de despenalizar una conducta, pues “*las leyes humanas contienen patrones de conducta en los que, en general, encajan los casos normales, pero existen situaciones singulares o excepcionales en las que castigar penalmente el incumplimiento de la Ley resultaría totalmente inadecuado; el legislador no puede emplear la máxima constrección -la sanción penal- para imponer en estos casos la conducta que normalmente sería exigible, pero que no lo es en ciertos supuestos concretos*”¹³.
109. En consecuencia, al configurar las normas en el ámbito penal, corresponde al legislador aplicar los criterios de proporcionalidad y razonabilidad dado que estos permiten evaluar si la ley penal guarda armonía con la protección y garantía de los derechos constitucionales.

⁸ Marcela Peredo Rodas, “El margen de apreciación del legislador y el control del error manifiesto. Algunas consideraciones a partir de la jurisprudencia del consejo constitucional francés y del tribunal constitucional alemán”. Estudios constitucionales vol.11 no. 2 (2013).

⁹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia No. C355-06.

¹⁰ Al respecto, la Corte Constitucional de Colombia ha ilustrado que la legislación penal “*no puede suponer una restricción desproporcionada de los derechos fundamentales en juego, no puede ser, por ejemplo, una medida perfeccionista por medio de la cual se pretenda imponer un determinado modelo de conducta a los asociados, tampoco puede suponer un total sacrificio de determinados valores, principios o derechos constitucionales de un sujeto determinado a fin de satisfacer el interés general o privilegiar la posición jurídica de otros bienes objeto de protección*”. Corte Constitucional Colombia. Sentencia No. C-496/15, par.3.4.

¹¹ Conforme al artículo 195 de la CRE “*la Fiscalía dirigirá, de oficio o a petición de parte, la investigación preprocesal y procesal penal; durante el proceso ejercerá la acción pública con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal, con especial atención al interés público y los derechos de las víctimas (...)*” (énfasis añadido).

¹² Corte Constitucional de Colombia. Sentencia No. C-355-06.

¹³ Tribunal Constitucional Español. Sentencia No. 53/1985, de 11 de abril de 1985.



110. De ahí que esta Corte advierte que la presente causa no radica en determinar la constitucionalidad o no del aborto consentido en el Ecuador, sino por el contrario en si la configuración legislativa de este delito por parte de la Asamblea Nacional y la consecuente penalización de niñas, adolescentes y mujeres víctimas de violación que han interrumpido voluntariamente su embarazo contraviene los límites impuestos por la CRE y los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Resolución de problemas jurídicos:

5.2. ¿La sanción penal hacia mujeres víctimas de violación que han interrumpido su embarazo sin tener una discapacidad mental es una pena proporcional?

111. El artículo 76 numeral 6 de la Constitución determina que “*la ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza*”.

112. En este caso, el legislador, en ejercicio de su libertad de configuración legislativa, con el fin de concretizar el contenido del artículo 45 de la CRE, ha optado por mantener en el COIP, como delito, al aborto consentido, con excepción de que sea punible en aquellos casos en donde peligre la vida o la salud de la madre o se trate de una mujer violada con discapacidad mental.

113. De hecho, estos dos supuestos de excepción se encuentran despenalizados desde el Código Penal de 1938, aunque con términos distintos a los del actual COIP.¹⁴ Por lo que ahora, únicamente, corresponde determinar si la imposición de una sanción penal para las víctimas de violación sexual que no tienen una discapacidad mental, es proporcional y por tanto compatible con la Constitución.

114. Para resolver este problema jurídico, esta Corte estima necesario primero identificar los bienes jurídicos protegidos por el legislador con relación a la violación y al aborto consentido para, a partir de ello, poder determinar, si en efecto, lo establecido en el artículo 150 numeral 2 -leído de manera conjunta con lo dispuesto por el artículo 171 del COIP- los protege y si la sanción impuesta para el delito de aborto consentido en casos de violación es proporcional en los términos previstos en la CRE.

115. Así, el artículo 149 del COIP, establece sanciones privativas de la libertad tanto para la persona que haga abortar como para las mujeres que hayan consentido en ello. En tal virtud, el bien jurídico protegido es la protección de la vida del *nasciturus* como un valor constitucional en los términos del artículo 45 de la CRE. Por su parte, el artículo 150 del COIP, en sus dos numerales, establece excepciones a dicha

¹⁴ En Ecuador, ininterrumpidamente, desde el Código Penal de 1938, se han establecido expresamente como causales de aborto no punible los casos de peligro para la vida o salud de la madre; o, si el embarazo era producto de una violación o estupro cometido contra una “*mujer idiota o demente*”.



penalización y, en particular el numeral 2, reconoce la no penalización de mujeres con discapacidad mental que interrumpan su embarazo cuando hayan sido víctimas de violación. De este modo, esta Corte reconoce que el numeral 2 del artículo 150 del COIP no puede ser leído e interpretado de manera aislada sin considerar lo dispuesto por el propio COIP en su artículo 171, que tiene como bien jurídico protegido a la libertad e indemnidad sexual que se relacionan con la integridad personal de las niñas, adolescentes y mujeres víctimas de violación.

5.2.1. La protección del *nasciturus* y el derecho a la integridad de las niñas, adolescentes y mujeres víctimas de violencia sexual como derechos constitucionales jerárquicamente iguales, indivisibles e interdependientes.

116. Para empezar este análisis es preciso mencionar que en la sección sobre los derechos de los niños, niñas y adolescentes, la CRE reconoce en su artículo 45, la protección constitucional de la vida como valor constitucional en los siguientes términos:

“Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción (...)”.

117. A nivel del sistema interamericano, la CADH establece también, en su artículo 4.1, que “*toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente*”.

118. En este punto, es importante comprender que nuestra CRE, entre los principios de aplicación de los derechos, establece que estos son inalienables, irrenunciables, **indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía**.

119. Las características de interdependencia e indivisibilidad implican que los derechos están vinculados entre ellos y que no pueden separarse unos de otros. De esta forma, “*el goce y ejercicio de un derecho está vinculado a que se garantice el resto de derechos; así como la violación de un derecho pone también en riesgo los demás derechos*”¹⁵. Es decir, el avance de uno de ellos facilita el de los demás y su privación afecta negativamente al resto. Por tanto, los derechos constituyen un todo intrínseco a la condición humana y no pueden ser ejercidos de manera parcial o dividida.

120. Asimismo, la CRE reconoce que “*todos los principios y los derechos son (...) de igual jerarquía*” lo que implica que no existen derechos de mayor o menor importancia en cuanto al respeto a la dignidad humana que los fundamenta. Así, el

¹⁵ Comisión Nacional de Derechos Humanos de México (2016). *Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad de los derechos humanos*.



constituyente ha previsto que no existe una primacía *ex ante* de un derecho sobre otro y que ninguno de ellos es absoluto¹⁶.

121. Precisamente la Corte IDH, en el caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, al interpretar el artículo 4.1 de la CADH, ha establecido que:

"Los antecedentes que se han analizado hasta el momento permiten inferir que la finalidad del artículo 4.1 de la Convención es la de salvaguardar el derecho a la vida sin que ello implique la negación de otros derechos que protege la Convención. En ese sentido, la cláusula "en general" tiene como objeto y fin el permitir que, ante un conflicto de derechos, sea posible invocar excepciones a la protección del derecho a la vida desde la concepción. En otras palabras, el objeto y fin del artículo 4.1 de la Convención es que no se entienda el derecho a la vida como un derecho absoluto, cuya alegada protección pueda justificar la negación total de otros derechos."

En consecuencia, no es admisible el argumento del Estado en el sentido de que sus normas constitucionales otorgan una mayor protección del derecho a la vida y, por consiguiente, procede hacer prevalecer este derecho en forma absoluta. Por el contrario, esta visión niega la existencia de derechos que pueden ser objeto de restricciones desproporcionadas bajo una defensa de la protección absoluta del derecho a la vida, lo cual sería contrario a la tutela de los derechos humanos, aspecto que constituye el objeto y fin del tratado. Es decir, en aplicación del principio de interpretación más favorable, la alegada "protección más amplia" en el ámbito interno no puede permitir, ni justificar la supresión del goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella" (énfasis añadido)¹⁷.

122. De esta forma, aun cuando la protección a la vida desde la concepción es un valor primordial dentro de la Constitución, este no puede ser interpretado de forma aislada o absoluta, sino que debe ser entendido sistemáticamente con otros derechos y principios también reconocidos en la CRE¹⁸, en este caso con aquellos derechos de las mujeres que han sido violadas. En consecuencia, corresponde balancear y encontrar un apropiado equilibrio que permita la convivencia de los diversos derechos que reconoce nuestra Constitución.

¹⁶ Por ejemplo, desde el informe para primer debate de la Mesa 1 de la Asamblea Constituyente, conocido en la sesión de 19 de marzo de 2008, se estableció que "*la jerarquía no es más que la igualdad de los derechos, todos los derechos se encuentran al mismo nivel. Es decir, se rompe la primacía de unos derechos sobre otros, tal y del ejemplo, que los derechos civiles y políticos, eran concebidos como derechos que se encontraban sobre la educación o salud, que también son derechos, pero que se los concebia como meros servicios cuando en verdad son derechos*" (énfasis añadido).

¹⁷ Corte IDH, Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C No. 257, párr. 258-259.

¹⁸ Así, en Ecuador la comprensión legislativa de que la protección de la vida no es absoluta ha llevado a que desde 1938 se hayan establecido causales en las que la interrupción voluntaria del embarazo no se ha penalizado. Precisamente, el hecho de que en determinadas circunstancias la interrupción voluntaria del embarazo no se ha penalizado desde hace 83 años, sin mayor cuestionamiento, evidencia que la protección constitucional de la vida del que está por nacer no ha sido entendida por el legislador de forma absoluta.



123. Aun cuando existen varios derechos en juego, como la vida y la autonomía de las mujeres, en el caso concreto -al tratarse de la penalización del aborto consentido exclusivamente en casos de violación- debemos considerar que este delito repercute y se encuentra directamente ligado al derecho a la integridad personal en sus distintas esferas.
124. La violencia contra las mujeres¹⁹ constituye una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales que han conducido a la dominación de la mujer y a su discriminación y han impedido su adelanto pleno, convirtiéndose en uno de los mecanismos sociales fundamentales por los que se fuerza a las mujeres a una situación de subordinación respecto de los hombres²⁰. Al respecto, la Corte IDH ha determinado que la violencia contra las mujeres no solo constituye una violación de los derechos humanos, sino que es “una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres” que trasciende todos los sectores de la sociedad, independientemente de su clase, raza o grupo étnico, nivel de ingresos, cultura, educación, edad o religión y afecta negativamente sus propias bases²¹.
125. Dentro de las expresiones de la violencia sexual²², se encuentran los delitos contra la integridad sexual y reproductiva, como el delito de violación. En el caso ecuatoriano, este ha sido definido y tipificado en el artículo 171 del COIP de la siguiente forma:

“Es violación el acceso carnal, con introducción total o parcial del miembro viril, por vía oral, anal o vaginal; o la introducción, por vía vaginal o anal, de objetos, dedos u órganos distintos al miembro viril, a una persona de cualquier sexo. Quien la comete,

¹⁹ La Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (“Convención de Belém Do Pará”) define como violencia contra la mujer en su artículo 1 a “cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”. El artículo 2 de esta Convención determina el alcance de la violencia en sus diferentes manifestaciones: “Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica: a) Que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual; b) Que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar, y c) Que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, donde quiera que ocurra”.

²⁰ Asamblea General de las Naciones Unidas. Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, del 20 de diciembre de 1993.

²¹ Corte IDH, Caso Fernández Ortega y otros Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010, párr. 118.

²² Además, la Corte IDH ha establecido que la violencia sexual se configura con acciones de naturaleza sexual que se cometen contra una persona sin su consentimiento, que además de comprender la invasión física del cuerpo humano, pueden incluir actos que no involucren penetración o incluso contacto físico alguno. En particular, la violación sexual constituye una forma paradigmática de violencia contra las mujeres cuyas consecuencias, incluso, trascienden a la persona de la víctima.



será sancionado con pena privativa de libertad de diecinueve a veintidós años en cualquiera de los siguientes casos:

- 1. Cuando la víctima se halle privada de la razón o del sentido, o cuando por enfermedad o por discapacidad no pudiera resistirse. 2. Cuando se use violencia, amenaza o intimidación. 3. Cuando la víctima sea menor de catorce años.*

Se sancionará con el máximo de la pena prevista en el primer inciso, cuando: 1. La víctima, como consecuencia de la infracción, sufre una lesión física o daño psicológico permanente. 2. La víctima, como consecuencia de la infracción, contrae una enfermedad grave o mortal. 3. La víctima es menor de diez años. 4. La o el agresor es tutor o tutor, representante legal, curadora o curador o cualquier persona del entorno íntimo de la familia o del entorno de la víctima, ministro de culto o profesional de la educación o de la salud o cualquier persona que tenga el deber de custodia sobre la víctima. 5. La víctima se encuentre bajo el cuidado de la o el agresor por cualquier motivo, siempre y cuando no constituya violación incestuosa.

En todos los casos, si se produce la muerte de la víctima se sancionará con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años” (énfasis añadido).

- 126.** Respecto a la violación sexual, la Corte IDH ha establecido que ésta se configura con acciones de naturaleza sexual que se cometan contra una persona sin su consentimiento, que además de comprender la invasión física del cuerpo humano, pueden incluir actos que no involucren penetración²³:

“Por violación sexual también debe entenderse actos de penetración vaginal o anal, sin consentimiento de la víctima, mediante la utilización de otras partes del cuerpo del agresor u objetos, así como la penetración bucal mediante el miembro viril. Al respecto, la Corte aclara que para que un acto sea considerado violación sexual, es suficiente que se produzca una penetración, por insignificante que sea, en los términos antes descritos. Además, se debe entender que la penetración vaginal se refiere a la penetración, con cualquier parte del cuerpo del agresor u objetos, de cualquier orificio genital, incluyendo los labios mayores y menores, así como el orificio vaginal. Esta interpretación es acorde a la concepción de que cualquier tipo de penetración, por insignificante que sea, es suficiente para que un acto sea considerado violación sexual. Este Tribunal entiende que la violación sexual es una forma de violencia sexual”.

- 127.** La tipificación del delito de violación reconoce como bien jurídico protegido a la libertad o indemnidad sexual, según sea el caso, los que a su vez se relacionan con el derecho a la integridad de las personas que hayan sido víctimas de la conducta típica, para sancionar al responsable y reparar y garantizar sus derechos.

- 128.** En este sentido, la violación sexual afecta directamente al derecho a la integridad personal, además del libre desarrollo de la personalidad -en su componente de

²³ Véase, en Corte IDH, Caso J. Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013, pár. 359. Asimismo, Corte IDH, Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 25 de noviembre de 2006, pár. 311.



libertad sexual- y el derecho a tomar decisiones libres sobre la sexualidad y vida sexual.

129. Respeto del derecho a la integridad, reconocido en el artículo 66 numeral 3 de la CRE, este comprende los siguientes aspectos o dimensiones:²⁴

1. **integridad física** a la preservación de la totalidad del cuerpo y de las funciones de sus partes, tejidos y órganos. Por tanto, toda acción que vaya en desmedro de la conservación del cuerpo humano o afecte la función de sus órganos atenta contra esta dimensión de la integridad, lo cual incluye también inducir al consumo de medicación y/o sustancias de todo tipo.
 2. **integridad psíquica o psicológica** a la conservación del ejercicio autónomo y saludable de las facultades motrices, intelectuales y emocionales. Así, por ejemplo, formas de hostigamiento, manipulaciones afectivas, inducir a recordar situaciones dolorosas o traumáticas, entre otras pueden afectar la integridad psíquica.
 3. **integridad moral** a la facultad de los seres humanos de proceder conforme las convicciones personales. En este sentido, forzar a una persona a realizar actividades que vayan contra su sistema de valores y autonomía individual, aun cuando no constituyan delito u obligar a la práctica de un culto diferente, por ejemplo, podrían ser situaciones que impliquen una afectación a la integridad moral.
 4. **integridad sexual** comprende la protección de la autonomía de toda persona respecto de su corporalidad y genitalidad y el consentimiento en la participación en actos sexuales o con connotación sexual. Así, toda acción u omisión conducente a realizar actos con connotación sexual en contra de voluntad de la persona atenta contra esta dimensión de la integridad.
- 130.** Teniendo en cuenta estos parámetros, se puede afirmar que la violación de niñas, mujeres y adolescentes es un acto atentatorio contra su integridad en todas sus dimensiones, puesto que produce graves secuelas físicas, psicológicas, sexuales, morales y sufrimiento en las víctimas, menoscabando su intimidad, autodeterminación sexual, su dignidad y hasta su vida. De hecho, la Corte IDH ha señalado que, en determinadas situaciones, la violación sexual puede constituir, incluso, una forma de tortura de la víctima. Esto es así ya que los elementos objetivos y subjetivos que califican un hecho como tortura no se refieren ni a la acumulación de hechos ni al lugar donde el acto se realiza, sino a la intencionalidad, a la severidad del sufrimiento y a la finalidad del acto²⁵.

²⁴ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 365-18-JH/21, 24 de marzo de 2021, párr. 70.

²⁵ La Corte IDH en el caso *Bueno Alves vs. Argentina*, siguiendo la definición establecida en la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, entendió que constituye un acto de tortura el maltrato que cumple con los siguientes requisitos: i) es intencional; ii) causa severos

131. De igual manera, esta Corte observa que el Comité de la CEDAW²⁶, el Comité contra la Tortura²⁷ y el Relator Especial sobre la Tortura y otros Tratos o Penas, Crueles, inhumanos o degradantes²⁸ se han pronunciado en el sentido de que el embarazo forzado, la penalización del delito de aborto por violación y la negativa de brindar asistencia a las niñas, adolescentes y mujeres en esta condición vulneran sus derechos y pueden constituir una forma de tortura o trato cruel, inhumano o degradante.

132. Generalmente, en los casos de violencia sexual, el victimario utiliza la fuerza, amenazas, amedrentamiento o manipulación para anular el consentimiento de las víctimas y cosificar su cuerpo para el acto sexual. Por lo que, produce en las víctimas de violencia sexual sentimientos de impotencia e incapacidad para

sufriamientos físicos o mentales, y iii) se comete con determinado fin o propósito. Asimismo, véase, Corte IDH, Caso Fernández Ortega y otros vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010, párr. 120.

²⁶ Conforme a la CEDAW, Recomendación general No. 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general No. 19, párr. 18, determina que “*las violaciones de la salud y los derechos sexuales y reproductivos de la mujer, como la esterilización forzada, el aborto forzado, la tipificación como delito del aborto, la denegación o la postergación del aborto sin riesgo y la atención posterior al aborto, la continuación forzada del embarazo y el abuso y el maltrato de las mujeres y las niñas que buscan información sobre salud, bienes y servicios sexuales y reproductivos, son formas de violencia por razón de género que, según las circunstancias, pueden constituir tortura o trato cruel, inhumano o degradante*”.

²⁷ El Comité contra la Tortura en sus observaciones finales de 2016 respecto de Ecuador, en su párr. 45, estableció que “en vista de los altos índices de violencia de género y violencia sexual que se registran en el país (...), preocupan al Comité las restricciones al aborto establecidas en la legislación penal del Estado parte, que sólo permite la interrupción voluntaria del embarazo cuando peligre la vida o la salud de la mujer y ese peligro no pueda ser evitado por otros medios y cuando el embarazo sea consecuencia de la violación de una mujer con una discapacidad mental (...). El Comité observa con preocupación el serio riesgo que dichas restricciones comportan para la salud de las mujeres víctimas de una violación que deciden abortar, así como las consecuencias penales que pueden derivarse, que incluyen penas de prisión tanto para las mujeres que se someten a abortos como para los médicos que los practican” (énfasis añadido). De igual manera, el Comité contra la Tortura ha señalado que: “el principio a la dignidad y el derecho a no estar sometida a tratos crueles inhumanos y degradantes implican que la mujer no puede ser forzada a adoptar comportamientos en su vida reproductiva contra su voluntad, como el embarazo forzado, la negativa a proveer servicios de aborto terapéutico, la terminación forzada del embarazo y, particularmente, la continuación forzada del mismo” (Véase en Comité contra la Tortura 42 periodo de sesiones 101).

²⁸ El Relator especial de Naciones Unidas sobre la tortura ha advertido que: “la existencia de leyes muy restrictivas, que prohíben los abortos incluso en casos de incesto, violación, deficiencia fetal o cuando está en riesgo la vida o la salud de la madre, vulneran el derecho de las mujeres a no ser sometidas a tortura o malos tratos” y específicamente añadió que los Estados tienen “la obligación afirmativa de reformarlas leyes restrictivas sobre el aborto que perpetúan la tortura y los malos tratos al negar a las mujeres el acceso al aborto y la asistencia en condiciones de seguridad”. (Véase en, CDH. Observación General 28. La igualdad de derechos entre hombres y mujeres). Asimismo, manifestó que, de acuerdo con múltiples órganos internacionales y regionales de derechos, los malos tratos infligidos a mujeres que solicitan servicios de salud reproductiva o la denegación de estos, pueden causar enormes y duraderos sufrimientos físicos y emocionales, provocados por motivos de género. (Véase en, Informe del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, A/HRC/31/57.



defenderse, afectando directamente al control y autonomía sobre su propio cuerpo, el lugar más íntimo donde reside la identidad. Producto de ello, en la mayoría de casos, la violencia sexual produce síndromes de depresión, ansiedad, tristeza, estrés postraumático, conductas autolesivas, trastornos alimenticios, entre otras afectaciones a la salud mental que pueden prolongarse durante toda la vida e incluso -en situaciones más extremas- conllevar al suicidio de la propia víctima²⁹.

133. A estas graves secuelas se suma que, en ocasiones, como resultado de la violación sexual, se produce también un embarazo no deseado. Esto implica más consecuencias para la integridad de las niñas, adolescentes y mujeres víctimas de violencia sexual.
134. En primer lugar, compromete su cuerpo nuevamente y las revictimiza, pues les son impuestas las transformaciones físicas y fisiológicas comunes a cualquier embarazo y sobre las cuales no tienen control³⁰. En segundo lugar, les somete a posibles riesgos médicos vinculados a complicaciones derivadas del embarazo y la labor de parto, sobre todo en caso de niñas y adolescentes. En tercer lugar, al continuar forzadamente con un embarazo no deseado producto de una violación, se incrementan los trastornos emocionales y psicológicos asociados a la depresión, humillación, vergüenza e impotencia durante las etapas de la gestación³¹. Finalmente, tiene consecuencias sociales, pues el embarazo ocasionado por violación generalmente provoca estigmatización y falta de apoyo de sus familias y acarrea que muchas niñas, adolescentes y mujeres en etapa de escolaridad abandonen sus estudios y cambien su proyecto de vida³².

²⁹ Véase, Organización Mundial de la Salud (2002). Informe mundial violencia y salud, Catalogación por la biblioteca de la Organización Panamericana de la Salud. Informe mundial sobre la violencia y la salud: resumen Washington D.C.: OPS.

³⁰ Tribunal Constitucional de Chile, Rol No. 3729-2007. Sentencia, 28 de agosto de 2017. De igual manera, Luigi Ferrajoli señala que “la norma que sanciona como delito la interrupción voluntaria del embarazo es la única norma penal que no se limita a una proscripción, es decir, a la prohibición de una conducta, sino que impone una larga y gravosa serie de obligaciones: la obligación de convertirse en madre contra la propia voluntad y por lo tanto de sufrir no sólo el embarazo y el parto sino una verdadera alteración de la vida, desde la obligación de criar y mantener un hijo hasta la renuncia a proyectos de vida distintos, de estudio y de trabajo” (énfasis añadido) (Entrevista al profesor Luigi Ferrajoli sobre la cuestión del aborto. Recuperado desde: <http://www.derecho.uba.ar/derechoaldia/notas/entrevista-al-profesor-luigi-ferrajoli-sobre-la-cuestion-del-aborto/+7201>).

³¹ Precisamente, según estudios de UNICEF, el embarazo forzado y la violencia sexual en mujeres de 10 a 19 años son los principales factores que motivan las conductas suicidas.

³² Un estudio señala que en 2015, 25.400 adolescentes de 15 a 19 años quedaron embarazadas, lo que produjo que 6.487 de ellas abandonaran sus estudios, de las cuales el 56% estaba cursando la educación básica (Ministerio de Salud Pública, Secretaría Nacional de Planificación, UNFPA, et al. (2017). *Costos de Omisión en Salud Sexual Reproductiva en Ecuador*).

Además, de acuerdo con datos presentados por ONU Mujeres en 2020, el 49.3% de los nacimientos en Ecuador corresponden a madres adolescentes. Asimismo, según el Ministerio de Salud Pública, “Ecuador es el tercero país, a nivel de la región, con la tasa más alta de embarazo en adolescentes (10-19 años)”. En 2010, 3.864 niñas menores de 14 años fueron madres en el Ecuador, producto de violencia sexual. En 2016, el 11% de muertes maternas en el país, correspondió a adolescentes.



- 135.** En consecuencia, la maternidad forzada de víctimas de violación atenta, entre otros, contra **(i) la integridad física**, pues menoscaba la libre disposición y goce de su cuerpo y puede ocasionar alteraciones orgánicas de carácter permanente y semipermanente. Asimismo, genera una doble victimización y afecta su derecho a la autonomía y control de su cuerpo y su vida; **(ii) la integridad psíquica**, pues genera severos traumas y problemas de salud mental que pueden perdurar a lo largo de la vida de las niñas, adolescentes y mujeres; **(iii) la integridad moral** pues provoca un rechazo social y familiar hacia ellas, afecta su autoestima y genera sentimientos de vergüenza y humillación; y, **(iv) la integridad sexual** limitando su autonomía y control de su sexualidad y reproducción.
- 136.** Adicional a estas afectaciones, se agregan también aquellas relacionadas con sus derechos sexuales y reproductivos, así como su autonomía y el libre desarrollo de la personalidad³³. Todos derechos directamente relacionados entre sí y que implican la posibilidad de decidir, manifestar y preservar libremente, aquellos elementos físicos y psíquicos inherentes a su persona, los cuales la individualizan y permiten ser quien es acorde a su voluntad³⁴.
- 137.** Así, esta Corte reconoce y enfatiza que las mujeres, como titulares de los derechos a la integridad personal, al libre desarrollo de la personalidad y a tomar decisiones libres sobre su sexualidad y vida sexual, ejercen autonomía para adoptar decisiones informadas, libres, responsables, sobre su propio cuerpo, así como respecto a su salud, vida sexual y reproductiva, y a su vez se encuentran protegidas de interferencias arbitrarias por parte del Estado o de terceros³⁵.
- 138.** En este sentido, la maternidad forzada en casos de violación anula también el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la autonomía reproductiva de las mujeres, quienes son despojadas completamente del control de su sexualidad y reproducción. Es decir, se les priva de libertad para ejercer su sexualidad de manera saludable, sin ningún tipo de abuso, coerción, violencia o discriminación, así como de la capacidad para decidir si tener o no hijos, la cantidad y el espaciamiento entre ellos, el tipo de familia que quieren formar, y a acceder a información y planificación para hacerlo acorde a su voluntad.

³³ La CRE protege su derecho a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, su vida y orientación sexual (Art. 66 numeral 9) así como su derecho a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre su salud y vida reproductiva y a decidir cuándo y cuántas hijas e hijos tener (Art. 66 numeral 10). Así también, el derecho al libre desarrollo de la personalidad reconocido en el artículo 66 numeral 5 de la CRE.

³⁴ Corte Constitucional, sentencia No. 751-15-EP/21 de 17 de marzo de 2021.

³⁵ En tal sentido, en decisiones anteriores, esta Corte ha establecido que “*toda decisión que afecte cuestiones que sólo interesan a la propia persona debe estar libre de intervenciones arbitrarias*”. Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 751-15-EP/21 de 17 de marzo de 2021, párr. 117.



5.2.2. Proporcionalidad y penalización del delito de aborto consentido en casos de violación

139. Una vez examinados los bienes jurídicos protegidos por el legislador, podemos entonces analizar si este, en efecto, realizó una ponderación adecuada de los derechos contenidos en la Constitución y si por consiguiente la sanción penal impuesta a las mujeres que interrumpen su embarazo producto de una violación, pero que no tienen una discapacidad mental, cumple con los criterios de ser una medida idónea, necesaria y proporcional para la consecución de un fin constitucionalmente legítimo³⁶.
140. Para esta Corte, en general en este caso, el fin de la tipificación del delito y su pena es la disuasión del cometimiento de la conducta. Así, el legislador ha tipificado como delito el aborto consentido para evitar, justamente, que las mujeres lo practiquen y con ello proteger al *nasciturus*.
141. En principio, dado que la medida busca proteger un valor constitucional contenido en la CRE, como es la protección a la vida del *nasciturus*, podría considerarse que se trata de una medida con una **finalidad constitucionalmente válida**. No obstante, aun teniendo un objetivo constitucional, no basta simplemente con invocar la protección del *nasciturus* por sí sola, pues para restringir los derechos de las personas, en este caso los de las mujeres víctimas de una violación que han sufrido afectaciones graves a su derecho a la integridad, deben existir razones de peso que justifiquen de forma exhaustiva cómo, para este caso, el uso del poder punitivo del Estado no es arbitrario o excesivo al punto que vacía de contenido a sus derechos constitucionales.
142. Respecto al criterio de **idoneidad**, este Organismo no verifica que la imposición de una sanción penal sea, en sí misma, conducente a lograr el fin perseguido por el legislador de proteger al *nasciturus*, por las razones que se exponen a continuación.
143. En primer lugar, dadas las graves implicaciones que esta Corte ha evidenciado que existen ante un embarazo producto de una violación, la imposición de una sanción penal no evita que las mujeres violadas incurran en la conducta que se pretende impedir. En realidad, no existen evidencias reales ni objetivas de que la criminalización de esta conducta constituya una medida persuasiva. Al contrario, la medida promueve que la conducta se realice por parte de muchas mujeres en la clandestinidad y con procedimientos de alto riesgo que ponen en peligro su salud y su vida. Además, impide que ante situaciones de emergencia acudan a hospitales o centros de salud por temor a ser denunciadas³⁷.

³⁶ Al respecto, véase Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 11-18-CN/19, 12 de junio de 2019.

³⁷ Al respecto, esta Corte observa que conforme a la Observación General No. 26 al PIDCP de 3 de septiembre de 2019: “Los Estados partes deben proporcionar un acceso seguro, legal y efectivo al aborto cuando la vida y la salud de la mujer o la niña embarazada corran peligro, o cuando llevar el embarazo a término causaría dolores o sufrimientos considerables a la mujer o la niña embarazada, especialmente



144. Según datos de la Organización Mundial de la Salud³⁸, en los países en desarrollo cada año hay alrededor de 7 millones de mujeres que son hospitalizadas como consecuencia de una interrupción voluntaria del embarazo realizada sin condiciones de seguridad. Asimismo, 3 de cada 4 abortos realizados en América Latina fueron realizados de forma insegura, lo que expone a las mujeres a la afectación grave de su salud e incluso a la muerte³⁹. Conforme al Ministerio de Salud Pública, un 15.6% del total de muertes maternas en Ecuador corresponden a abortos realizados de forma clandestina⁴⁰.
145. En consecuencia, al no conseguir el fin propuesto, la penalización de la interrupción voluntaria del embarazo en casos de violación evidencia ser una medida inadecuada que genera afectaciones y perjuicios a otros derechos constitucionales.
146. En segundo lugar, la Corte Constitucional enfatiza que la criminalización de esta conducta y la imposición de una pena privativa de libertad no constituye la única manera de hacer efectiva la protección constitucional de la vida del no nacido. En tal sentido, del artículo 45 de la CRE no se desprende ninguna obligación estatal de punición o criminalización de las mujeres víctimas de violación.
147. Al contrario, para concretizar la protección constitucional del *nasciturus* -de forma efectiva y respetuosa con los demás derechos y valores consagrados en la Constitución- pueden existir otras medidas más idóneas. Así, por ejemplo, un adecuado diseño de políticas públicas y medidas legislativas de tipo prestacional que, en determinadas circunstancias, podrían proteger de mejor forma el fin que persigue el legislador con la configuración actual del tipo penal en cuestión.

si el embarazo es consecuencia de una violación o incesto, o si no es viable. Además, los Estados partes no pueden regular el embarazo o el aborto en todos los demás supuestos de manera contraria a su deber de velar por que las mujeres y las niñas no tengan que recurrir a abortos peligrosos, y deberían revisar en consecuencia la legislación pertinente (...). Los Estados partes deberían eliminar los obstáculos existentes al acceso efectivo de las mujeres y las niñas a un aborto sin riesgo y legal, incluidos los derivados del ejercicio de la objeción de conciencia por proveedores individuales de servicios médicos, y no deberían introducir nuevas barreras (...) Los Estados partes también deberían proteger eficazmente la vida de las mujeres y las niñas contra los riesgos para la salud mental y física asociados con los abortos practicados en condiciones de riesgo” (énfasis añadido).

³⁸ Véase, por ejemplo, <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/preventing-unsafe-abortion>

³⁹ Conforme a la OMS “los abortos peligrosos que se practican en las condiciones menos seguras pueden ocasionar las siguientes complicaciones: aborto incompleto (es decir, no se retiran o se expulsan del útero todos los tejidos embrionarios); hemorragia (sangrado abundante); infección; perforación uterina (el útero es atravesado por un objeto afilado); traumatismos del aparato reproductor o los órganos internos debidos a la introducción de objetos peligrosos tales como varillas, agujas de tejer o vidrios rotos en la vagina o el ano”. (OMS. Prevención del aborto peligroso, 25 de septiembre de 2020. Recuperado desde: <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/preventing-unsafe-abortion>).

⁴⁰ Véase, por ejemplo, Planv.“Ecuador: 15% de las muertes maternas se deben a abortos clandestinos”. Recuperado desde: <https://www.planv.com.ec/historias/sociedad/ecuador-15-muertes-maternas-se-deben-abortos-clandestinos>



148. Por otro lado, respecto a la **necesidad** de la medida, a juicio de esta Corte, existen alternativas menos gravosas para alcanzar el fin constitucionalmente protegido, en este caso, la protección del *nasciturus*.

149. En tal sentido, esta Corte enfatiza que el derecho penal de acuerdo con nuestra CRE se debe guiar por el principio de mínima intervención penal que determina que el Estado no debe sancionar penalmente todas las conductas que puedan ser consideradas antisociales, sino únicamente en aquellos casos donde existe un verdadero riesgo para los intereses de la comunidad o los individuos transgrediendo las condiciones mínimas de sobrevivencia de la sociedad. De modo que la coerción estatal penal no puede ser vista como la solución para toda situación, pues por su afectación a la libertad el derecho penal es de *última ratio*.

150. La Corte Constitucional de Ecuador, en la sentencia 001-18-SIN-CC, ha señalado:

“la intervención del Estado por medio de su poder punitivo no es la única medida que puede ser utilizada para la protección de derechos constitucionales; y, sobre todo, debe ser una medida excepcional, escogida solamente si se demuestra su estricta necesidad respecto de otras medidas que logren el objetivo constitucional propuesto” (Énfasis añadido)⁴¹.

151. En la misma línea, la Corte IDH en el caso I.V vs. Bolivia estableció que:

“en el ámbito de los derechos sexuales y reproductivos, la Corte considera que, la necesidad de criminalizar ciertas violaciones a dichos derechos, así como la evaluación de los casos en que una investigación por la vía penal resulta conducente, debe responder a un escrutinio acucioso y ponderado de las circunstancias del caso, toda vez que algunos tipos penales pueden ser abiertamente incompatibles con las obligaciones en materia de derechos humanos en tanto limiten o denieguen el acceso a la atención en salud sexual y reproductiva” (énfasis añadido).⁴²

152. Así también, la Corte Constitucional de Colombia ha establecido que:

“la decisión de criminalizar un comportamiento humano es la última de las decisiones posibles en el espectro de sanciones que el Estado está en capacidad jurídica de imponer, y entiende que la decisión de sancionar con una pena, que implica en su máxima drásticidad la pérdida de la libertad, es el recurso extremo al que puede acudir al Estado para reprimir un comportamiento que afecta los intereses sociales. En esta medida, la jurisprudencia legitima la descripción típica de las conductas sólo cuando se verifica una necesidad real de protección de los intereses de la comunidad. De allí que el derecho penal sea considerado por la jurisprudencia como la última ratio del derecho sancionatorio” (énfasis añadido)⁴³.

⁴¹ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 001-18-SIN-CC, 27 de febrero de 2018.

⁴² Corte IDH, sentencia Caso I.V.* vs. Bolivia, de 30 de noviembre de 2016, párr. 300.

⁴³ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-365-2012 de 16 de mayo de 2012.



153. En el caso concreto, como ha quedado anotado previamente, esta Corte considera que efectivamente existen otras medidas menos gravosas que la pena privativa de libertad para proteger al *nasciturus*. La interrupción voluntaria del embarazo en casos de violación deviene como consecuencia de la existencia de un acto de violencia como un problema estructural y multidimensional⁴⁴, por lo que a consideración de esta Corte las medidas para evitar la interrupción voluntaria del embarazo deben estar focalizadas a erradicar la violencia contra la mujer, la prevención y sanción de los delitos de violencia sexual, fortalecer la educación sexual y desarrollar políticas integrales sobre salud sexual y reproductiva, eliminando estereotipos de género relacionados a consideraciones de inferioridad de la mujer.
154. Por otra parte, como ya quedó establecido, la penalización del aborto consentido en casos de violación lleva a las mujeres a practicarlo en circunstancias de clandestinidad que ponen en grave riesgo su vida, salud e integridad; por lo que, al provocar afectaciones a otros derechos constitucionales que tienen la misma jerarquía e importancia del valor constitucional que se pretende proteger, la medida se convierte en exceso gravosa. En otras palabras, nos encontramos ante una medida que con el afán de -supuestamente- proteger al *nasciturus* termina atentando contra la vida y la salud de la madre gestante víctima de un delito de violación, lo cual evidencia que tampoco constituye una medida necesaria para conseguir el fin perseguido.
155. Finalmente, respecto de la **proporcionalidad en estricto sentido** de la medida - vista como el equilibrio entre el sacrificio y el beneficio conseguido- tampoco se encuentra que la sanción penal esté justificada pues, lo poco que logra la ley penal para proteger al *nasciturus* mediante la disuasión de la interrupción voluntaria del embarazo; no justifica lo mucho que se pierde al permitir el ejercicio del poder punitivo del Estado contra mujeres víctimas de violación en detrimento de su integridad personal, autonomía sexual y reproductiva y libre desarrollo de la personalidad.
156. Además, esta Corte considera necesario realizar ciertas puntualizaciones respecto de la penalización de niñas y adolescentes. Pese a que el aborto consentido en casos de violación constituye un delito penal aplicable, existen diferencias entre la responsabilidad de las niñas, adolescentes en conflicto con la ley penal y la responsabilidad penal en general. En virtud de que las niñas y adolescentes no han alcanzado su plena madurez y que es necesaria la existencia de una responsabilidad con un fuerte elemento educativo, el artículo 38 del COIP establece que “*las personas menores de dieciocho años en conflicto con la ley penal, estarán sometidas al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia*”.

⁴⁴ La violencia puede ser ocasionada por diversos factores como la pobreza, discriminación y la desigualdad en el goce y ejercicio de derechos en distintos ámbitos como el educativo, económico, social, laboral, acceso a servicios y la distribución inequitativa de los ingresos y recursos.



157. De este modo, el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia (“CONA”) determina que las niñas son absolutamente inimputables y que no se encuentran sujetas al juzgamiento y medidas socioeducativas previstas en esta ley⁴⁵. Mientras que las adolescentes infractoras efectivamente son responsables cuando cometan infracciones tipificadas en el COIP, siéndoles impuestas medidas socioeducativas que pueden ser tanto privativas como no privativas de libertad⁴⁶. Así, ante el cometimiento de este delito tipificado en el artículo 149 del COIP las adolescentes efectivamente pueden ser también privadas de su libertad mediante una medida socioeducativa como el internamiento en un centro de adolescentes infractores⁴⁷, sin perjuicio de que se adopten otras medidas adicionales.
158. De este modo, teniendo en cuenta los diferentes escenarios antes planteados, las graves consecuencias que conlleva una violación y la subsiguiente maternidad forzada, los problemas de salud pública y las implicaciones de la imposición de una sanción privativa de libertad, la medida constituye un sacrificio desmedido e injustificado que solo las revictimiza y afecta en sus derechos constitucionales, sin que con ello se obtengan beneficios o se logre consolidar realmente una protección en favor del *nasciturus*. En consecuencia, se evidencia que, en la tipificación de este delito en casos de violación de mujeres sin una discapacidad mental, la balanza se inclina exclusivamente hacia el *nasciturus* dejando de lado la protección de los derechos constitucionales de las víctimas de violación, pese a que estos tienen igual jerarquía y aplicabilidad.

⁴⁵ Conforme al artículo 307 del CONA “los niños y niñas son absolutamente inimputables y tampoco son responsables; por tanto, no están sujetos ni al juzgamiento ni a las medidas socio - educativas contempladas en este Código. Si un niño o niña es sorprendido en casos que puedan ser considerados de flagrancia según el artículo 326, será entregado a sus representantes legales y, de no tenerlos, a una entidad de atención. Se prohíbe su detención e internación preventiva. Cuando de las circunstancias del caso se derive la necesidad de tomar medidas de protección, éstas se tomarán respetando las condiciones y requisitos del presente Código”.

⁴⁶ Conforme al artículo 306 del CONA “los adolescentes que cometan infracciones tipificadas en el Código Orgánico Integral Penal estarán sujetos a medidas socio - educativas por su responsabilidad de acuerdo con las preceptos del presente Código”.

⁴⁷ Al ser el aborto consentido en casos de violación un delito sancionado con pena privativa de libertad de 6 meses a 2 años, conforme al artículo 385 del CONA “(...) se aplicará la medida de amonestación y una o más de las siguientes medidas: a) imposición de reglas de conducta de uno a seis meses. b) Orientación y apoyo psico socio familiar de tres a seis meses. c) Servicios a la comunidad de uno a seis meses. d) Libertad asistida de tres meses a un año. e) Internamiento domiciliario de tres meses a un año. f) Internamiento de fin de semana de uno a seis meses. g) Internamiento con régimen semiabierto de tres meses a un año”. Al respecto, entre las medidas privativas de libertad previstas se encuentra el internamiento con régimen semiabierto que “es la restricción parcial de la libertad por la que el adolescente **ingresa en un Centro de adolescentes infractores**, sin impedir su derecho a concurrir normalmente al establecimiento de estudio o de trabajo”, mientras que el internamiento de fin de semana “es la restricción parcial de la libertad en virtud de la cual el adolescente **estará obligado a concurrir los fines de semana al Centro de adolescentes infractores**, lo que le permite mantener sus relaciones familiares y acudir normalmente al establecimiento de estudios o de trabajo”.



159. En función de lo expuesto, esta Corte encuentra que la sanción penal impuesta a las víctimas de violación, que no padecen una discapacidad mental, no es proporcional y por tanto es inconstitucional.

5.3. ¿El artículo 150 numeral 2 del COIP es contrario al derecho a la igualdad y no discriminación al establecer como excepción únicamente el aborto consentido en casos de violación de mujeres con discapacidad mental?

160. El derecho a la igualdad y no discriminación se encuentra reconocido en el artículo 66 numeral 4 de la CRE en los siguientes términos:

“Se reconoce y garantizará a las personas: (...) 4. Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación”.

161. Asimismo, entre los deberes primordiales del Estado, el artículo 3 numeral 1 de la CRE reconoce el derecho a la igualdad y no discriminación:

“Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales”.

162. Por otra parte, el artículo 11 numeral 2 de la CRE establece la prohibición de la discriminación:

“Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos”.

163. La igualdad y la no discriminación constituye un principio fundamental que se relaciona y extiende a todas las disposiciones constitucionales y de los instrumentos internacionales de derechos humanos. Por este principio, el Estado y todos sus órganos tienen el deber especial de erradicar, de *iure* o de *facto*, toda norma, actuación o práctica que genere, mantenga, favorezca o perpetúe desigualdad y discriminación, sin perjuicio de que en determinadas circunstancias puedan existir tratos diferenciados debidamente justificados de forma objetiva y razonable⁴⁸.

⁴⁸ Al respecto, sobre el derecho a la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador, véase las sentencias de 10-18-CN/19, 11-18-CN/19, 7-11-IA/19, 603-12-JP/19, 1894-10-JP/20, 751-15-EP/21, entre otras.

Conforme a la Corte IDH, no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana. En este mismo sentido, la Corte Europea de Derechos Humanos, basándose en “los principios que pueden deducirse de la práctica jurídica de un gran número de Estados democráticos”, advirtió que sólo es discriminatoria una distinción cuando “carece de **justificación objetiva y razonable**”. Existen, en efecto, ciertas desigualdades de hecho que legítimamente pueden traducirse en desigualdades de tratamiento



- 164.** En el ámbito internacional, la Corte IDH ha determinado que la igualdad y no discriminación “*ha ingresado en el dominio del ius cogens. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permean todo el ordenamiento jurídico*”⁴⁹. Asimismo, ha señalado que la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación⁵⁰.
- 165.** Esta Corte ha establecido que la discriminación directa se materializa en aquellos casos en los que existe un trato desfavorable en perjuicio de una persona frente a otra, en circunstancias comparables. En este sentido, la práctica o norma aplicada al caso bajo estudio implicaría consecuencias jurídicas distintas para dos personas que se encuentran en una situación análoga⁵¹.
- 166.** En el presente caso, las accionantes sostienen que el trato diferenciado establecido por el artículo 150 numeral 2 del COIP -entre las mujeres violadas “*que padeczan de una discapacidad mental*” y aquellas mujeres que no la tienen- es contrario al principio de igualdad y no discriminación. Así, consideran que la norma impugnada contraviene el principio de igualdad en sus dos dimensiones (como no discriminación y como no sometimiento), por cuanto “*introduce como criterio de distinción la discapacidad para diferenciar a las mujeres con discapacidad y mujeres sin discapacidad embarazadas como resultado de una violación*” y, en

jurídico, sin que tales situaciones contrarien la justicia. Por el contrario, pueden ser un vehículo para realizarla o para proteger a quienes aparezcan como jurídicamente débiles. No habrá, pues, **discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas**. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parte de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y **que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma**, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana. Véase en Corte IDH. *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84* de 19 de enero de 1984, párrafos 56 y 57.

⁴⁹ Corte IDH, Caso *Duque vs. Colombia*. Sentencia de 21 de noviembre de 2016, párrafo 91.

⁵⁰ Corte IDH. Caso *Atala Riff y niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012, párr. 79.

⁵¹ Asimismo, con relación a la discriminación indirecta esta Corte ha establecido que esta “*se observa en aquellos casos en los que, si bien a primera vista la práctica o norma aplicada al caso, y que genera consecuencias jurídicas distintas es neutral, su impacto en un grupo determinado podría generar una consecuencia igualmente discriminatoria. De esta forma, aunque en principio no habría una diferencia en el trato, la situación estructural en la que se encontrarían estos grupos, conllevaría a una situación de discriminación*”. Corte Constitucional, sentencia No. 1894-20-JP, de 04 de marzo de 2020, párr. 53.



consecuencia, “introduce una restricción a los derechos (...) de niñas y mujeres víctimas de violación, que no poseen una discapacidad”.

167. Con relación a la norma impugnada, esta Corte identifica que, en efecto, esta hace una diferenciación entre aquellas mujeres que tienen una discapacidad mental y aquellas que no y, a partir de dicha distinción, dispone diferentes consecuencias penales. Así, para aquellas mujeres violadas sin una condición de discapacidad mental que interrumpen voluntariamente su embarazo se establece una pena privativa de libertad, mientras que para las mujeres que tienen una discapacidad mental no se establece ninguna penalidad.
168. Entonces, habiéndose verificado que existe un trato diferenciado, es necesario determinar si se trata de una diferencia justificada o de una que discrimina. Para ello, esta Corte analizará si existe un criterio objetivo para realizar tal distinción y si es así, determinará si la medida es idónea, necesaria, y guarda un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional (proporcionalidad)⁵².
169. En principio, el trato diferenciado podría parecer justificado sobre la base de que se estaría protegiendo a un grupo de atención prioritaria ante su vulnerabilidad y su supuesta imposibilidad de brindar consentimiento⁵³. No obstante, analizada la norma, esta Corte encuentra varias razones que demuestran que no existe una justificación para el trato diferenciado.
170. En primer lugar -independientemente de su condición o capacidad mental- en todos los casos se trata de mujeres que quedan embarazadas como resultado de una violación sexual. Esto quiere decir que todas las mujeres -con o sin discapacidad mental- se encuentran en similares circunstancias pues el elemento esencial y necesario para que se configure el delito de violación es la ausencia de consentimiento de la víctima.
171. En consecuencia, la discapacidad mental no constituye una justificación constitucionalmente válida ni un criterio objetivo, pues al haber sido víctimas de violación sexual, en ninguno de los casos, medió el consentimiento ni influyó la capacidad mental de las víctimas. En otras palabras, resulta irrelevante analizar la capacidad mental de la víctima como presupuesto para la configuración del delito, pues si se ha configurado una violación, no existió consentimiento.
172. En segundo lugar, es evidente que ambos grupos de mujeres ven vulnerados los mismos derechos constitucionales y sufren las mismas graves consecuencias y secuelas que acarrea una violación y que fueron ya analizadas en párrafos previos de

⁵² Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 7-11-IA/19 de 28 de octubre de 2019, párr. 31.

⁵³ Es necesario considerar que el legislador parte de una premisa equivocada al asumir que por el solo hecho de ser mujeres con discapacidad mental, ellas pierden toda su capacidad jurídica para adoptar decisiones y brindar consentimiento, cuando no necesariamente es así.



esta sentencia. Por lo que, la discapacidad mental de las mujeres violadas tampoco tiene una justificación válida relacionada a las consecuencias que acarrea el delito.

173. En tercer lugar, la discapacidad mental no es la única situación de vulnerabilidad que enfrentan las mujeres; por lo que la protección hacia un grupo de atención prioritaria, ante un delito tan atroz que trae consigo un embarazo no deseado, tampoco puede ser una justificación constitucionalmente válida y suficiente para efectuar una diferenciación. De acuerdo con la Constitución, las niñas, adolescentes, las mujeres embarazadas, las mujeres en situación de movilidad, las mujeres privadas de libertad y las propias mujeres víctimas de violencia forman parte también de los grupos de atención prioritaria.⁵⁴ Por lo que, igualmente ellas tienen una protección constitucional especial por su vulnerabilidad y por consiguiente están en una situación de protección también equiparable a la de aquellas mujeres con una discapacidad mental.
174. Es más, algunas mujeres pueden pertenecer a más de un grupo de atención prioritaria y enfrentar una doble o múltiple vulnerabilidad, estando en una situación aún más compleja y grave. En tal virtud, todas las mujeres víctimas de violación requieren la misma protección prioritaria, especializada y reforzada, y a su vez requieren también mecanismos diferenciados e interseccionales de protección de acuerdo con su condición y distintas necesidades.
175. De hecho, todas estas mujeres -pertencientes a grupos de atención prioritaria- tienen alta vulnerabilidad frente al delito de violación de acuerdo con las estadísticas. Según un estudio realizado por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos ("INEC") en 2011⁵⁵, una de cada cuatro mujeres sufrió violencia sexual durante su vida. Según datos de la Fiscalía General del Estado ("FGE"), de 2015 a 2018 se denunciaron 18.184 violaciones, de las cuales el 80% corresponde a mujeres. Esto quiere decir que alrededor de 14.500 mujeres fueron violadas, lo que representa un promedio de 10 violaciones por día⁵⁶.
176. Asimismo, según información de la FGE, del total de denuncias diarias de violación, el 7,5% corresponde a niñas menores de 9 años, el 40% entre 10 y 14 años, el 41,5% entre 15 y 24 años, el 4% de 21 a 29 años y un 7% a personas mayores. No obstante,

⁵⁴ Conforme al artículo 35 de la CRE “*las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado. La misma atención prioritaria recibirán las personas en situación de riesgo, las víctimas de violencia doméstica y sexual, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos. El Estado prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad*” (énfasis añadido).

⁵⁵ INEC. (2011). Encuesta Nacional de Relaciones Familiares y Violencia de Género contra las Mujeres.

⁵⁶ El Telégrafo. (16 de noviembre de 2018). *Violencia de género, aborto y derechos humanos*. Extraído desde: <https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/columnistas/15/violencia-genero-aborto-derechos-humanos>



los casos denunciados únicamente constituyen el 10% de los casos ocurridos conforme a sus propias estimaciones⁵⁷.

177. La vulnerabilidad y las características personales de las víctimas incrementan el riesgo de sufrir una violación. Así, por ejemplo, la pobreza, migración o que se trate de mujeres LGBTIQ+, mujeres privadas de libertad y particularmente niñas o adolescentes, entre otras, son factores que intensifican la problemática mencionada.
178. En el país, diariamente, se registra un promedio de cuarenta y dos denuncias por violación, abuso y acoso sexual a niñas y adolescentes⁵⁸. Más aún, una de cada diez mujeres ecuatorianas es víctima de abuso sexual durante su niñez o adolescencia⁵⁹. Según la FGE, las niñas y adolescentes menores de 14 años son las principales víctimas de abuso sexual. En este sentido, UNICEF Ecuador ha reportado que el “65% de los casos de abuso sexual fueron cometidos por familiares y personas cercanas a la víctima”⁶⁰, y “de los familiares que abusaron, casi el 40% abusó varias veces de la misma víctima y el 14% lo hizo de manera sistemática”⁶¹. Por lo que, la violencia sexual se agudiza en las niñas y adolescentes⁶². De hecho, según los datos presentados por ONU Mujeres en 2020, el 49.3% de los nacimientos en Ecuador corresponden a madres adolescentes⁶³. Asimismo, según el Ministerio de Salud Pública, “Ecuador es el tercer país a nivel de la región con la tasa más alta de embarazo en adolescentes (10-19 años)”⁶⁴. En 2010, 3.864 niñas y adolescentes

⁵⁷ FGE (2017). El abuso sexual infantil en la mira de la Fiscalía, disponible en <https://www.fiscalia.gob.ec/el-abuso-sexual-infantil-en-la-mira-de-la-fiscalia/>.

⁵⁸ Informe del General Carlos Alulema, Director Nacional de la Policía Judicial, 11 de mayo de 2019. El Comercio, (12 de mayo de 2019). “En Ecuador se registran 42 denuncias diarias por violación o agresión sexual”. Extraido de <https://www.elcomercio.com/actualidad/ecuador-denuncias-abuso-sexual-menores.html>

⁵⁹ UNICEF Ecuador. Dossier informativo sobre la campaña #AhoraQueLoVes #DiNoMás, agosto de 2017. Extraído de: <https://www.unicef.org/ecuador/media/1191/file/Dossier%20informativo%20sobre%20la%20camp%C3%A1nica%20#AhoraQueLoVes%20#DiNoM%C3%A1s.pdf>

⁶⁰ UNICEF Ecuador. Dossier informativo sobre la campaña #AhoraQueLoVes #DiNoMás, agosto de 2017.

⁶¹ *Ibid.*

⁶² Los centros educativos en el Ecuador también se han convertido en un peligroso espacio en el que comúnmente ocurren abusos sexuales. Según la Encuesta Nacional de Violencia contra la Mujer del INEC, doce de cada cien adolescentes experimentaron violencia en el ámbito educativo en 2019. De estos casos, el 6.3% fueron violencia sexual, de los cuales el 92.9% no fueron denunciados. El 35.1% de las niñas y adolescentes ecuatorianas que no dan aviso de su abuso sexual es por miedo de las consecuencias; el 27.4% es por vergüenza; el 19.1% por miedo a que no les crean; el 12.7% es debido a amenazas; y, el 5.7% se debe a otros motivos (Consejo Nacional para la Igualdad de Género, INEC, Ministerio del Interior y Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID), (2014). La violencia de género contra las mujeres en el Ecuador: Análisis de los resultados de la Encuesta Nacional sobre Relaciones Familiares y Violencia de Género contra las mujeres. Extraído de https://oig.cepal.org/sites/default/files/violencia_de_gnero_ecuador.pdf).

⁶³ ONU Mujeres. Educación, género y COVID-19, julio de 2020. Extraído desde: https://www2.unwomen.org/media/fieldd%20office%20americas/documentos/publicaciones/2020/07/infografias_educacion_genero_y_covid.pdf?la=es&vs=3258

⁶⁴ Ministerio de Salud Pública. Plan Nacional de Salud Sexual y Reproductiva 2017-2021, 2017. Extraído desde: <https://ecuador.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/PLAN%20NACIONAL%20DE%20SS%>



menores de 14 años fueron madres en el Ecuador, producto de violación. En 2016, el 11% de muertes maternas en el país, correspondió a adolescentes.⁶⁵

179. De modo que esta Corte encuentra que la justificación basada en la pertenencia a un grupo determinado de atención prioritaria tampoco constituye un criterio objetivo que explique un trato diferenciado entre mujeres víctimas de violación que han quedado embarazadas, ni justifica por qué no todas las mujeres víctimas de violación deban recibir igual nivel de protección y el mismo trato en la legislación penal impugnada, si las estadísticas demuestran que se encuentran en situación de grave vulnerabilidad.
180. En tal sentido, por las consideraciones expuestas, se evidencia que la configuración legislativa del tipo penal impugnado no cumple un fin constitucionalmente válido que parte de un criterio objetivo que justifique el trato diferenciado entre las mujeres víctimas de violación. Al contrario, se evidencia que, al momento en que aplica el poder punitivo del Estado a las mujeres que han sido víctimas de violación que interrumpan voluntariamente su embarazo sin tener una discapacidad mental, se produce una conducta discriminatoria grave que las revictimiza pues deben enfrentar un proceso y sanción penal.
181. De lo expuesto, esta Corte encuentra que la frase "*en una mujer que padezca de discapacidad mental*" del artículo 150 numeral 2 del COIP es inconstitucional y debe ser expulsada del ordenamiento; debiendo quedar el artículo redactado de la siguiente forma:

Art. 150.- El aborto practicado por un médico u otro profesional de la salud capacitado, que cuente con el consentimiento de la mujer o de su cónyuge, pareja, familiares íntimos o su representante legal, cuando ella no se encuentre en posibilidad de prestarlo, no será punible en los siguientes casos:

1. *Si se ha practicado para evitar un peligro para la vida o salud de la mujer embarazada y si este peligro no puede ser evitado por otros medios.*
2. *Si el embarazo es consecuencia de una violación.*

182. Finalmente, esta Corte estima necesario dejar claro que por la redacción del artículo 150 del COIP, ante la declaratoria de inconstitucionalidad de su numeral 2, deja de ser punible el delito de aborto consentido en casos de violación para todos los sujetos activos del mismo, es decir tanto respecto de las mujeres que han sido violadas como del "*médico u otro profesional de la salud*" que realice el procedimiento.

20Y%20SR%202017-2021.pdf

⁶⁵ Ministerio de Salud Pública-Dirección Nacional de Vigilancia Epidemiológica. (2016). Muerte Materna Ecuador-Gaceta Epidemiológica.



- 183.** Esta aclaración se hace necesaria con el fin de evitar que ante una interpretación equivocada los médicos y el personal de salud que brinden asistencia en la interrupción voluntaria del embarazo en casos de violación puedan ser sancionados, pues aquello no solo afectaría sus propios derechos constitucionales sino que además conllevaría una afectación al derecho a la salud de las víctimas de violación, quienes ante la carencia de personal médico que realice el procedimiento de forma segura, seguirían expuestas a clínicas y procedimientos clandestinos que solo provocan un grave problema de salud pública.
- 5.4. Penalización del aborto consentido en casos de incesto, graves malformaciones e inseminación forzada**
- 184.** En primer lugar, aunque la línea argumentativa de todas las demandas se centra mayoritariamente en la despenalización del aborto por violación, las accionantes enuncian brevemente que, a su consideración, la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo debería incluir otras excepciones, concretamente, respecto de incesto, inseminación forzada y malformaciones graves.
- 185.** En relación con las alegaciones de las accionantes sobre el incesto, esta Corte observa que, aunque este puede constituir una forma particular de violencia sexual, en la regulación del COIP no existe, autónomamente, un delito penal de incesto sino que se penaliza la violación incestuosa⁶⁶. Por ello, en virtud de que en la violación incestuosa el embarazo también se produce sin el consentimiento de la víctima, dentro del análisis que esta Corte realizó sobre la penalización de la interrupción voluntaria del embarazo en casos de violación, debe entenderse también incluidas aquellas situaciones de incesto que constituyan un delito de violación incestuosa.
- 186.** Por su parte, respecto de la penalización de la interrupción voluntaria del embarazo en casos de inseminación forzada, este Organismo encuentra que, así como en los casos de violación con resultado de embarazo, esta gestación se produciría anulando el consentimiento de las mujeres. En tal sentido, se encuentra que esta conducta se podría enmarcar en el delito de violación pues su tipificación incluye la posibilidad de que este se produzca a través de la introducción de objetos vía vaginal. No obstante, dado que la inseminación forzada no se encuentra específicamente tipificada en el COIP y corresponde a la libre configuración legislativa, su constitucionalidad no puede ser analizada través de una sentencia que analiza la constitucionalidad de una norma concreta del COIP.
- 187.** Finalmente, respecto de las alegaciones de las accionantes sobre otras posibles excepciones a la penalización de la interrupción voluntaria del embarazo, como las malformaciones graves, esta Corte advierte que, si bien existen otros posibles casos

⁶⁶ Conforme al artículo 171.1 del COIP “la persona que viole a un pariente que sea ascendiente, descendiente o colateral hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, será sancionada con el máximo de la pena privativa de libertad prevista en el artículo anterior. Si se produce la muerte de la víctima se sancionará con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años”.

en los que existe tensión entre principios y derechos constitucionales, justamente, relacionados con la despenalización de otros escenarios en los que se efectúe una interrupción consentida del embarazo, su establecimiento y regulación pertenece a la esfera de la libre configuración legislativa. Por la enorme complejidad del aborto eugenésico, su alcance, procedimiento, requisitos, momentos y circunstancias requieren una configuración legislativa que sea producto de una amplia deliberación democrática por parte de los representantes del pueblo, basada en criterios técnicos y de salud pública, que puedan efectivamente garantizar los derechos establecidos en la Constitución⁶⁷.

- 188.** Como ya se ha establecido en secciones anteriores de esta sentencia, la convivencia pacífica de los distintos derechos previstos en la Constitución requiere de ponderaciones y profundos análisis que permitan crear un justo equilibrio entre ellos, donde tanto las niñas, adolescentes y mujeres como el *nasciturus* reciban la protección que el constituyente les ha otorgado. En consecuencia, aquello no es posible hacerlo a través de una sentencia que analiza la constitucionalidad de una norma concreta del COIP⁶⁸.
- 189.** En esa línea, esta Corte estima que la no inclusión de estas otras posibles excepciones al delito de aborto consentido por parte del legislador, no pueden ser consideradas *per se* inconstitucionales. No obstante, esta Corte sí reconoce la necesidad de que la Asamblea Nacional, en su deber de legislar a través de medidas positivas, concretas y orientadas a la satisfacción del derecho a una vida digna y de aplicar la coerción estatal de forma justa, medida, ponderada y proporcional no puede omitir estos temas relevantes y rehuir su responsabilidad de legislar para procurar la defensa y protección de todos los derechos constitucionales⁶⁹.

⁶⁷ Al respecto, sobre decisiones en las que se ha dispuesto al legislador fijar la extensión y fecha límite para la interrupción voluntaria del embarazo y la determinación de cómo combinar las limitaciones temporales con diversas circunstancias, véase Corte Constitucional de Corea del Sur, Caso 2017Hun-Ba127.

⁶⁸ Esta Corte recuerda que la falta de claridad sobre los supuestos en los que la interrupción voluntaria del embarazo no es penalizada tiene severas repercusiones en la vida de las mujeres. Por ejemplo, en Irlanda, el reporte final de la investigación del caso Savita Halappanavar determinó que la falta de claridad de los supuestos en los que operaba la interrupción voluntaria del embarazo fue un factor que contribuyó a su muerte, pues no existía certeza de la aplicación de la ley en situaciones en que puede ser necesario que un profesional de salud interrumpa un embarazo. Aunque el embarazo no era viable, a Savita Halappanavar se le negó su interrupción pese a sufrir un aborto espontáneo a las 17 semanas, puesto que se percibían latidos del corazón del no nacido. Savita Halappanavar murió días después de un choque séptico. Véase, Feidhmeannacht na Seirbhís Sláinte Health Service Executive. Final Report. Investigation of Incident 50278 from time of patient's self referral to hospital on the 21st of October 2012 to the patient's death on the 28th of October, 2012, p. 73.

⁶⁹ Esta Corte observa que existen recomendaciones de comités de la ONU, relatores, y otros organismos de la ONU a los Estados respecto no sólo de la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo, sino de la necesidad de legislación que garantice la salud sexual y reproductiva de las mujeres y su derecho a la vida, eliminando el aborto inseguro y estableciendo leyes y políticas públicas que permitan la interrupción del embarazo en, por lo menos, los siguientes casos: i) cuando la vida o salud de la mujer esté en peligro, ii) cuando exista inviabilidad del feto de sobrevivir, y iii) en los casos de violencia sexual, incesto e inseminación forzada, así como garantizar que las mujeres y adolescentes



VI. Efectos de la presente sentencia

190. Toda vez que la Corte ha determinado que la frase contenida en el artículo 150 numeral 2 del COIP (*"en una mujer que padezca de una discapacidad mental"*), es contraria a la CRE, corresponde establecer los efectos de la presente decisión.
191. Conforme establece el artículo 95 de la LOGJCC, la presente sentencia tiene “efectos generales hacia el futuro”, por lo que ninguna autoridad podrá aplicar el contenido de la frase declarada inconstitucional en los términos en los que esta Corte se ha pronunciado de conformidad al artículo 96 numeral 1 de la LOGJCC. Pese a ello, esta Corte estima necesario dejar claro que aquello no interfiere, de modo alguno, con la aplicación del principio de favorabilidad penal previsto en el artículo 76 numeral 5 de la CRE⁷⁰, mismo que deberá ser aplicado por las autoridades judiciales en aquellos casos en etapa preprocesal y procesal o en los que se haya dictado sentencia condenatoria por el delito que ha quedado expulsado del ordenamiento jurídico.
192. Adicionalmente, es preciso señalar que, una vez declarada la inconstitucionalidad por el fondo, el aborto consentido en casos de violación ya no podrá ser penalizado conforme lo prescrito por el artículo 149 del COIP.
193. Por otra parte, dado que esta sentencia realiza exclusivamente un control de constitucionalidad de la pena en casos de interrupción voluntaria del embarazo de mujeres víctimas de violación, corresponde al legislador generar un marco regulatorio apropiado que regle el aborto consentido en caso de violación. No obstante de aquello, la presente decisión -para garantizar los derechos de las niñas, adolescentes y mujeres víctimas de ese delito- tendrá efectos desde su publicación

tengan acceso inmediato a métodos anticonceptivos económicos, incluyendo la anticoncepción oral de emergencia, eliminando con ello los efectos discriminatorios en las mujeres de denegarles servicios, basados en estereotipos que reducen el rol primario de las mujeres a la maternidad y previenen que tomen decisiones sobre su sexualidad y reproducción. Así, por ejemplo, la Observación General No. 26 al PIDCP de 3 de septiembre de 2019 establece que “aunque los Estados partes pueden adoptar medidas para regular la interrupción voluntaria del embarazo, estas no se deben traducir en la violación del derecho a la vida de la mujer o la niña embarazada, ni de los demás derechos que se les reconocen en el Pacto. Por lo tanto, las restricciones a la capacidad de las mujeres o las niñas de recurrir al aborto no deben, entre otras cosas, poner en peligro su vida ni someterlas a dolores o sufrimientos físicos o mentales de manera que se viole el artículo 7 del Pacto, ni suponer una discriminación contra ellas o una injerencia arbitraria en su vida privada. Los Estados partes deben proporcionar un acceso seguro, legal y efectivo al aborto cuando la vida y la salud de la mujer o la niña embarazada corran peligro, o cuando llevar el embarazo a término causaría dolores o sufrimientos considerables a la mujer o la niña embarazada, especialmente si el embarazo es consecuencia de una violación o incesto, o si no es viable”.

⁷⁰ Conforme al artículo 76 numeral 5 de la CRE: “En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: (...) 5. En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora”.



en el Registro Oficial. Por lo que, la falta de regulación no podrá ser pretexto para incumplir esta sentencia, ni sancionar a mujeres o médicos que interrumpan voluntariamente un embarazo producto de una violación sexual.

194. En esa línea, esta Corte estima necesario establecer parámetros mínimos a seguir por parte de jueces y tribunales -mientras no exista marco regulatorio- y para el legislador cuando desarrolle la normativa pertinente, con el único fin de garantizar los derechos de las niñas, adolescentes y mujeres víctimas de violación:

- a. En ningún caso, se podrá penalizar la interrupción voluntaria del embarazo por el hecho de que no exista una sentencia condenatoria ejecutoriada por el delito de violación. Al respecto, esta Corte considera que tal exigencia constituiría un requisito que, en la práctica, promovería la maternidad forzada de las víctimas, pues mientras la gestación biológicamente dura un tiempo limitado, el proceso penal atraviesa una serie de etapas y cuenta con varias instancias que superan el tiempo de gestación. Por lo que, para tales efectos, deberá considerarse otras opciones como, por ejemplo, denuncia penal, examen médico o declaración jurada, mismas que deberán ser apropiadamente reguladas por el legislador.
- b. En los casos de niñas y adolescentes que no cuenten con autorización de su representante legal, las autoridades competentes (sanitarias, fiscalía, policía judicial, juntas cantonales de protección de derechos, defensoría del pueblo, entre otros) preverán mecanismos adecuados y confidenciales para que puedan realizar, ante las autoridades competentes -sin trabas y sin miedo a represalias- su denuncia, examen médico, declaración jurada o lo que corresponda conforme se determine normativamente. Esto con el fin de que puedan ser asistidas médica y psicológicamente ante un embarazo no deseado producto de una violación. Estas medidas son especialmente necesarias en los casos en que la violación se haya perpetrado dentro del círculo íntimo o familiar de la niña o adolescente donde sus victimarios ejercen poder sobre ellas y pueden incluso tener su representación legal.

Al respecto, debe tomarse en consideración que según ha establecido la Corte Constitucional en su sentencia N° 2691-18-EP/21, “*el aplicador del derecho, en el contexto de la administración de justicia de niños, niñas y adolescentes, está llamado a examinar y evaluar caso a caso las condiciones específicas del niño, niña o adolescente y su interés superior para acordar la participación de este, según corresponda en la determinación de sus derechos (...)*”.

- c. De conformidad con lo establecido por la Corte IDH en la sentencia de *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, la protección de la vida desde la



concepción es gradual e incremental según el desarrollo del *nasciturus*⁷¹, por lo que la interrupción voluntaria del embarazo en casos de violación requiere de una legislación que fije los límites objetivos y técnicos dentro de los cuales puede ser efectuada legalmente, lo que incluye la necesidad de fijación de un tiempo máximo de gestación permitido (semanas)⁷², pues no le corresponde a esta Corte fijar las limitaciones temporales para la interrupción del embarazo.

- d. Toda autoridad pública involucrada -en su ámbito de actuación- debe tomar en consideración los estándares y parámetros recomendados por el derecho internacional, así como por las organizaciones internacionales como la OPS o la OMS, y organismos internacionales como el Comité de la CEDAW, el Comité DESC, entre otros, para garantizar -dentro del marco de sus competencias- que sus actuaciones respeten y garanticen los derechos reconocidos en la Constitución e instrumentos internacionales de derechos humanos. Además, debe tenerse en consideración que su implementación requiere no solo de una legislación adecuada, sino también de la implementación de políticas públicas para asegurar una atención médica, psicológica, legal y de trabajo social que sea inmediata, segura y digna para aquellas mujeres víctimas de violación que han interrumpido voluntariamente su embarazo.

195. Finalmente, habiendo quedado establecida la necesidad de un marco regulatorio apropiado, esta Corte Constitucional dispone que el Defensor del Pueblo -contando con la participación amplia y activa de la ciudadanía y de manera coordinada con los

⁷¹ Al respecto, la Corte IDH ha determinado que “*es posible concluir de las palabras “en general” que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general*”. Corte IDH, Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación In Vitro) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C No. 257, párr. 264.

De igual manera, otros Tribunales Constitucionales han determinado que a lo largo de toda la gestación no existe un mismo nivel de protección, sino que esta es gradual e incremental. Así, la Corte Constitucional de Colombia, en la sentencia 355-06, ha establecido que “*la protección de la vida del embrión o del feto, que también es una obligación del Estado, en tanto que principio de la vida humana y en tanto que protección a la mujer embarazada, no implica que la protección de éste deba ser la misma para el embrión humano, para el feto humano y para la persona humana. La protección del embrión y del feto en sus primeras etapas es la protección de la concepción como fenómeno que da inicio a la vida, la protección a la potencialidad que el óvulo fecundado representa, lo cual es a todas luces conforme con el principio de la dignidad del ser humano desde el momento en que éste lo es en potencia si bien aún no lo es en términos físicos, fisiológicos.*”.

⁷² Por ejemplo, en su decisión de 2019, la Corte Constitucional de Corea del Sur ha determinado que corresponde al legislador decidir, dentro de los límites fijados por aquella Corte, los aspectos puntuales sobre cómo la interrupción voluntaria del embarazo debe ser regulado, tales como el tiempo en el que la interrupción voluntaria del embarazo es legalmente posible y su fecha límite, así como determinar cómo las limitaciones temporales se combinan con las distintas excepciones a la protección del *nasciturus* para encontrar un adecuado balance entre la protección del *nasciturus* y los derechos constitucionales de las mujeres. Corte Constitucional de Corea del Sur, Caso 2017Hun-Ba127.



distintos organismos estatales- en el plazo máximo de **2 meses** contados desde la notificación de la presente sentencia, prepare y presente un proyecto de ley para la interrupción voluntaria del embarazo en caso de niñas, adolescentes y mujeres víctimas de violación sexual que, sobre la base de los criterios establecidos en la presente sentencia y evidencia médica y científica, establezca condiciones y requisitos para que exista un adecuado balance entre la protección del *nasciturus* y los derechos constitucionales de las mujeres víctimas de violación. Este proyecto de ley deberá ser conocido y discutido -con los más altos estándares de deliberación democrática y respetando los criterios establecidos en esta decisión- por la Asamblea Nacional dentro del plazo máximo de **6 meses**, contados desde la presentación del proyecto de ley.

VII. Decisión

196. En mérito de lo expuesto, administrando justicia constitucional y por mandato de la Constitución de la República del Ecuador, el Pleno de la Corte Constitucional resuelve:

- a. Declarar la inconstitucionalidad por el fondo del artículo 150 numeral 2 del Código Orgánico Integral Penal en la frase “*en una mujer que padezca de discapacidad mental*”.
- b. Disponer que el Defensor del Pueblo, contando con la participación activa de la sociedad civil y de manera coordinada con los distintos organismos estatales, en el plazo máximo de 2 meses contados desde la notificación de la presente sentencia, prepare un proyecto de ley que regule la interrupción voluntaria del embarazo en casos de violación, sobre la base de los criterios establecidos en esta decisión. El Defensor del Pueblo deberá remitir a la Corte Constitucional del Ecuador la constancia de presentación del proyecto de ley ante la Asamblea Nacional al cumplirse el plazo de dos meses otorgado para su elaboración.
- c. Disponer que la Asamblea Nacional, en el plazo máximo de 6 meses, contados desde la presentación del proyecto de ley, conozca y discuta el proyecto de ley que regule la interrupción voluntaria del embarazo producto de una violación sexual, con los más altos estándares de deliberación democrática. En el marco de la tramitación y aprobación del proyecto de ley, la Asamblea Nacional deberá respetar los criterios y estándares generales establecidos en la presente sentencia para regular la interrupción voluntaria del embarazo en caso de niñas, adolescentes y mujeres víctimas de violación sexual. La Asamblea Nacional, a través de su representante, deberá informar trimestralmente sobre el avance y cumplimiento de esta medida a partir de la recepción del proyecto de ley.



d. Notifíquese, publíquese y cúmplase.

LUIS
HERNAN
BOLIVAR
SALGADO
PESANTES

Firmado
digitalmente por
LUIS HERNAN
BOLIVAR SALGADO
PESANTES
Fecha: 2021.04.29
09:18:33 -05'00'

Dr. Hernán Salgado Pesantes
PRESIDENTE

Razón: Siento por tal, que la Sentencia que antecede fue aprobada por el Pleno de la Corte Constitucional con siete votos a favor, de los Jueces Constitucionales Karla Andrade Quevedo, Ramiro Avila Santamaría (voto concurrente), Agustín Grijalva Jiménez, Alí Lozada Prado, Enrique Herreria Bonnet, Daniela Salazar Marín y Hernán Salgado Pesantes; y, dos votos salvados de las Juezas Constitucionales Carmen Corral Ponce y Teresa Nuques Martínez; en sesión ordinaria de miércoles 28 de abril de 2021.-
Lo certifico.

AIDA
SOLEDAD
GARCIA
BERNI

Firmado
digitalmente
por AIDA
SOLEDAD
GARCIA BERNI

Dra. Aída García Berni
SECRETARIA GENERAL



SENTENCIA No. 34-19-IN/21 Y ACUMULADOS

VOTO CONCURRENTE

Juez Constitucional Ramiro Avila Santamaría

1. Estoy de acuerdo con todos los argumentos y con la decisión en la sentencia aprobada con ponencia de la jueza Karla Andrade Quevedo. Me permito razonar mi voto para resaltar la importancia del caso y el avance jurisprudencial que la Corte Constitucional ha realizado al aprobar, con el apoyo de siete jueces y juezas, el fallo.
2. Este voto concurrente, como lo he explicado en otra causa¹, debe entenderse como un voto a favor tanto de la decisión como de las razones que lo sustentan. La justificación de este voto permite resaltar aspectos relevantes de la sentencia, profundizar argumentos, destacar la importancia del precedente que se aprueba, y, también, dar algunas razones en contra de las objeciones realizadas a la sentencia de mayoría.
3. El voto razonado lo dividiré en tres partes: (1) el contexto y la importancia del caso; (2) las objeciones realizadas al precedente jurisprudencial; (3) el objeto de la sentencia: despenalización del aborto por violación.

(1) El contexto y la importancia del caso

4. La sentencia, cuando realiza la ponderación de derechos, recoge datos sobre la situación de la mujer que interrumpe voluntariamente el embarazo.
5. Entre otros datos, 3 de cada 4 mujeres realizaron de forma insegura un aborto; el 15.6% de muertes maternas corresponden a abortos clandestinos²; 1 de cada 4 mujeres ha sufrido violencia sexual durante su vida; solo en denuncias (que no son nunca todos los hechos de violencia acaecidos), 14.500 mujeres fueron violadas, de esas personas el 47.5% corresponde a mujeres menores de 14 años; diariamente hay 42 denuncias por violencia sexual; 65% de los casos fueron cometidos por un familiar; hay un promedio de 10 violaciones por día; 3.864 niñas menores de 14 años fueron madres por violencia sexual y el 11% de muertes maternas correspondió a adolescentes.³
6. La sentencia no es ajena a algo que suelen olvidar quienes están contra del aborto: las múltiples violencias, estructurales y multidimensionales, que es víctima la mujer.⁴ En el caso que se trata, la mujer es víctima de violación, también del sistema penal al criminalizarla por el aborto y de los servicios clandestinos de salud:

¹ Corte Constitucional, Voto concurrente de la sentencia No. 365-18-JH/21, párrafo 5.

² Corte Constitucional, Sentencia No. 34-19-IN/21, párrafo 144.

³ Corte Constitucional, Sentencia No. 34-19-IN/21, párrafos 144, 176 y 178.

⁴ Corte Constitucional, Sentencia No. 34-19-IN/21, párrafo 153.



... tenía 13 años, comenzó a sentirse extraña y empezó a notar que su cuerpo cambiaba, pero no sabía lo que le pasaba... nunca recibió educación sexual... estaba embarazada de su padre... se deprimió y pensó en quitarse la vida, botándose de una quebrada...⁵

... sufrió violencia por parte del personal de salud... “cómo es posible que haya podido abrir las piernas antes y ahora para parir no quiere” ...⁶

... el agente policial... le preguntó cómo se había sentido durante las violaciones, si le había gustado, si las había disfrutado⁷.

...me dice desvístase... me hizo tomar unas pastillas y me puso unos como óvalos en la vagina... ...llegué a mi casa estuve recostada y sí que dolía, nunca he tenido cólicos, entonces sí fue doloroso, fue como que se te desgarraba algo por dentro...⁸

... me sedaron... ellos no te dicen nada con tal de que tú les pagues, hacen y ya, luego te dicen que hagas de cuenta que a ese lugar no... es algo feo, yo sentía como me iba sacando⁹.

... eso había sido la lavandería... había una camilla donde tú te acostabas y una camilla que era la camilla de operación, un baño horrible... te ponía anestesia general, sin haberte hecho ningún examen, ninguna prueba, nada, vos no sabes si te vas a despertar o no...¹⁰.

7. La clandestinidad para la práctica del aborto en casos de embarazo por violación “ponen en grave riesgo su vida, salud e integridad.”¹¹ Por proteger al nasciturus se atenta contra la vida y la salud de la madre gestante y esto, como afirma la sentencia, es una medida “en exceso gravosa”¹².

Cuando estaba en primer semestre de la Universidad aborté. Estaba desesperada, no quería ser madre, recién empezaba a estudiar. El día del aborto, tuve que encerrarme en el baño de la Universidad... Yo solo quería gritar del dolor, pero lloré en silencio. Como el dolor era insoportable, tenía miedo de que al llegar a la casa lo noté mi familia, entonces fui acostada en la parte trasera de un taxi hacia

⁵ Human Rights Watch (HRW), “Criminalización de las víctimas de violación sexual”, disponible en <https://www.hrw.org/es/report/2013/08/23/criminalizacion-de-las-victimas-de-violacion-sexual/el-aborto-ilegal-luego-de-una>.

⁶ HRW, “Criminalización de las víctimas de violación sexual”, disponible en <https://www.hrw.org/es/report/2013/08/23/criminalizacion-de-las-victimas-de-violacion-sexual/el-aborto-ilegal-luego-de-una>.

⁷ HRW, “Criminalización de las víctimas de violación sexual”, disponible en <https://www.hrw.org/es/report/2013/08/23/criminalizacion-de-las-victimas-de-violacion-sexual/el-aborto-ilegal-luego-de-una>.

⁸ Olga Cristina Rosero Quelal, *Amicus Curiae*, 5 de abril de 2021.

⁹ Olga Cristina Rosero Quelal, *Amicus Curiae*, 5 de abril de 2021.

¹⁰ Olga Cristina Rosero Quelal, *Amicus Curiae*, 5 de abril de 2021.

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia No. 34-19-IN/21, párrafos 154.

¹² Corte Constitucional, Sentencia No. 34-19-IN/21, párrafos 154.



un hostal, aunque gritaba por dentro: llévenme a un hospital, ¡siento que me muero! Luego en el baño de esa habitación del hostal, sentía que me desangraba y después de un mareo intenso, pasó... El tiempo pasó, pero los gritos de dolor desde la clandestinidad permanecen. Actualmente, tengo terror de quedarme embarazada nuevamente. No disfruto completamente cuando tengo una relación sexual. Después de abortar, tuve una infección que duró años, y por la vergüenza y el miedo no acudi inmediatamente a la doctora. Tengo depresión y ansiedad, en algún momento tuve ideas suicidas.¹³

Hasta la actualidad, no me siento segura con mi cuerpo, me duele saber que en este país soy considerada un objeto, y mi existencia está condicionada por ser un cuerpo gestante¹⁴.

... en mitad del procedimiento desperté. Me dolía todo. Sentía como introducían las pinzas en mi cuello uterino y cómo se derramaban líquidos desde mi vagina. "No se mueva", "no se mueva que podemos perforarla" me decían. Mi cabeza daba vueltas y solo sentía un dolor intenso en el vientre y parecía que mi corazón se salía de mi pecho. No sé cuánto duró, pero fue una eternidad. Cuando terminó me llevaron a un cuarto con unas cinco camas más. Me dormí llorando. Desperté cuando otra chica llegaba a "descansar". No paraba de llorar... Le pregunté su nombre y me acerqué adolorida a ella. Nos abrazamos. Lloramos juntas y le dije "vamos a estar bien". Fue lo más humano que tuve durante el proceso¹⁵.

8. A veces los números nos hacen perder la sensibilidad y se pierde de vista que, atrás de cada cifra, existen mujeres de carne y hueso.

El día que aborté, corrí a la casa mientras me bajaba sangre por las piernas y tenía un dolor immense en el vientre... Si el aborto fuera legal, me hubiese sentido segura y además no me hubiese tomado pastillas, que nunca supe si afectaron mi salud y pase varias semanas sin dormir y con mucha tensión.¹⁶

Cuando aborté sentí que se me iba todo. Me dolía el alma y el cuerpo, hasta que no aguanté más y tuve que ir a un centro ginecológico, me hicieron un legrado porque no salió todos los restos del bebé, ese aborto fue por violación. Mi experiencia negativa fue que casi me muero desangrada o me podía quedar sin útero por los restos que quedaron del embarazo.¹⁷

9. Esas mujeres tienen vidas, sienten, sufren, mueren en la clandestinidad...

10. Sí. Muchas mujeres, por la penalización del aborto, mueren. Otras pierden para siempre sus proyectos de vida al ser privadas de la libertad.

¹³ Mónica Ojeda, *Amicus Curiae*, 14 de abril de 2021.

¹⁴ Mónica Ojeda, *Amicus Curiae*, 14 de abril de 2021.

¹⁵ Mónica Ojeda, *Amicus Curiae*, 14 de abril de 2021.

¹⁶ Mónica Ojeda, *Amicus Curiae*, 14 de abril de 2021.

¹⁷ Mónica Ojeda, *Amicus Curiae*, 14 de abril de 2021.



11. Argumentos en contra del aborto sostienen que el cigoto (célula resultante de la unión de un espermatozoide con un óvulo) es una vida humana y que el aborto es un asesinato. No es el espacio para discutir esta afirmación y creo que posiciones como la expresada son respetables. Considero, y esa es mi representación, que la vida de una persona no es comparable con la de un embrión. Sin embargo, cuando entran en conflicto los derechos entre estas dos formas de vida, se debe ponderar los derechos.
12. Aún si se considera que es un acto de violencia “matar” un cigoto y que es también violencia cuando muere una mujer violada por someterse a una práctica de aborto inseguro, las cifras apuntan a que hay más violencia (más muertes y más daño) cuando se criminaliza el aborto.
13. Despenalizar el aborto no significa que la Corte promueve el aborto ni que se está invitando a las mujeres a que aborten. Despenalizar el aborto significa valorar la vida y dignidad de las mujeres y prevenir su muerte. Si una de las finalidades del Estado es garantizar la vida, desde la perspectiva de la salud pública, se debe optar por el medio que menos daño produzca. Uno de los medios, es descriminalizar el aborto, que no es sinónimo en modo alguno a legalizarlo o promoverlo.
14. Si se compara el número de abortos producidos antes y después en países donde se ha despenalizado el aborto, no hubo incremento del aborto.¹⁸ Por otro lado, la criminalización no impide que las mujeres sigan optando por abortar, sino que promueve la búsqueda de alternativas al aborto. Lo que provoca, según la Organización Mundial de la Salud (OMS), mayor morbilidad y mortalidad.¹⁹
15. Considero que este paso que ha dado la Corte Constitucional constituye una conquista histórica y jurídica por parte de los movimientos feministas del Ecuador y que el Estado tiene que brindar todas las condiciones para que las mujeres que abortan tengan acceso a un sistema salud digno y seguro, sin estigmatizas.
16. La Corte, una vez más, se decanta por la vida, por los derechos y por un Estado más inclusivo y menos violento contra las mujeres.

(2) Las objeciones realizadas al precedente jurisprudencial

17. Durante las diversas deliberaciones en la Corte, se esgrimieron diversas argumentaciones en contra de la decisión tomada por mayoría, sobre las que conviene argumentar, tal como se hicieron en los debates dentro de la Corte: i) la Corte asume competencias propias de la Asamblea Nacional, ii) la vida del *nasciturus* se protege mediante la criminalización del aborto y la interpretación literal de la norma constitucional, iii) existencia de una “agenda” en la Corte, iv) no hay regulación sobre

¹⁸ El caso de Holanda y Portugal es ejemplificador. En el caso de Portugal se compara con Brasil. Mientras en Portugal, país que despenalizó el aborto, disminuyó el número de abortos, en Brasil, país que criminaliza el aborto, aumento.

¹⁹ OMS. “Aborto sin riesgos: guía técnica y de políticas para sistemas de salud”, página 90.



todos los efectos de la sentencia y debería diferirse sus efectos; y v) la necesidad de una audiencia.

i) La Corte asume competencias propias de la Asamblea Nacional

18. La sentencia no evade uno de los debates más importantes para la comprensión del Estado y la democracia constitucional: la relación entre la función legislativa y la Corte Constitucional. La objeción democrática consiste en considerar que un “puño” de personas, a quienes se les designó como jueces y juezas, no tienen legitimación de origen (no son electos), no representan y deciden precedentes con fuerza normativa general.

19. La sentencia reconoce que la Función Legislativa “*es el órgano representativo por anotonamia*”²⁰, puede tipificar infracciones penales y tiene límites en el ejercicio de sus competencias. Entre los límites que señala la sentencia están la proporcionalidad, la mínima intervención penal y la armonía con la protección y garantías de derechos²¹.

20. Por su parte, la Corte Constitucional tiene la competencia para “*conocer y resolver las acciones públicas de inconstitucionalidad*.²² La esencia de esta competencia radica precisamente en la admisión de la posibilidad de que la Asamblea Nacional no respete los límites impuestos en la Constitución a su accionar legislativo.

21. La Corte Constitucional es garante de la Constitución. Si cualquier persona, entidad o función del Estado no respeta la Constitución, entonces la Corte puede declarar su violación mediante las acciones y garantías pertinentes.

22. La competencia para revisar la constitucionalidad de una ley, aún si se la aprueba por mayoría absoluta del Parlamento, forma parte de la Constitución y su ejercicio no significa una ruptura del orden jurídico, sino más bien una confirmación de la democracia constitucional que está vigente en el Ecuador.

23. Los derechos no se votan. Una mayoría parlamentaria no puede ni debe vulnerar derechos. Los derechos son límites a cualquier tipo de poder. Cuando los derechos no tienen la potencialidad de limitar los poderes, entonces el poder adquiere contornos que terminan acumulando poder, oprimiendo y vulnerando derechos.

24. Un conocido e importante profesor de derecho penal tiene una metáfora relacionada con el poder punitivo.²³ El poder punitivo es como las aguas turbias que anegan a una ciudad. Cuando las aguas no tienen límites arrasan la ciudad acabando con todo. Esos límites operan como diques inteligentes que permiten administrar las aguas de tal modo que la vida en la ciudad sea posible. Los límites son los derechos y garantías. La ciudad

²⁰ Corte Constitucional, Sentencia No. 34-19-IN/21, párrafo 97.

²¹ Corte Constitucional, Sentencia No. 34-19-IN/21, párrafo 107 al 110.

²² Constitución, artículo 436 (2).

²³ Eugenio R. Zaffaroni y otros, *Derecho Penal. Parte General* (Buenos Aires: Ediar, 2002) página 83.



es la democracia y las personas que la habitan. Quienes administran esos diques inteligentes, los derechos y garantías, son en general los juristas y en particular los jueces y juezas. Las aguas turbias son el poder punitivo (cárcel, allanamientos, detenciones arbitrarias, prisión preventiva sin justificación, condenas desproporcionadas, ejecuciones extrajudiciales, masacres).

25. De lo que se trató en este caso es discernir si el poder punitivo, abierto mediante la tipificación de un delito, abusa cuando criminaliza a una mujer que ha sido violada y ha abortado por negarse a tener una maternidad forzada. Corresponde a la Corte Constitucional poner un dique o permitir que el poder legislativo legisle en contra de una mujer violada y se la pueda encarcelar.

26. Cuando una Corte, con la mayoría que permite el sistema jurídico para aprobar una decisión, decide en contra de una ley vigente, resuelve su validez al contrastar la norma legal con la Constitucional. No es tolerable, por más mayoría que apruebe una ley, tener leyes vigentes que vulneran los derechos.

27. La Corte ejerce una competencia constitucionalmente reconocida. No usurpa la competencia legislativa. La Corte Constitucional está para respetar, garantizar y promover derechos. Dentro de ese marco, también delibera y tiene el deber de argumentar (motivar) la sentencia. Una sentencia sería, entonces, arbitraria si es que permite la violación de derechos, es producto de la imposición (independencia interna y externa) y no argumenta.

28. La sentencia que ha aprobado la Corte ha sido el efecto de mucho estudio y trabajo por parte de la jueza ponente, se ha nutrido de múltiples *amici curiae* a favor y en contra de la norma impugnada, ha recibido, en sus borradores y discusiones internas, comentarios, críticas y sugerencias.

29. La sentencia cumple, desde mi opinión, con todos los criterios para que se considere que cumple con la finalidad para la cual se otorgó competencia a la Corte para invalidar una norma aprobada por la Asamblea Nacional (proteger derechos) y tiene argumentos jurídicos sólidos y coherentes (motivación). La sentencia, mirando la realidad y las vidas de muchas mujeres víctimas de violación, aplica normas con enfoque de derechos conforme ordena la Constitución a la Corte.

30. Afirmar que la Corte no tiene competencia para invalidar una norma aprobada por la Asamblea Nacional simplemente por el hecho de no estar de acuerdo con el contenido de un fallo, demuestra falta de argumentos y un desconocimiento de las normas constitucionales y legales.

ii) La vida del *nasciturus* se protege mediante la criminalización del aborto y la interpretación de la norma constitucional



31. El *nasciturus* tiene derecho al cuidado y protección de la vida, lo reconoce la Constitución. Concretamente establece que “*el Estado reconocerá la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción.*”²⁴

32. La objeción asume que las palabras “*cuidado y protección*” se las realiza mediante la criminalización a la mujer violada que aborta. Y que, en consecuencia, la Corte ha reformado la Constitución saltándose el procedimiento constitucional.

33. Desde la simple lectura del texto constitucional, no existe, como se ha afirmado por quienes se oponen al fallo aprobado por mayoría, un mandato de criminalización y, más bien, es cuestionable considerar que la ley penal protege bienes jurídicos.

La ley penal no protege bienes jurídicos

34. La sentencia adopta la teoría de los bienes jurídicos²⁵ y considera que son “*la protección de la vida del nasciturus como un valor constitucional*”, al igual que “*la libertad e indemnidad sexual que se relacionan con la integridad personal de las niñas, adolescentes y mujeres víctimas de violación.*”²⁶

35. Comparto la teoría del bien jurídico en materia penal, siempre que se entienda como tal un derecho o un principio de rango constitucional. En este sentido, el bien jurídico es un dique más para limitar el poder punitivo estatal. Permitir que la justicia penal opere, o sea que el mecanismo más violento permitido del Estado entre en funcionamiento, tendría legitimidad si se lo hace cuando se han vulnerado derechos y principios reconocidos constitucionalmente.

36. La Función Legislativa no tendría legitimidad para crear cualquier tipo penal si es que no hay un bien jurídico reconocido constitucionalmente.

37. El sistema jurídico reconoce mecanismos para tutelar y proteger derechos. Los mecanismos específicos para prevenir, proteger y reparar derechos son las garantías constitucionales.

38. El derecho penal liberal no tutela ni protege derechos porque no está concebido – desde su origen y sus finalidades- para reparar a las víctimas de violaciones de derechos. El derecho penal interviene cuando hay derechos ya lesionados y para proteger a la persona procesada y condenada del poder punitivo.

39. En el derecho constitucional las víctimas son las protagonistas para exigir sus derechos y repararlos. En el derecho penal las personas procesadas y condenadas son las protagonistas para exigir no ser condenadas si son inocentes o tener una pena proporcional si son culpables.

²⁴ Constitución, artículo 45.

²⁵ Corte Constitucional, Sentencia No. 34-19-IN/21, párrafo 114.

²⁶ Corte Constitucional, Sentencia No. 34-19-IN/21, párrafo 115.



40. Por lo dicho, considero que la función legislativa puede, mediante la ley penal, intervenir cuando se lesionan bienes jurídicos que están reconocidos en la Constitución. De lo contrario, ley penal carecería de legitimidad.

41. Ahora bien, por el principio del derecho penal mínimo establecido en la Constitución, conviene establecer si la criminalización es un medio o un fin para cuidar y proteger al *nasciturus* y si hay otros medios menos lesivos a los derechos para garantizar esos mandatos constitucionales.

El derecho penal como un medio no como un fin

42. La norma constitucional, que establece el mandato de “*cuidado y protección desde la concepción*”²⁷, tiene algunos elementos que merecen ser comentados: las obligaciones del Estado, el derecho a la vida, el momento desde el cual comienza la obligación.

43. La Constitución establece un mandato de fin: el cuidado y protección. La Constitución no establece el medio para cumplir ese fin. Al no establecer los medios, se entiende que las autoridades del Estado, en particular quienes representan la función ejecutiva y quienes conforman la función legislativa, tienen un amplio margen de apreciación para escoger los medios siempre que cumplan con el fin establecido constitucional.

44. El medio escogido debería ser el que garantice de manera más efectiva el cumplimiento del fin. La efectividad tiene que ver con la satisfacción del derecho con el menos coste posible. El coste tiene que ver con no sacrificar innecesariamente otros derechos y también con la mejor utilización de los recursos y servicios públicos. En este sentido, si el medio escogido vulnera derechos, genera sufrimientos, ocasiona desperdicio de recursos públicos y provoca más daños que beneficios, entonces ese medio debe ser abandonado y debe buscarse otros medios menos lesivos.

45. El escogimiento de medios, en particular cuando se trata de derechos reconocidos constitucionalmente, debe tomarse en serio, basarse en datos, y debe encuadrarse en un marco conceptual acorde con las normas y principios constitucionales.

46. Como bien establece la sentencia, “*del artículo 45 de la CRE no se desprende ninguna obligación estatal de punición o criminalización de las mujeres víctimas de violación.*”²⁸

Otros medios no penales para proteger la vida del nasciturus

²⁷ Constitución, artículo 45.

²⁸ Corte Constitucional, Sentencia No. 34-19-IN/21, párrafo 146.



47. La sentencia sugiere, con propiedad, que un medio idóneo para proteger la vida del *nasciturus* y de las mujeres que han sufrido violencias es el diseño de políticas públicas.²⁹

48. Utilizar el sistema penal para proteger, como se explica más adelante, es una ficción y, en lugar de proteger derechos, lo que hace es multiplicar el dolor y sufrimiento de la gente. Urge esa política pública basada en derechos que tome medidas apropiadas y eficaces para prevenir las violencias.

49. Varias agencias de Naciones Unidas han recomendado medidas, que no son penales, para proteger la vida.

50. Entre ellas, la elaboración e implementación de una política pública integral sobre el derecho a la salud sexual y reproductiva, el acceso a la información en materia de planificación familiar, la educación sexual integral basada en derechos y evidencia científica (no en miedos y culpas), el acceso a servicios de salud sexual y reproductiva, la aplicación de planes y estrategias de acción nacional, la promulgación de leyes que prohíban violencia de género, la adopción de medidas para prevenir abortos en condiciones de riesgo, la prestación de asistencia y ayuda psicológica con posterioridad a los abortos, el acceso a medicamentos, equipos y tecnologías para la salud sexual y reproductiva, el aseguramiento a mecanismos de tutela efectiva de derechos.³⁰

51. En pocas palabras, “*la despenalización del aborto, junto con una reglamentación adecuada y la prestación de servicios seguros y accesibles, es el método más expeditivo para proteger integralmente el derecho a la salud contra posibles violaciones cometidas por terceras partes*”.³¹

El derecho penal como solución a problemas sociales

52. La sentencia invoca el principio de mínima intervención penal y establece “*que la coerción estatal penal no puede ser vista como la solución para toda situación, pues por su afectación a la libertad el derecho penal es de última ratio.*”³²

53. La afirmación realizada en la sentencia nos lleva a preguntar, por un lado, si la prohibición del aborto ha podido prevenir embarazos no deseados o proteger al *nasciturus*; por otro, si más bien lo que ha producido es más daño que beneficio. Los datos recogidos en la sentencia demuestran que no ha logrado ninguno de esos objetivos. Las mujeres siguen acudiendo a lugares clandestinos y poco seguros y las cifras demuestran que hay más muertes y daños con la prohibición.

²⁹ Corte Constitucional, Sentencia No. 34-19-IN/21, párrafo 147 y 194.

³⁰ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Recomendación General N. 24.2*, párrafo 29 al 31; Comité de DESC, *Observación General N. 22, E/C.12/GC/22*, 2016, párrafo 49.

³¹ Asamblea General de Naciones Unidas, *El derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*, A/66/254, 3 de agosto de 2011.

³² Corte Constitucional, Sentencia No. 34-19-IN/21, párrafos 149.



54. Cuando el poder punitivo produce un daño mayor al que produce un delito, entonces no es legítimo y debe evitarse. El principio de mínima intervención obliga a buscar otras soluciones.

55. La tipificación de delitos y la persecución penal no son mecanismos eficaces para resolver problemas sociales, como la violencia contra las mujeres e, incluso, el alto índice de abortos.

56. La mortalidad materna, los abortos no deseados, la prevención de los embarazos, la maternidad forzada son problemas sociales que se deben resolver con políticas públicas basadas en derechos, no con tipos penales ni con represión. La injusticia social no se resuelve con justicia penal.

La interpretación de la Constitución

57. Como se ha afirmado, la Constitución establece un mandato de cuidado y protección al *nasciturus*. En el mismo texto constitucional, además, la mujer tiene derecho a la vida, la salud, a la autonomía, “*a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre su salud y vida reproductiva y a decidir cuándo y cuántas hijas e hijos tener.*”³³

58. Existe, pues, una tensión entre dos derechos. Innegable. Según una de las posiciones defendidas en las deliberaciones de la Corte, la norma es clara y no cabe interpretación. Además, la mirada es hecha exclusivamente desde la perspectiva del *nasciturus* sin consideración alguna a los derechos de la mujer. Esta mirada miope sin duda denota un argumento incompleto. La Corte, en la decisión de mayoría hace lo que corresponde cuando hay tensión entre derechos: ponderar.

59. Previo a la ponderación, el gran marco en el cual la sentencia pone el análisis constitucional, y estoy absolutamente de acuerdo, es la interdependencia, indivisibilidad e igual jerarquía de los derechos.³⁴ La conclusión es que no existen derechos absolutos³⁵ y, en consecuencia, cabe la ponderación de derechos en el caso para “*balancear y encontrar un apropiado equilibrio que permita la convivencia de los diversos derechos que reconoce nuestra Constitución.*”³⁶ La interpretación es, como debe ser, no a partir de una norma aislada sino desde la integralidad y de forma sistemática.

60. La aplicación de principio de proporcionalidad y la ponderación realizada por la jueza ponente en la sentencia es ejemplar. Por un lado, reconoce los derechos que están en juego. Por otro, con datos proporcionados por organizaciones internacionales,

³³ Constitución, artículo 66 (10).

³⁴ Corte Constitucional, Sentencia No. 34-19-IN/21, párrafos 118 y 120.

³⁵ Corte Constitucional, Sentencia No. 34-19-IN/21, párrafo 121.

³⁶ Corte Constitucional, Sentencia No. 34-19-IN/21, párrafo 122.



establece los hechos y las consecuencias que tiene la tipificación de delitos en las mujeres.

61. La sentencia realiza, además, un contundente análisis entre la despenalización del aborto cuando se trata personas con discapacidad que han sido víctimas de violación y de otras mujeres, ante igual hecho violento, que no tienen discapacidad.

62. El criterio para considerar que están en semejante situación no debe ser la discapacidad, sino el consentimiento.³⁷ El primer criterio termina siendo discriminatorio y restringe el ejercicio de derechos. El segundo, el consentimiento, es inclusivo y promueve el ejercicio de derechos. Ambos grupos de mujeres violadas, con o sin discapacidad, sufren la violencia del delito, y también “*las mismas graves consecuencias y secuelas que acarrea una violación.*”³⁸

63. Las mujeres que han sido violadas no deben soportar el peso de la persecución penal. No solo que no es justo sino desproporcionado. Implica la multiplicación del dolor, inseguridad, revictimización y vulneraciones a sus derechos. Las consideraciones de estas voces abonan al ejercicio de ponderación realizado por la Corte en su sentencia de mayoría:

*Yo odiaba la idea de tener hijos por violación y me desgraciaron la vida. Si fuera legal, yo pudiese escoger si lo quiero o no, aunque nadie entiende que tener el hijo de un violador es lo más repugnante y cruel.*³⁹

*...la violó... su madre no le creyó, lo que recibió fue una bofetada por "mentirosa". No hubo denuncia. Hubo silencio. Ahora ella es madre...*⁴⁰

*Ya ha pasado más de un año y no sé por qué sigo llorando. De repente, mientras estoy haciendo cualquier cosa, lloro y no puedo controlarlo. Me tiembla el cuerpo, me siento mal... sucia, avergonzada... la violación es una herida que no sana nunca. No importa que te hayan violado hace diez años, duele ahora...*⁴¹

*Mi segunda violación fue por parte de mi hermano, tenía 15 años... mi papá respondió que era mi culpa...*⁴²

64. Al final, la legislación ecuatoriana ya ha despenalizado el aborto cuando ha admitido el aborto en ciertas causales. Lo que hace la Corte es evitar una discriminación sin justificación entre mujeres violadas con discapacidad y mujeres sin discapacidad, y adecuar el sistema jurídico a los prescritos en la Constitución y evitar tratos discriminatorios que acaban vulnerando derechos. La tarea que debió haber hecho el

³⁷ Corte Constitucional, Sentencia No. 34-19-IN/21, párrafos 132 y 169.

³⁸ Corte Constitucional, Sentencia No. 34-19-IN/21, párrafo 172.

³⁹ Mónica Ojeda, *Amicus Curiae*, 14 de abril de 2021.

⁴⁰ Paulina Muñoz Samaniego, *Amicus Curiae*, 17 de abril de 2021.

⁴¹ Nancy Carrión Sarzosa, *Amicus Curiae*, 25 de abril de 2021.

⁴² Paulina Muñoz Samaniego, *Amicus Curiae*, 17 de abril de 2021.



legislador de eliminar las normas discriminatorias, le correspondió, por las demandas presentadas, a la Corte.

iii) Existencia de una “agenda” en la Corte y el activismo

65. En las deliberaciones se afirmó la existencia de una agenda y que algunos jueces y juezas están haciendo un “check list”. Además, se sostuvo que algunos jueces y juezas hacen “activismo judicial.”

66. Los miembros de la Corte han demostrado, mediante la jurisprudencia desarrollada hasta el momento, que, si hay alguna agenda, tiene que ver con la resolución conforme a derecho de causas remitidas y admitidas por la Corte. Las causas provienen de múltiples peticionarios y no por interés o presión de los jueces y juezas. Muchas de las causas, como la aprobada en este caso, fueron admitidas con anterioridad a la posesión de los actuales jueces y juezas, y todas las causas fueron sorteadas de forma aleatoria.

67. La Corte ha ido resolviendo las causas, en primer lugar, de acuerdo al orden cronológico y, en segundo lugar, de conformidad con las priorizaciones aceptadas por la mayoría del Pleno de la Corte. Las priorizaciones tienen que ver no solo con asuntos en los que están involucradas personas de la tercera edad o que tienen enfermedades catastróficas, sino con asuntos de relevancia nacional.

68. La causa que acaba de aprobar la Corte, sin duda alguna, por el interés que han demostrado los movimientos sociales y los medios de comunicación, pero por sobre todo, por la situación de aquellas mujeres que han sido criminalizadas por abortar en casos de violación y quienes están expuestas al riesgo de morir a causa de atenciones médicas en lugares clandestinos, es un asunto de relevancia nacional.

69. Cada una de las juezas y jueces que están en la Corte han demostrado que, en lugar de “agenda”, lo que tienen es una comprensión del derecho, abierta y transparente, que se refleja en cada uno de los casos se discuten y aprueban. Aplicar el derecho a los casos sometidos al conocimiento de la Corte, no puede ser considerado como una “agenda”.

70. El término “activismo judicial” que se ha usado de modo peyorativo en la Corte, y fuera de ella, con el ánimo de descalificar ciertas posturas jurídicas de algunos jueces y juezas, lo que denota es la vocación por la aplicación y el desarrollo de los derechos reconocidos en la Constitución.

71. Cada juez y jueza, en los proyectos en los que se es ponente por sorteo, defiende su posición. Las posiciones, como constan en las sentencias, los múltiples votos salvados y concurrentes, reflejan teorías y convicciones jurídicas sobre distintos temas. La defensa jurídica de un proyecto, que tiene una visión del derecho, no debería entrar en la concepción peyorativa de la palabra “activismo”.



72. Si defender una teoría del derecho cuando se interpretan los hechos de un caso a la luz de la Constitución significa “activismo jurídico”, entonces todos los jueces y juezas sin excepción lo serían. Si se acusó de activismo a unos jueces y juezas, entonces quienes objetaron, por sus razones jurídicas y sus concepciones sobre la vida, también serían activistas.

iv) No hay regulación sobre todos los efectos de la sentencia y debería diferirse los efectos de la sentencia

73. En las deliberaciones se afirmó que la despenalización del aborto por violación no regula la complejidad del tema. Aspectos tales como hasta cuándo se podría abortar, cómo debe aplicarse el derecho, qué requisitos se deben cumplir para ejercer el derecho a abortar cuando hay violación y más cuestiones debería la Corte asumir. Al no hacerlo, se concluye, que es una irresponsabilidad.

74. La tarea de regular todos y cada uno de los aspectos que se derivan de la despenalización del aborto por violación corresponde a la Asamblea Nacional. La sentencia impone esa tarea con claridad, dispone el sometimiento a los derechos constitucionales y los derivados de instrumentos internacionales de derechos humanos y también impone plazos cortos (2 meses para la presentación del proyecto y 6 meses para su aprobación).⁴³

75. Los abortos por violación se han producido a pesar de la criminalización del aborto. Nadie espera llegar al noveno mes para abortar, como se ha sostenido. Tampoco se fomentará el aborto. Lo que sucederá, sin duda alguna, es que quienes aborten tendrán mejores condiciones para interrumpir un embarazo por violación no deseado.

76. El pedido de diferir los efectos hasta que la Asamblea Nacional legisle, desde mi criterio, era un acto de irresponsabilidad y de desconocimiento de las formas cómo se practican los abortos clandestinos.

77. El derecho a abortar en caso de violación es un efecto inmediato que se deriva de la vigencia de la sentencia. Sin embargo, para que este derecho sea efectivo, el Estado debe adecuar su aparato estatal para garantizarlo, aun cuando no exista regulación legislativa.

78. En la práctica, puede suceder que esa falta de adecuación estatal en general, y de los servicios de salud en particular, impongan situaciones que hagan imposible o difícil el ejercicio de derecho y se constituyan en barreras (burocráticas, culturales, estructurales) para dicho ejercicio.

79. Cuestiones como la exigencia de opiniones médicas, de juicios penales, de pericias, de orden judicial, de autorización de personas distintas a la titular de derechos, dilaciones para prestar el servicio, referencias y contrarreferencias, excusas de no

⁴³ Corte Constitucional, Sentencia No. 34-19-IN/21, párrafo 195.



disponibilidad de recursos (profesionales de la salud, camas y más), inexistencia de protocolos, no reconocimiento de certificaciones médicas sobre estado de salud de la persona embarazada, negativa para dar certificaciones médicas necesarias, la no consideración de la dimensión psicológica o social de la mujer, descalificación, objeciones de conciencia para no brindar el servicio, desconocimiento del derecho a abortar en casos de violación y más situaciones que podrían ocurrir, son obstáculos al ejercicio de derecho, podrían acarrear responsabilidad tanto de la entidad como de las personas que impiden el ejercicio del derecho.

80. Afirmar que las mujeres van a fingir violación para abortar libremente, es desconocer, una vez más, la realidad y también creer que las mujeres no tienen capacidad para decidir y que engañan. El sistema jurídico debe partir desde la visión del ejercicio de derechos y no desde las posibilidades de incumplimiento o desconocimiento de las normas.

81. El uso del derecho penal, además, genera un estigma, tiene un efecto inhibidor para acceder a servicios de salud seguros, para recibir información sobre los derechos sexuales y reproductivos.⁴⁴ La decisión, una vez aprobada, como se resolvió, tenía que tener efectos inmediatos. Acá un testimonio que ratifica la urgencia de lo decidido:

Si me desangraba todo se iba a saber, iba a ir presa... Tuve fiebre, tiritaba, estaba asustada y no podía llamar a ningún médico para que me explicase qué pasaba, solo tentamos al internet y a la clandestinidad... después del dolor del cuerpo vino el dolor por la sociedad, porque miles de mujeres tienen que pasar por esto solas, porque ningún profesional puede guiarte porque corres el riesgo de morir. Morir por decidir. No me arrepiento de lo que decidí, lo hice por mí, por lo que quiero y sueño⁴⁵.

82. La sentencia acierta al sugerir las posibilidades para que se conozca el hecho de la violación y que se pueda acceder a un servicio de salud seguro.

83. El mecanismo directo, menos estigmatizante, es creer en la voz de las mujeres, sin interferencias judiciales, policíacas, médicas o intermediación de un representante.

84. El legislador tiene la tarea de regular los derechos para su mejor ejercicio, y no establecer mecanismos que sean inhibitorios para el ejercicio del derecho al aborto en casos de violación.

85. El derecho a abortar en casos de violación debe ser efectivo, aún si no hay regulación legislativa, desde el momento que entre en vigencia esta sentencia. Cualquier obstáculo al ejercicio de este derecho sería un incumplimiento de esta sentencia y una vulneración de derechos.

⁴⁴ OMS, *Aborto sin riesgos: guía técnica y de políticas para sistemas de salud*, 2012; Relator Especial sobre el Derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, UN Doc. A/66/254, 2011, párrafo 19.

⁴⁵ Mónica Ojeda, *Amicus Curiae*, 14 de abril de 2021.



v) **La necesidad de realizar una audiencia pública**

86. En la deliberación se afirmó que, para un tema tan importante, debía haberse convocado a audiencia y que, la falta de ella, denota poca transparencia.

87. La audiencia en la Corte es un mecanismo que permite la participación y que puede contribuir a tomar una mejor decisión.

88. La ley permite a los jueces y juezas de la Corte Constitucional convocar a audiencias discrecionalmente, “*siempre que lo creyere necesario*”.⁴⁶

89. La audiencia es particularmente útil cuando se requiere desarrollar argumentos jurídicos, esclarecer puntos de derecho o incluso tener mejor comprensión sobre los elementos fácticos de un caso.

90. Los argumentos para resolver esta causa, según el criterio mayoritario de jueces y juezas, estaban expuestos con detalle en las demandas y en los múltiples *amici curiae* que sostuvieron ambas posiciones en tensión. Una audiencia sobre un tema que genera controversias y pasiones no hubiese aportado a tener más argumentos para la resolución de la causa. Más bien, hubiese sido el espacio para confrontaciones innecesarias y para generar un malestar social.

91. La resolución de esta causa contó con múltiples reuniones y deliberaciones, se hicieron varios proyectos y se recogieron las diversas opiniones de jueces y juezas.

92. El caso se resolvió respetando los procedimientos establecidos en la ley y el reglamento interno. Respetar las normas de procedimiento y prevenir confrontaciones no puede ser visto como un proceder no transparente.

(3) El objeto de la sentencia: la despenalización del aborto por violación

93. La sentencia aprobada ha resuelto varias demandas que tienen como objeto la declaratoria de inconstitucionalidad del aborto por violación. La Corte no ha despenalizado el aborto sino una de sus causales.

94. Con claridad la Corte ha delimitado la discusión constitucional a lo demandado, que es la consideración de “*si la configuración legislativa de este delito por parte de la Asamblea Nacional y la consecuente criminalización de niñas, adolescentes y mujeres víctimas de violación que han interrumpido voluntariamente su embarazo contraviene los límites impuestos por la CRE y los instrumentos internacionales de derechos humanos*.”⁴⁷

⁴⁶ Constitución, artículo 87.

⁴⁷ Corte Constitucional, Sentencia No. 34-19-IN/21, párrafo 110.



95. La sentencia reconoce que existen varios derechos de las mujeres y, para resolver el caso concreto, menciona la titularidad de “*derechos a la integridad de las personas, al libre desarrollo de la personalidad, tomar decisiones libres sobre su sexualidad y vida sexual, y ejercer autonomía para adoptar decisiones informadas, libres, responsables sobre su propio cuerpo, así como respecto a su salud, vida sexual y reproductiva, y a su vez se encuentran protegidas de interferencias arbitrarias por parte del Estado o de terceros*”.⁴⁸

96. Si bien se podría discutir si estos derechos los tienen no solo las mujeres que han sufrido una violación, sino es un derecho de toda mujer, sin excepción alguna, este aspecto no ha sido demandado ni debatido por la Corte.

97. El aborto inseguro o la obligación de llevar un embarazo a término provoca graves afectaciones a la salud mental de las mujeres, sean violadas o no:

Soy una mujer de 44 años de edad nacida en Ibarra. En mi memoria está escondido mi primer acoso... recuerdo solamente el cuarto del fondo, aquella bodega oscura y con eco. Luego mi cuerpo de niña solo siente miedo, siempre encogida, tímida, callada...⁴⁹

Cuando me di cuenta que no podía abortar, el mundo se me cayó encima, quería morir, me recuerdo caminando en el puente de Cumbayá, pensando en lanzarme. O en la calle rogando [que] me atropellen... las noches tenía pesadillas revivía una y otra vez la violación, los golpes, me despertaba en medio de lágrimas⁵⁰.

Fue un embarazo no deseado producto de una violación no denunciada... No fue fácil tomar esa decisión. La gente dice se aborta y listo. Esa gente no sabe el inmenso dolor que uno vive.⁵¹

98. La estigmatización, la consideración de pecado o inmoralidad, el rechazo social, la culpa, la negación de derechos, la presión social, produce, en conjunto, efectos perniciosos en la salud mental de la mujer. Muchas mujeres sufren depresiones y hasta hay intentos de suicidios o suicidios consumados.

Este mes se cumplen 4 años del aborto que tuve. He venido luchando por mi derecho a elegir. El día viernes 9 de abril del 2021, tengo que asistir al tribunal porque ahí darán el veredicto de a cuantos años me van a privar de libertad por abortar⁵².

... yo me tope con un carníceros, el ser humano más feo del mundo, un hombre asqueroso, que mientras hacíamos el negocio me miraba con morbo... Al siguiente día, un sábado, fui para que me hiciera el procedimiento... mientras yo entraba, ya

⁴⁸ Corte Constitucional, Sentencia No. 34-19-IN/21, párrafo 137.

⁴⁹ Paulina Muñoz Samaniego, *Amicus Curiae*, 17 de abril de 2021.

⁵⁰ Paulina Muñoz Samaniego, *Amicus Curiae*, 17 de abril de 2021.

⁵¹ Mónica Ojeda, *Amicus Curiae*, 14 de abril de 2021.

⁵² Mónica Ojeda, *Amicus Curiae*, 14 de abril de 2021.



había varias mujeres descansando en unos catres, después de sus procesos de aborto... Era un cuarto oscuro, sucio, desordenado. No tenía más opciones... Ahora me doy cuenta después de pensar y re pensar cómo escribir esto que yo estoy muy dañada, que mi corazón está afectado, que me duele hasta el alma y que esa pose de mujer fuerte es falsa, que mi amor propio es falso, que está por los suelos.⁵³

De mi círculo de amigas, todas hemos abortado... Cuando hablamos de esto, nadie se arrepiente de haber abortado, porque nos permitió seguir con nuestros proyectos de vida, pero todas nos lamentamos y nos duele el proceso del aborto⁵⁴.

Cuando fui ese día, las únicas personas que acudían con ese doctor, era gente con dinero, que necesitaban el procedimiento y lo podían pagar. En mi caso, no lo podía pagar, pero también lo necesitaba... quise suicidarme, me tomé pastillas, lo único que logré fue una intoxicación. Ni mi pareja, ni mi familia supieron que pasó⁵⁵.

99. El aborto voluntario, lo han dicho agencias de Naciones Unidas (NNUU), no conlleva secuelas a largo plazo para la salud mental.⁵⁶

100. La sentencia menciona argumentos y datos que podrían ser aplicables para otras mujeres que no han sufrido una violación. Entre otros, las relaciones de poder históricas de dominación a la mujer⁵⁷. Una forma de dominación es el control del cuerpo de la mujer; y, entre los mecanismos más violentos de control del cuerpo, están la violación⁵⁸, la prohibición del aborto, la imposición del embarazo no deseado⁵⁹, y la maternidad forzada⁶⁰.

101. Las voces de las mujeres confirman la necesidad de evitar el dolor que provoca la criminalización del aborto y las consecuencias del maltrato que se sufre en clínicas clandestinas:

Acababa de cumplir los 14 años y el siguiente mes nacía mi hijo... Cursaba el primer año de colegio el cual abandoné en esos tiempos, pues por un lado no se admitían niñas embarazadas en los colegios, por otro el estigma social y familiar era también una fuerte presión... Mi participación en el disfrute del juego cada vez era más restringida. Llegó el momento en que desde una ventana, solo miraba con añoranza el juego... El padre de mi hijo desapareció...⁶¹

⁵³ Mónica Ojeda, *Amicus Curiae*, 14 de abril de 2021.

⁵⁴ Mónica Ojeda, *Amicus Curiae*, 14 de abril de 2021.

⁵⁵ Mónica Ojeda, *Amicus Curiae*, 14 de abril de 2021.

⁵⁶ NNUU, *Informe del Relator sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*, Anand Grover. A/66/254. 3 de agosto de 2011, párrafos 21 y 27.

⁵⁷ Corte Constitucional, Sentencia No. 34-19-IN/21, párrafo 124.

⁵⁸ Corte Constitucional, Sentencia No. 34-19-IN/21, párrafo 128 y 130.

⁵⁹ Corte Constitucional, Sentencia No. 34-19-IN/21, párrafo 134.

⁶⁰ Corte Constitucional, Sentencia No. 34-19-IN/21, párrafo 135.

⁶¹ Paulina Muñoz Samaniego, *Amicus Curiae*, 17 de abril de 2021.



Me llevaron a una bodega y la persona que me anestesió fue la secretaria del médico... Ni bien me desperté, con pocas fuerzas por todo el proceso, la secretaria/anestesióloga me pidió el dinero y me dijo que no podía salir si es que no pagaba. En ese estado de casi inconsciencia, le indiqué donde estaba el dinero. Ella cogió de mi cartera, contó que estuviera completo y me dijo que me fuera en 15 minutos porque si se daban cuenta nos metían presos. Me dijo que compre toallas higiénicas y que sería bueno que después me haga un chequeo por mi cuenta. El médico en cuestión desapareció y nunca más supe de él⁶².

Llegué, entré sola, me injectó supuestamente anestesia pero cuando comenzó el procedimiento me desgarraba del dolor. Recuerdo que sudaba frío, lloraba, gritaba del dolor y ella me decía que me calle, en un punto me desmayé⁶³.

...me desangré muchísimo, los cólicos fueron insoportables... Estaba muy asustada, la ginecóloga de turno... con tanta rabia me introdujo unas paletas por la vagina, la sala se llenó de sangre y mis gritos ocuparon todo el pasillo, mientras, ella replicaba "ésta ya abortó" ... no tengo dudas... la clandestinidad mata y la violencia obstétrica es su mejor aliada⁶⁴.

...no podíamos buscar ayuda médica, pues yo soy algo más o menos como una figura pública, por miedo a que me encarcelen y mi carrera acabe... las enfermeras se burlaban de mí... las enfermeras literalmente expresaron que querían hacerme sufrir al menos un poco⁶⁵.

El legrado fue doloroso, el trato fue traumático sin ningún tipo de empatía y con mucho maltrato, sentí que me castigaban por abortar para salvar mi vida, cuando yo pedí que me atiendan ya que sólo me habían tenido con suero desde el ingreso a la sala la respuesta que el médico le dio a mi familia al pedirle que me permitan salir o que ya me atiendan fue "señora nosotros estamos salvando vidas, lo de su hija es otra cosa" mi vida no importaba entonces y eso justificaba toda la violencia...⁶⁶

102. La Corte ha dado un paso histórico y muy importante con relación al tema del aborto y los derechos que están involucrados en el tratamiento de esta situación. Ha tratado una de las causales que se podría denominar “extrema”: el aborto por violación, que ha sido ya despenalizado en la mayoría de países.

103. Los derechos de las personas en general, y de las mujeres en particular, se los ha ido ganando, paso a paso, a pulso, a lo largo de la historia.

104. Los derechos de las mujeres no han sido una concesión del sistema patriarcal y de los hombres, sino que ha sido una conquista por su lucha en todos los espacios donde han sufrido y sufren vulneraciones.

⁶² Mónica Ojeda, *Amicus Curiae*, 14 de abril de 2021.

⁶³ Mónica Ojeda, *Amicus Curiae*, 14 de abril de 2021.

⁶⁴ Mónica Ojeda, *Amicus Curiae*, 14 de abril de 2021.

⁶⁵ Mónica Ojeda, *Amicus Curiae*, 14 de abril de 2021.

⁶⁶ Michelle Andrea Játiva, *Amicus Curiae*, 13 de abril de 2021.



105. Los derechos de las mujeres se reconocieron a pesar del sistema patriarcal imperante y del desacuerdo de la mayoría de las personas: el derecho al voto, el derecho a la educación, el derecho a tener capacidad para realizar actos jurídicos, el derecho a la representación en espacios de poder, el derecho a no sufrir violencias...

106. El reconocimiento que hace la Corte a que las mujeres puedan decidir no tener una maternidad forzada en casos de violación es un paso más importante hacia el reconocimiento al aborto libre, digno, seguro y gratuito.

107. El derecho al aborto libre, digno, seguro y gratuito en casos de violación no significa, insisto, de modo alguno que se desconoce o se elimina el derecho a la protección del *nasciturus* desde la concepción.

108. En el derecho comparado, los Estados han pasado de la criminalización de cualquier tipo de aborto, a la despenalización de las causales extremas, hasta la descriminalización total del aborto.⁶⁷ Ecuador, con esta decisión, ha despenalizado el aborto por violación, que es una causal extrema.

109. El derecho internacional de los derechos humanos ha ido progresivamente reconociendo el derecho a abortar.⁶⁸ En casos en los que no se pudo acceder a un aborto seguro, se ha considerado que se violaron los derechos a la vida privada, a obtener información, a estar libres de tratos crueles, inhumanos y degradantes, a la no discriminación.

110. Esto quiere decir que la falta de atención a mujeres que requieren abortar puede acarrear responsabilidad internacional. La criminalización del aborto se constituye, entonces, en una barrera normativa para el ejercicio de varios derechos reconocidos en el sistema jurídico.

111. El Comité de DESC ha dispuesto que el Estado tiene obligación de “*adoptar medidas para prevenir los abortos en condiciones de riesgo y prestar asistencia y ayuda psicológica con posterioridad a los abortos a quienes lo necesiten.*”⁶⁹

112. El aborto libre, seguro, digno y gratuito es un derecho de las mujeres, según lo constatan instrumentos y organizaciones de derechos humanos. Si el aborto libre, seguro, digno y gratuito es un derecho de toda mujer, la criminalización del aborto es un

⁶⁷ Colombia, por ejemplo, en el año 2006, mediante sentencia de la Corte Constitucional C-355/2006, despenalizó el aborto por tres causales (peligro para la vida o salud de la mujer embarazada, grave malformación del feto y embarazo resultado de violación).

⁶⁸ Comité de Derechos Humanos, casos K.L. v. Perú, L.M.R. v. Argentina, Whelan v. Irlanda, Mellet v. Irlanda; Comité para la eliminación de la Discriminación contra la Mujer, caso L.C. v. Perú; Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), caso Paulina del Carmen Ramírez Jacinto v. Nicaragua, B. v. El Salvador; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, casos Tysiqc v. Polonia, R.R v. Polonia, A, B y C v. Irlanda, P y S v. Polonia,

⁶⁹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General N. 22*, párrafo 49.



obstáculo al ejercicio de este derecho. La Corte al aprobar esta sentencia ha quitado una barrera más para el acceso a este derecho.

RAMIRO
FERNANDO AVILA
SANTAMARIA

Firmado digitalmente
por RAMIRO FERNANDO
AVILA SANTAMARIA
Fecha: 2021.04.29
09:15:47 -05'00'
Ramiro Avila Santamaría
JUEZ CONSTITUCIONAL

Razón.- Siento por tal que el voto concurrente del Juez Constitucional Ramiro Avila Santamaría, en la causa 34-19-IN, fue presentado en Secretaría General el 28 de abril de 2021, mediante correo electrónico a las 21:27; y, ha sido procesado conjuntamente con la Sentencia.- Lo certifico.

AIDA
SOLEDAD
GARCIA
BERNI

Firmado
digitalmente
por AIDA
SOLEDAD
GARCIA BERNI
Dra. Aida García Berni
SECRETARIA GENERAL



SENTENCIA No. 34-19-IN/21 Y ACUMULADOS

VOTO SALVADO

Jueza Constitucional Carmen Corral Ponce

Estoy en desacuerdo con el voto de mayoría respecto de la despenalización del aborto en casos de violación por las siguientes razones.

La protección de la vida desde la concepción

1. En la Constitución del Ecuador, dentro del Capítulo III “Derechos de las personas y Grupos de Atención Prioritaria”, Sección 5^a “Niñas, Niños y Adolescentes”, en el artículo 45 inciso primero “Derecho a la integridad física y psíquica”, se consagra “*El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción*”.
2. El concepto de vida ha sido abordado desde los albores de la humanidad, el filósofo griego Sócrates enfatizó como una premisa fundamental para el ser humano la “*necesidad absoluta de vivir*”; por su parte, Santo Tomás de Aquino expuso que “*la vida es un don*”; y, Descartes expresó el involucramiento racional con la existencia en la frase “*Cogito, ergo sum (Pienso, luego existo)*”.
3. En este sentido, no puede contemplarse un “derecho sobre la vida”, como si se denotara un poder irracional y sin límites sobre la existencia, sobre su inicio y fin; ni un “derecho a conseguir la vida”, porque esto es automático, biológico e innato, nos viene dado desde el comienzo por nuestra naturaleza humana; lo que se establece a nivel constitucional es la “*inviolabilidad de la vida*” para que los demás se abstengan de atacarla, lo que implica la conservación de la vida y al goce de ella, y en el plano jurídico significa su defensa, desde tal punto de vista la expresión “derecho a la vida” es correcta, pero más lo es “derecho a vivir”.¹
4. La obligación de garantizar el derecho a vivir del que está por nacer (*nasciturus*)² está prevista a nivel constitucional (artículo 45 inciso primero de la

¹ Santos Cifuentes, “Los derechos personalismos”, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1995, p. 232-233.

² Santos Cifuentes, ob. cit., p. 238, expone que: “*He sostenido que el nasciturus es persona... debería concretar normativamente esta proclamación real y sencilla ‘Eres persona porque tienes vida y te reconozco derechos...te protejo a tí y a tus derechos física y jurídicamente’ ... el derecho personalísimo principia con la concepción, instanté en el que aparece un nuevo ser*”.

Juan Larrea Holguín, “Compendio de Derecho Civil del Ecuador”, Quito, CEP, 1976, p. 208, manifiesta que: “*desde que el alma racional informa un cuerpo humano, la ley debe respetar y proteger esa vida*”.

Luis Parraguez Ruiz, “Manual de Derecho Civil ecuatoriano: personas y familia”, Loja, UTPL, 2000, p. 55, menciona: “*existe un proyecto de persona o una persona potencial. De allí que el ordenamiento*



Constitución); y, a nivel legal (artículo 20 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia -CONA-, artículo 61 del Código Civil, artículo 149 del Código Orgánico Integral Penal -COIP).³

5. El nasciturus tiene derecho a que no se interrumpa su existencia, a desarrollarse biológicamente, a que se no se interfiera en su proceso de formación genética; a nacer y contar con la oportunidad de existir como un ser único e irrepetible y con un proyecto de vida trascendente.
6. La vida, desde el ámbito biológico, se conceptualiza como el “*estado de actividad de los seres orgánicos que se manifiesta de modo diverso (crecimiento, reproducción, movilidad, irritabilidad, etc.) soportado por una serie de reacciones metabólicas que suministran la energía necesaria para estos procesos. Sus rasgos característicos son el metabolismo y la reproducción*”.⁴
7. En este sentido genético “*desde la existencia de un embrión fertilizado, aunque se trate solo de dos células, hay potencialmente un ser, y dicha potencialidad debe respetarse, porque ya empezó a desarrollarse el ser humano*”.⁵
8. La concepción o fecundación es entonces el acontecimiento que activa la génesis humana, es el momento primordial que origina la vida, ya que “*la penetración del espermatozoide constituye el evento crucial: 1) En el espermatozoide están los 23 cromosomas paternos que sumándose a los 23 maternos constituyen el*

jurídico se preocupe de proteger su modalidad de vida y los derechos eventuales que pueden interesarle”.

³ Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia -CONA- (R.O. 737 de 03 de enero de 2003)

“Art. 20.- Derecho a la vida. - Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la vida desde su concepción. Es obligación del Estado, la sociedad y la familia asegurar por todos los medios a su alcance, su supervivencia y desarrollo.

Se prohíben los experimentos y manipulaciones médicas y genéticas desde la fecundación del óvulo hasta el nacimiento de niños, niñas y adolescentes; y la utilización de cualquier técnica o práctica que ponga en peligro su vida o afecte su integridad o desarrollo integral”.

Codificación del Código Civil (R.O. S. 46 de 24 de junio de 2005)

“Art. 61.- La ley protege la vida del que está por nacer. El juez, en consecuencia, tomará, a petición de cualquiera persona o de oficio, todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligra.

Toda sanción a la madre, por la cual pudiera peligrar la vida o la salud de la criatura que tiene en su seno, deberá diferirse hasta después del nacimiento”.

Código Orgánico Integral Penal -COIP- (R.O. S. 180 de 10 de febrero de 2014 en aplicación plena desde el 10 de agosto de 2014)

“Art. 149.- Aborto consentido. - La persona que haga abortar a una mujer que ha consentido en ello, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

La mujer que cause su aborto o permita que otro se lo cause, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a dos años”.

⁴ Diccionario Encyclopédico Grijalbo, Tomo 3, Barcelona, Editorial Grijalbo S.A., 1986, p. 922.

⁵ Arturo Alfonso, Ponencia del presidente de la Sociedad Argentina de Esterilidad y Fertilidad, citado por Graciela N. Messina de Estrella Gutiérrez, “Bioderecho”, Capítulo III “El inicio de la vida humana”, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 1999, p. 33.



patrimonio genético del nuevo ser humano. 2) La penetración, además, fija de forma definitiva la situación referida en el punto anterior, haciendo que normalmente el óvulo resulte impermeable ... Esto acontece después -algo más de un día desde la penetración- con la constitución de un embrión de dos células, dotada cada una de un núcleo cuya membrana encierra en sí, por primera vez, el genoma del nuevo ser (...) la fecundación como un proceso que se concluye solo por la primera división micótica... hace definitivo el genotípico del nuevo ser".⁶

9. Es por ello que se ha señalado que “el nuevo individuo comienza su existencia desde que opera la transmisión de la información genética entre espermatozoide y óvulo. El cigoto no necesitará luego ninguna otra información para su desarrollo, por lo cual desde la fecundación su individualidad está creada (...) el aceptar el hecho de que una vez producida la fertilización ha surgido un ser humano, ya no constituye una cuestión de gustos u opiniones. La naturaleza humana del ser humano desde la concepción hasta la vejez, no es una hipótesis metafísica, sino una evidencia experimental, si al comienzo, después de la fecundación, el ser que se desarrolla no fuese un momento de esa especie a la que pertenecieron sus padres, ninguna evolución habría sido posible”.⁷
10. La genética en esta línea sostiene que “Sin duda desde la singamia la información suministrada por el ADN hará que el ser sea humano y no otra entidad, y ese destino genéticamente marcado, con toda la potencialidad que ello implica, no puede ignorarse (...) la nueva vida humana empieza en el mismo momento de la fecundación, cuando de dos realidades distintas -los gametos- surge una tercera realidad -el cigoto- cuyo programa genético contenido en los dos pronúcleos es un programa humano”.⁸
11. En este contexto se sustenta que “está acreditado biológicamente que no hay desarrollo cuantitativo y cualitativo a partir del cigoto que permita señalar un momento posterior en el que acceda a la condición humana. Es estrictamente científico afirmar que en el cigoto y en sus fases ulteriores de transformación -por muy tempranas que sean- existe ya, potencialmente un nuevo ser humano”.⁹
12. Este proceso que origina la vida humana continúa con la anidación o implantación en la que se produce “la aparición del primordio del sistema

⁶ C. Campagnoli y C. Peris, “Las técnicas de reproducción artificial, aspectos médicos”, en “Manual de Bioética General”, Madrid, Editorial del Dr. Aquilino Polaino-Lorente, 1994, p. 204-216, citado por Graciela N. Messina de Estrella Gutiérrez, ob. cit., p. 35.

⁷ Lejeune, citado por Pedro Federico Hoof, “Protección del embrión humano: aspectos iusfilosóficos”, Universidad Nacional del Mar del Plata, 1996, citado por Graciela N. Messina de Estrella Gutiérrez, ob. cit., p. 37.

⁸ Graciela N. Messina de Estrella Gutiérrez, ob. cit., p. 37 y 40.

⁹ Ángel Santos Ruiz, “Instrumentación genética”, Madrid, Palabra Editores, 1987, p. 33, citado por Domingo M. Baso, “Nacer y morir con dignidad: bioética”, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1993, p. 114

nervioso (línea primitiva, cresta neural) que ocurre hacia el día decimocuarto a partir de la fecundación coincidiendo con la implantación del blastocito en las paredes del útero".¹⁰

13. En definitiva, siendo que la concepción equivale a la fecundación o fertilización del óvulo por el espermatozoide (de modo inmediato o en algo más de 1 día); y, ésta se constituye en el evento crucial para el inicio a la vida del ser humano, ya que genera entre estas dos células un embrión a partir de que los gametos inician un intercambio genético o singamia para la formación del cigoto con un genoma o genotipo humano único; la misma que prosigue con la anidación o implantación del blastocito en el útero y con la aparición del primordio del sistema nervioso (de 7 a 14 días), es indiscutible que la vida humana comienza y debe protegerse desde la concepción, como lo consagra el artículo 45 inciso primero de la Constitución.¹¹

¹⁰ Juan Ramón Lacadena Calero, "Manipulación genética de la especie humana", en "Ingeniería genética y reproducción asistida", Madrid, Editorial Marino Barbero Santos, 1989, p. 28, citado por Graciela N. Messina de Estrella Gutiérrez, ob. cit., p. 40.

¹¹ En el voto salvado de los jueces Marco Gerardo Monroy Cabra y Eduardo Escobar Gil de la Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia No. 355-2006 de 10 de mayo de 2006, disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/c-355-06.htm> consta las siguientes conclusiones: "a. La vida humana comienza con la unión de dos células llamadas gametos, una de procedencia femenina, el óvulo, y otra de procedencia masculina, el espermatozoide. b. La unión de estas dos células recibe el nombre de fertilización o concepción. c. Por la fecundación (o concepción) el óvulo y el espermatozoide se funden en un nuevo ser vivo llamado en esa fase cigoto. d. Cuando no hay fecundación, el óvulo y el espermatozoide tienen una vida muy limitada. Producida la ovulación, si no es fecundado, el óvulo vive sólo un día, y luego sufre un proceso de regresión y desaparece. El espermatozoide, de un modo parecido, cuando ya se encuentra fuera de las cavidades del aparato genital femenino, al cabo de poco más de un día, también deja de ser una célula viva. e. Con lo anterior queda claro que los gametos (óvulo y espermatozoide) no son seres con una vida propia independiente, ya que su existencia es encaminada únicamente a la fertilización, a diferencia del cigoto (ser que aparece por la unión del óvulo y el espermatozoide), que ya tiene una finalidad distinta: desarrollarse hasta cumplir todo el ciclo vital del ser humano. f. Cuando los gametos se unen en la fertilización, constituyen desde entonces un organismo de características genéticas, estructurales y bioquímicas únicas (el cigoto). g. Como consecuencia de los procesos bioquímicos producidos, en la nueva célula ha quedado marcado todo el futuro desarrollo del nuevo ser humano, que inicia su multiplicación celular. h. Las relaciones funcionales entre el organismo de la madre y del feto no afecten en nada a este determinismo ni esta multiplicación celular o desarrollo del cigoto, como está demostrado en la experimentación. En efecto, en la fertilización in vitro, la fertilización y el inmediato proceso subsiguiente de división celular se inician fuera del cuerpo de la madre. i. El material genético de los cromosomas, el DNA, -la secuencia de bases- es lo que determina las características genéticas del nuevo ser. Este material es distinto del de la madre. j. Los cromosomas son específicamente humanos y las proteínas que forman la estructura del organismo se diferencian específicamente de las proteínas de cualquier otro animal. k. Todo este proceso de fecundación, aparición del cigoto y configuración genética particular e independiente es anterior a la anidación en el útero de la madre. l. El proceso desde la ovulación hasta la anidación es el siguiente: tan pronto se ha producido la ovulación, el óvulo va de la cavidad del folículo a la trompa de Falopio, dirigiéndose hacia el útero. El músculo liso que se encuentra en las paredes de la trompa de Falopio va teniendo contracciones rítmicas que ayudan al óvulo a pasar hacia el interior del útero. Como la vitalidad del óvulo después de la ovulación es tan limitada, la fecundación ha de producirse de 12 a 24 horas después de la ovulación; de lo contrario, el óvulo muere, siendo, entonces, imposible la fertilización. La fecundación del óvulo por el espermatozoide se produce en la trompa de Falopio, y

14. La vida del ser humano empieza desde la concepción “*es vida humana (... inició su ciclo, aunque luego se vea frustrado, por acontecimientos naturales, su destino), por lo cual el ordenamiento jurídico debe brindar la protección que ella se merece, teniendo en cuenta la dignidad de trato que supone el concepto de vida humana*”.¹²
15. Es por ello que la protección de la vida desde la concepción que se reconoce en la Constitución tiene concordancia con la Bioética para la cual “*la vida debe considerarse como un proceso único e indivisible, desde su comienzo a su fin, e indudablemente como todo proceso es integrado por continuas potencialidades (...) es un embrión en potencia, luego un feto, después un niño, posteriormente un adolescente, luego un adulto, etcétera y estas expectativas deben respetarse (...) La vida humana debe ser tutelada por el Derecho desde el inicio*”.¹³
16. En este sentido: “*El desarrollo de un individuo es un proceso continuo e ininterrumpido, que depende de las características adquiridas en el momento de la fecundación. Se inicia con la formación del cigoto y depende de las características adquiridas en el momento de constituirse este último. El nuevo individuo comienza su desarrollo activando su genoma, con un progresivo crecimiento, diferenciación y maduración. Va pasando por las distintas etapas: cigoto, embrión bicelular, mórula, blastocisto, embrión implantado, feto, niño,*

para ello es necesario que el óvulo se encuentre en un medio en el que haya millones de espermatozoides. Unas seis horas después de la fertilización -es decir, 30 horas después de la ovulación- se produce la primera división del cigoto. m. Es en esta fase cuando se presenta la individualización de los embriones gemelos, o gemelos homocigóticos. Algunos utilizan este hecho para afirmar que la fertilización no produce la inmediata individualización del ser humano, y que por lo tanto no es posible entender que la fertilización produce un nuevo individuo de la especie humana. Este argumento se refuta diciendo que la fertilización sí produce un individuo (un primer cigoto), y que la división gemelar subsiguiente es una forma de reproducción similar a la clonación. Por lo tanto, en la división gemelar lo que se tiene es un individuo que genera otro. n. A los cinco días de la fertilización, el embrión se encuentra en fase de blastocisto, próximo al endometrio. o. Finalmente, aproximadamente al sexto día de la fertilización, el blastocisto se fija en el endometrio (implantación), que es cuando comienza la relación entre el organismo de la madre y del nuevo ser humano que tan sólo mide en ese momento un milímetro y medio. p. Para entonces la individualidad genética no sólo está comprobada, sino que en ese momento es el nuevo ser el que determina su propio destino: por un mensaje químico que emite, estimula el funcionamiento del cuerpo amarillo del ovario y suspende el ciclo menstrual de su madre. q. Como otro dato que corrobora la individualidad del nuevo ser, la inmunología ha descubierto que los glóbulos blancos del cuerpo de la madre son capaces de reconocer cualquier cuerpo extraño al organismo y de poner en marcha los mecanismos de defensa para destruirlo, y que cuando el embrión en fase de blastocito se implanta en la pared del útero, el sistema inmunológico de la madre reacciona para expulsar al intruso, pero el nuevo ser humano está dotado de un de un delicado método de defensa ante esta reacción. En algunos casos la defensa no es tan eficaz como debiera, y el nuevo ser humano es expulsado mediante un aborto espontáneo”.

¹² Germán Bidart Campos, Conferencia de 30-VIII-1996, Universidad Nacional del Mar del Plata, citado por Graciela N. Messina de Estrella Gutiérrez, ob. cit., p. 34.

¹³ Graciela N. Messina de Estrella Gutiérrez, ob. cit., p. 38; y, Conclusiones de las Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires, 1997, “Comisión de Bioética y Derecho”, copresidida por la autora, en ob. cit., p. 42.



púber, adulto, vejez. El cigoto tardará 14 días en anidar, 3.5 meses en completar la placenta, 9 meses en ver la luz, 1 año en andar, 2-3 años en hablar, 7 años en razonar, 15 años en ser fértil, 50 años en cesar la producción de óvulos si es mujer. El embrión, desde el principio, dirige su desarrollo, produciendo una serie de factores que estimulan el ovario y el endometrio para asegurarse su anidación, su desarrollo, y crear un entorno adecuado para la tolerancia inmunológica".¹⁴

17. La Constitución del Ecuador enfatiza esta consagración de amparar la vida del ser humano desde la concepción, lo que tiene consecuencia con la proscripción de interferencia en su desarrollo vital, en el contexto de que “*la protección se obtiene mediante la prohibición, incluida la cominación penal, de todos aquellos comportamientos que, incidiendo en el embrión, puedan condicionar al futuro ser humano en su ser biológico y en el desarrollo de su personalidad. Por consiguiente, el bien jurídico protegido estaría constituido de forma primaria por los intereses de ese futuro ser humano en particular; su identidad e irrepetibilidad*”.¹⁵
18. La necesidad existencial de vivir, de trascender, de alcanzar la realización del proyecto de vida es concomitante y connatural al ser humano, más aún desde su inicio; si no se ampara al nasciturus en su desarrollo vital, se lo dejaría del todo desprotegido e indefenso, expuesto a pareceres y posiciones, con su proyecto de vida truncado; por ello, la única opción constitucionalmente válida es la defensa de su existencia.
19. En la legislación se desarrolla esta proscripción del arbitrio sobre la existencia del nasciturus, no se permite injerencias no autorizadas en el ciclo vital del que está por nacer. Los dos casos, incluidos de manera expresa y taxativa en la Ley, autorizan una intervención por razones excepcionales, razonadas por el legislador y sustentadas en la medicina (aborted terapéutico) y en la biología respectivamente (aborted eugenésico)¹⁶, que no contemplan ni admiten ampliación, caso contrario, el derecho a la vida del nasciturus quedaría en manos de quienes no tienen la potestad de disponer ni decidir sobre ella. El nasciturus es un ser humano todavía indefenso que, por las circunstancias propias de su estado evolutivo y por mandato constitucional, debe ser protegido, incluso en circunstancias tan polémicas y hasta dramáticas que pueden suscitar posiciones al respecto, como es el embarazo producto de violación, inseminación artificial o trasferencia de óvulo no consentida. Cualquier delito tipificado o circunstancia

¹⁴ Speroff L, Fritz MA. "Clinical gynecologic endocrinology and infertility", 7 Ed. Lippincott Williams and Wilkins, Philadelphia, USA, 2005: 804, en Javier Marco Bach, "El principio de la vida humana", México, Revista "Cirujano General", Vol. 34 Supl 2 -2012, p. 146, en: <https://www.medicgraphic.com/pdfs/cirgen/cg-2012/cgs12p.pdf>

¹⁵ Carlos María Romeo Casabona, "Genética y Derecho", Capítulo VI "La investigación y la experimentación en genética", Buenos Aires, Editorial Astrea, 2003, p. 363.

¹⁶ "Eugenics: Estudio y aplicación de las leyes biológicas de la herencia orientadas al perfeccionamiento de la especie humana." del.rae.es

al margen de la Ley, debe ser investigada y acarrear una sanción al responsable, sin embargo, dicha sanción no puede extenderse ni imponérsele al nasciturus, sacrificando su existencia misma, sino que debe aplicársela al culpable y nunca a costa de la vida de un ser inocente.¹⁷

20. Estoy consciente de que la violación es, probablemente, uno de los delitos más aberrantes de la humanidad. El hombre con su fuerza somete a la mujer contra su voluntad, solo por satisfacer su instinto sexual, rebajándose al nivel de un animal. Nada más aberrante y reprochable. Más grave aún, si quien comete tal aberración es el padre, un tío, primo o familiar cercano de la víctima, como ocurre reiteradamente. Nadie niega que, para una niña, una adolescente, una mujer, discapacitada o no, una violación debe ser una vivencia ultrajante y traumática al punto de sentir la muerte y probablemente, querer la muerte. Es muy probable que, si fruto de esa violación se produce un embarazo no deseado, la víctima solo sienta repugnancia y deseo de borrar de la faz de la tierra las muestras y consecuencias de ese delito atroz. Pero, ¿qué hay del nasciturus?, ¿quién tutela sus derechos?, ¿Quién impide que sea despojado de su derecho fundamental a la vida?, ¿Quién tiene la potestad para interrumpir la evolución vital de un ser humano que tiene vida desde el mismo momento de la concepción, y convertirlo en reo de un crimen que nunca cometió?
21. La cruel y aberrante realidad de las violaciones en contra de niñas, adolescentes y mujeres en nuestro país desnuda una realidad lacerante, frente a la cual, la respuesta no puede limitarse a la simple despenalización del aborto por esta circunstancia. Esa solución no previene, mucho menos erradica el delito, pero estimula y consagra el cometimiento de uno nuevo, al permitir que se arrebate la vida de criaturas indefensas que merecen tener la oportunidad de cumplir su proyecto natural de vida, cuidados por su progenitora o por una familia que los acoja y adopte.
22. Si se parte de la premisa lógica e incuestionable de que la despenalización del aborto no es la solución al problema de los delitos de violación, entonces el análisis del juez constitucional debe tener otro enfoque. El Estado por su parte, a

¹⁷ Voto salvado de los jueces referidos de la Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia No. 355-2006: "Un último punto debe ser aclarado en relación con la prohibición general del aborto y el derecho a de la mujer a decidir libremente el número de hijos que desea tener y el momento correspondiente, derecho al cual se le denomina autodeterminación reproductiva. Ciertamente, como se dijo anteriormente, el embarazo forzado producto de violación, inseminación artificial o trasferencia de óvulo no consentida constituyen delitos que atentan contra este derecho fundamental de las mujeres. Sin embargo, es menester tener en claro que el sujeto causante de la violación de derechos mencionada no es el Estado que, en defensa del derecho a la vida del no nacido, y por las razones de jerarquización y ponderación de derechos que se acaban de estudiar, decide penalizar el aborto, sino el agente del delito. Como tampoco lo es el ser humano concebido como fruto de la comisión de la conducta ilícita, cuya vida se protege con la penalización mencionada. Por las obvias razones anteriores, la penalización de aborto en los casos anteriores no elimina el derecho a la autodeterminación reproductiva de la mujer. Simplemente implica que dicho derecho no puede ser exigible aun a costa de la vida del ser humano concebido como fruto de un accionar delictivo".



través de sus órganos competentes, debe implementar políticas públicas y campañas de concientización enfocadas en el respeto hacia la mujer; considerar el incremento de penas para el delito de violación; políticas orientadas a facilitar y estimular la adopción de los niños y niñas no deseados, entre otras iniciativas. Todas esas opciones, como respuestas al aborto, evidentemente, demandan un debate profundo al interior de la sociedad y del Estado, antes de proceder a su despenalización. Debate que, lamentablemente, ha sido soslayado por esta Corte Constitucional que, parapetada en el delito de violación, abre la puerta para el aborto libre e indiscriminado, más aún, cuando en los términos de la sentencia de mayoría, ni siquiera se establecen criterios y procedimientos rigurosos para determinar la efectiva existencia de una violación, como delito tipificado por el ordenamiento jurídico ecuatoriano, que debe ser determinado en sentencia ejecutoriada, que sancione a los responsables de su cometimiento. Al permitirse que una simple declaración juramentada, un examen médico o una denuncia se constituyan en prueba plena del cometimiento del delito de violación, como requisito para proceder con un aborto, prácticamente, se está dejando la puerta abierta para que cualquier mujer opte por esta medida extrema, que coarta el derecho fundamental de otro ser humano, sin que siquiera se haya comprobado que el hecho fundamental que lo motiva se haya producido efectivamente.

La claridad de la Constitución y la imposibilidad de interpretarla, so pena de reformarla

23. El artículo 427 de la Constitución dispone: "*Las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional*".
24. Es decir, son 4 formas de interpretar la Constitución, la primera el método exégetico dado por la literalidad del texto; la segunda el método sistemático-teleológico dado por la voluntad del Constituyente entendida en su integralidad; la tercera el método de la ponderación cuando se trate de priorizar derechos en caso de duda, es decir de conflicto; y, la cuarta la optimización, proporcionalidad y razonabilidad como otros criterios hermenéuticos.
25. En la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC) se determina el ámbito de cada uno de estos métodos, así: el artículo 2 número 2 contempla a la optimización; el artículo 3 en el número 2 establece a la proporcionalidad, en el número 3 a la ponderación, en los números 5 y 6 al método sistemático-teleológico, en el número 7 a la interpretación literal y en el número 8 a otros métodos de interpretación constitucional.



26. En este punto es necesario relievar que el inciso primero del artículo 45 de la Carta Constitucional es claro, expreso y taxativo, su tenor literal deriva de la voluntad del Constituyente entendida en su integralidad, el pueblo ecuatoriano se pronunció sobre este asunto y ratificó el texto constitucional en referéndum popular, no dejando dudas respecto de la protección de la vida desde la concepción.
27. La Convención Americana sobre Derechos Humanos determina: “*Artículo 4. Derecho a la Vida. I. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente*”.¹⁸
28. En tal virtud, se impone el deber consciente, constitucional y humanista de la defensa de la vida, sin que quiera la ambigüedad o la apertura inusitada de textos jurídicos con vaguedad conceptual que transgredan este postulado y principio fundamental, como es la protección de la vida desde la concepción, que no admite una interpretación desde la defensa constitucional del derecho a vivir.
29. Es decir, desde la lectura literal, sistemática-teleológica y de la voluntad del Constituyente en su integralidad, no puede darse paso a interpretación alguna que anule la defensa de la vida desde la concepción, lo contrario implica una modificación del texto de la Constitución que le corresponde al poder constituyente, mas no al poder constituido como es el que ejerce la Corte Constitucional.
30. El Constituyente no lo diferenció, y el ser que es fruto de una violación, el concebido por una violación no es diferente del ser humano que fue concebido en una relación consentida. No puede arrebátarse su derecho a la vida, bajo los argumentos alrededor de escalofriantes estadísticas sobre las muertes de mujeres que se someten a abortos clandestinos y no seguros, pues es una cara de la

¹⁸ Juan Carlos Riofrío Martínez Villalba y Jaime Flor Rubianes, “Regulación constitucional, internacional, canónica y penal del delito de aborto”, Quito, Universidad de Los Hemisferios (UDLH), 2014, p. 180 y 184, en: https://www.academia.edu/32655029/Regulaci%C3%B3n_constitucional_internacional_can%C3%B3nica_y_penal_del_delito_de_aborto, exponen: “Una de las más importantes características de este derecho, y quizás la principal para realizar consideraciones hermenéuticas, es la de que este es un derecho prevalente sobre el resto de derechos. La razón es la misma: sin vida no hay derecho alguno. Si algún derecho prevaleciese sobre la vida, no habría sujeto vivo a quien se lo pudiera reconocer (...) Por ser personas y grupos de atención prioritaria, la Constitución les concede un trato preferente, fijando así en éste capítulo el principio pro nascitu, de donde se desprenden otros principios como el de tratamiento más favorable para el nacido, el in dubio pro nascitu, la equiparación real-no formal- del no nacido dándole un trato preferente, entre otros (...) El Art. 4, num. 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce que ‘toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente’. Si se lee en su literalidad, cualquiera entiende dos cosas: (i) que el artículo es protector del derecho subjetivo a la vida (no de un bien jurídico abstracto sin titular directo); y, (ii) que tal derecho a la vida lo tiene toda persona, a partir del momento de la concepción”



realidad; la otra, que no se visibiliza en el voto de mayoría es la de la muerte de los seres indefensos e inocentes por esta práctica.¹⁹

31. En tal virtud, no entendiéndose en este tema de otra forma que el de defender el derecho a vivir del concebido, no es aplicable un “test de proporcionalidad” o un ejercicio de “ponderación” para el efecto. Esto por cuanto existe una clara y categórica voluntad del Constituyente y su modificación únicamente podría darse por uno de los mecanismos establecidos en la propia Constitución.²⁰
32. Es más, el reconocimiento de la despenalización del aborto en todos los casos de violación se aduce en virtud de una alegada “discriminación”, ya que en la actualidad se la autoriza cuando la violación la ha padecido una mujer con “discapacidad mental”, mas no para toda mujer que haya sufrido este abuso; cuestión cuyos contornos no configuran la condición de comparabilidad para aplicar un “test de igualdad”, y no se denota falta de “razonabilidad” del planteamiento vigente, que ha sido establecido acorde a la libertad de configuración del Legislador. Esto porque la razón por la que el legislador configuró la despenalización en el caso de la mujer discapacitada por violación, no fue por el hecho de haber sido violada, sino por razones eugenésicas, que el voto de mayoría ni siquiera analizó.

El debate democrático y efectos de la sentencia de mayoría

33. En el Ecuador, corresponde al Legislador el debate y deliberación democrática de los asuntos que cuentan con reserva de ley, entre ellos la tipificación de las infracciones y sus sanciones según el artículo 132 número 2 de la Constitución.
34. En el Código Orgánico Integral Penal (COIP) en aplicación plena desde el 10 de agosto de 2014 en el artículo 150 se establece que no será punible el aborto terapéutico, de sustento médico, para “*evitar un peligro para la vida o la salud de la mujer embarazada y si este peligro no puede ser evitado por otros medios*” (número 1); y, el aborto eugenésico, de sustento biológico, “*si el embarazo*

¹⁹ En la página web <https://www.worldometers.info/es/>, consta un contador de cifras mundiales, así se registra más de 13,4 millones abortos practicados en lo que va del año 2021 (cifra que se si se proyecta reflejaría más de 40 millones de abortos por este año).

²⁰ En este punto se debe considerar que la modificación de la Constitución se puede efectuar por 3 mecanismos: la enmienda constitucional que no debe alterar la estructura estatal ni restringir derechos, puede ser aprobada en referéndum popular o por vía parlamentaria (artículo 441); la reforma constitucional que no debe restringir derechos pero si puede alterar la institucionalidad, se tramita en vía parlamentaria y pasa al referéndum popular (artículo 442); y, en el cambio constitucional que puede transformar todo lo anterior a través de una Asamblea Constituyente que redacta el nuevo texto constitucional y se somete a referéndum popular (artículo 444). En caso contrario se incuraría en la figura de “sustitución de la Constitución”, esto es que se evita modificar la Constitución a través de una interpretación, o en una “mutación constitucional”, en la que cambia el alcance y efectos de la disposición sin modificar su contenido en el texto, lo que está proscrito, en virtud de la rigidez constitucional que prevé procedimientos agravados para su modificación a través de una enmienda, reforma y cambio constitucional establecidos en los artículos 441 a 444 de la Constitución.



proviene de una violación en una mujer que padezca de discapacidad mental”
(número 2).

35. Esta Corte Constitucional, en ocasión del planteamiento por parte del Presidente de la República de la objeción de inconstitucionalidad a la Reforma del COIP del año 2019, sobre la despenalización del aborto para todos los casos de violación e inseminación no consentida, estableció que esa posibilidad no la había considerado el Legislativo, ya que el texto no fue aprobado por el Legislador.
36. La Corte Constitucional no se encuentra autorizada para tomar una decisión que debería ser debatida por el Legislador, sin duda un tema de configuración legislativa que, además, ya fue debatido en el Ecuador y no alcanzó los votos para su aprobación.
37. Es así que el Legislador en la reforma planteada al artículo 150 del COIP no tomó esa decisión, por lo que, con mayor razón, no le corresponde esa decisión a la Corte Constitucional.
38. En el Dictamen No. 4-19-OP/19 de 26 de noviembre de 2019 esta Corte Constitucional señaló: “*Lo que está totalmente fuera de la institucionalidad constitucional es que, con ocasión del análisis de constitucionalidad de la Disposición Transitoria Segunda, esta Corte examine la constitucionalidad del referido numeral 2 del artículo 150, norma no reformada por la Asamblea Nacional ni objetada por el presidente de la República*”.²¹
39. En tal virtud, en oportunidad de conocer una demanda de inconstitucionalidad del artículo 150 numeral 2 del COIP, la Corte Constitucional no se encuentra autorizada para pronunciarse sobre un asunto del que no consta el debate democrático y la profunda reflexión de la sociedad en su conjunto, correspondiendo a una cuestión que con las condiciones constitucionales correspondientes le compete a la esfera del Legislador.
40. Esta Corte Constitucional no debe invadir este ámbito, ya que sus atribuciones se circunscriben al control constitucional previo del proyecto de ley que se presentare (objeción de inconstitucionalidad en el debate parlamentario) o al control posterior de la ley que se llegare a aprobar (demanda de inconstitucionalidad de lo aprobado con deliberación parlamentaria); mas no a regular una posibilidad como si tratare del Legislador (al que le corresponde este debate y deliberación democrática).

²¹

Dictamen No. 4-19-OP/19 en:
[http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/c57676dc-189a-45df-8099-bccf1f9b76f9/4-19-op-19_\(0004-19-op\).pdf?guest=true](http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/c57676dc-189a-45df-8099-bccf1f9b76f9/4-19-op-19_(0004-19-op).pdf?guest=true)



41. Sin embargo, los jueces de mayoría en los párrafos 181 y 182 de la sentencia, se convierten en legisladores y reforman el COIP y no sólo eso, sino que, fuera del rango de sus competencias, interpretan que el nuevo texto del artículo 150 se hace extensivo a todos los sujetos activos de la despenalización: “*Finalmente, esta Corte estima necesario dejar claro que por la redacción del artículo 150 del COIP, ante la declaratoria de inconstitucionalidad de su numeral 2, deja de ser punible el delito de aborto consentido en casos de violación para todos los sujetos activos del mismo, es decir tanto respecto de las mujeres que han sido violadas como del “médico u otro profesional de la salud” que realice el procedimiento*”, excediendo claramente su competencia como Corte Constitucional, e invadiendo el ámbito del legislador de manera grosera.
42. En cuanto a los efectos que la sentencia de mayoría da a la despenalización del aborto por violación, la sentencia dice que son a futuro a partir de su publicación en el Registro Oficial y encarga al legislador la regulación de lo resuelto, y así dictamina que: “*.... la falta de regulación no podrá ser pretexto para incumplir esta sentencia, ni sancionar a mujeres o médicos que interrumpan voluntariamente un embarazo producto de una violación sexual.*” (p. 193), aceptando que no existe regulación y dejando de manera irresponsable, abierta la posibilidad de la práctica del aborto por violación, incluso hasta los nueve meses de gestación, ya que nada lo impide.
43. En el párrafo 194 pretende la sentencia de mayoría dar parámetros mínimos, y establece que no se esperará sentencia condenatoria por el delito de violación, y que hasta que haya marco regulatorio se podrá, “*por ejemplo*” presentar una denuncia penal, examen médico, o la presentación de una declaración juramentada, permitiendo de manera abierta que, con una simple declaración juramentada o un examen médico, se practique el crimen del aborto.
44. Si en la sentencia de mayoría, se acepta y reconoce que es el legislador el que tendrá que definir el marco regulatorio, lo prudente, responsable y sensato hubiese sido que difieran los efectos de su decisión hasta que el legislador regule el nuevo artículo 150 del COIP, reformado sin sustento legal por la Corte, sin embargo, este pedido puntual también fue negado por los jueces de mayoría, dejando abierto, quién sabe por cuánto tiempo, el aborto indiscriminado por violación, como ha sido descrito en párrafos anteriores.

Conclusión

45. La conciencia y ética en la defensa de los derechos y disposiciones constitucionales me obligan a representar la voz de todos aquellos seres inocentes que aún no tienen voz, que por la decisión individual de sus progenitoras, convalidada por el voto de 7 juezas y jueces constitucionales, se encuentran expuestas a la conciliación más obvia de un derecho fundamental y



primordial, como es el derecho a la vida de cientos o miles de seres humanos indefensos, que el voto de mayoría invisibiliza y vulnera.

46. Es del todo obvio que este caso requería de la convocatoria a una audiencia para que un tema tan sensible y polémico sea debatido y confrontado públicamente, pero esta posibilidad fue negada por la mayoría de siete juezas y jueces en reiteradas ocasiones, haciendo caso omiso a mis justos pedidos. Esa mayoría decidió no abrir al debate ni a la discusión pública y transparente de este asunto de vital importancia y que involucra miles de vidas. Entre las razones para negar la audiencia están que no era necesaria ni obligatoria, que era inconveniente levantar falsas expectativas en la población, knowing que una mayoría de jueces ya se había consolidado alrededor del tema, y por el temor a posibles recusaciones contra ciertos jueces. Así, la mayoría tomó la decisión de aprobar una sentencia, priorizando el tema la semana anterior, respecto de acciones del 2019, 2020 y 2021, cuya mayoría fueron admitidas hace una semana y que fueron avocadas tres días antes de constar en el Pleno del Orden del día.
47. La audiencia pública hubiese permitido que se expongan las distintas visiones, posiciones y criterios sobre el tema, que se reflejen estadísticas, políticas públicas y normativas de prevención y penalización proporcional de delito de violación dirigidas a los autores de este delito, para excluir el peligro y riesgo de la permisión del aborto libre, no obstante la mayoría tomó la decisión a partir de la prevalencia absoluta del derecho de la mujer a costa del sacrificio de la vida de nasciturus.
48. Entonces me pregunto, ¿cómo se cumple el artículo 45 de la Constitución de la República del Ecuador, que consagra el respeto a la vida desde la concepción? Claramente el voto de mayoría de la Corte Constitucional, a modo de interpretación, está anulando ese derecho fundamental consagrado para el que está por nacer; estableciendo una modificación al texto constitucional para la cual no se encuentra facultada e invadiendo la esfera de libertad de configuración del Legislador, en cuanto al establecimiento de las figuras penales que merecen un debate y deliberación democrática.
49. Las preguntas que quedan sin respuesta en el voto de mayoría son: ¿quién defiende al nasciturus?, ¿cómo se explica que el derecho a vivir ha sido arrancado y arrebatado a seres indefensos e inocentes?; y, en definitiva ¿si no es la Corte Constitucional, entonces quién hace respetar la Constitución?

CARMEN
FAVIOLA
CORRAL
PONCE

Dra. Carmen Corral Ponce
JUEZA CONSTITUCIONAL

Firmado digitalmente
por CARMEN FAVIOLA
CORRAL PONCE
Fecha: 2021.04.29
09:38:31 -05'00'



Razón.- Siento por tal que el voto salvado de la Jueza Constitucional Carmen Corral Ponce, en la causa 34-19-IN, fue presentado en Secretaría General el 28 de abril de 2021, mediante correo electrónico a las 19:45; y, ha sido procesado conjuntamente con la Sentencia.- Lo certifico.

AIDA
SOLEDAD
GARCIA
BERNI
Dra. Aida García Berni
SECRETARIA GENERAL

Firmado
digitalmente
por AIDA
SOLEDAD
GARCIA BERNI



SENTENCIA No. 34-19-IN/21 Y ACUMULADOS

VOTO SALVADO

Jueza Constitucional Teresa Nuques Martínez

I. Objeto del voto salvado

1. Respetando la argumentación contenida en la sentencia No. **34-19-IN/21 y acumulados**, expido el presente voto salvado dentro del término establecido en el artículo 92 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (“LOGJCC”).
2. Conociendo la realidad actual que atraviesa el Ecuador, en cuanto a las cifras de denuncias diarias que se presentan por violación, abuso y acoso sexual a niñas y adolescentes¹; que, según la Fiscalía General del Estado, las niñas y adolescentes menores de 14 años son las principales víctimas de abuso sexual²; que, según lo reportado por UNICEF Ecuador, el “*65% de los casos de abuso sexual fueron cometidos por familiares y personas cercanas a la víctima*”³, y “*de los familiares que abusaron, casi el 40% abusó varias veces de la misma víctima y el 14% lo hizo de manera sistemática*”⁴; que, según los datos presentados por ONU Mujeres en 2020, el 49.3% de los nacimientos en Ecuador corresponden a madres adolescentes⁵; y que, según el Ministerio de Salud Pública, en 2010, 3.864 niñas menores de 14 años fueron madres en el Ecuador, producto de violencia sexual y en el 2016, el 11% de muertes maternas en el país, correspondió a adolescentes⁶; la suscrita procura poner en relieve la importancia que los datos proporcionados representan, y que, de forma consecuente, aquello genera preocupación social a nivel nacional y precisa un análisis desde un enfoque holístico, pues las decisiones que se tomen en torno a la modificación del tipo penal sobre el aborto requieren, no solo de la configuración legislativa

¹ Informe del General Carlos Alulema, Director Nacional de la Policía Judicial, 11 de mayo de 2019. El Comercio, (12 de mayo de 2019). “En Ecuador se registran 42 denuncias diarias por violación o agresión sexual”. Extraido de <https://www.elcomercio.com/actualidad/ecuador-denuncias-abuso-sexual-menores.html>

² FGE (2017). El abuso sexual infantil en la mira de la Fiscalía, disponible en <https://www.fiscalia.gob.ec/el-abuso-sexual-infantil-en-la-mira-de-la-fiscalia/>.

³ UNICEF Ecuador. Dossier informativo sobre la campaña #AhoraQueLoVes #DiNoMás, agosto de 2017. Extraido de <https://www.unicef.org/ecuador/media/1191/file/Dossier%20informativo%20sobre%20la%20campaña%20#AhoraQueLoVes%20#DiNoMás.pdf>

⁴ *Ibid.*

⁵ ONU Mujeres. Educación, género y COVID-19, julio de 2020. Extraido de https://www2.unwomen.org/-/media/field%20office%20americas/documentos/publicaciones/2020/07/infografia_educacion_genero_y_covid.pdf?la=es&vs=3258

⁶ Ministerio de Salud Pública-Dirección Nacional de Vigilancia Epidemiológica. (2016). Muerte Materna Ecuador-Gaceta Epidemiológica.



cuyo mandato emana de la misma norma constitucional, sino además, de legitimidad que soporte tales decisiones mediante el ejercicio de la democracia deliberativa a través de los cauces que nos brinda la propia Constitución.

3. Asimismo, teniendo presente que, nuestra Constitución⁷ y pronunciamientos reiterados de la Corte Constitucional⁸ reconocen que el interés superior del niño, desde una dimensión tripartita, debe ser atendido como (i) derecho sustantivo⁹, como (ii) principio de interpretación¹⁰, y como (iii) norma procesal¹¹; la suscrita procura poner de manifiesto que todas las normas, pronunciamientos judiciales y políticas públicas que involucren la toma de decisiones sobre los derechos de los niños, niñas y adolescentes, no podrán desatender al interés superior del niño desde cada uno de sus componentes, previo a la adopción de dichas decisiones.
4. Tomando en consideración lo expuesto, expongo las razones de mi disidencia, en los siguientes términos:

II. Argumentos que conforman el voto salvado

Libertad configurativa del legislador en materia penal

5. Teniendo en cuenta el resumen de los antecedentes procesales expuestos en la sentencia de mayoría, en adelante “la sentencia o voto de mayoría”; y, en función de los argumentos vertidos en las demandas de acción pública de inconstitucionalidad, se observa que las normas cuya inconstitucionalidad se

⁷ Constitución del Ecuador “Art. 44.- *El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas. Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales.*”

⁸ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1880-14-EP/20. Párrs. 38-39; Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 2691-18-EP/21. Párr. 34

⁹ “Como derecho sustantivo, el niño tiene derecho a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y se tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño” Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 2691-18-EP/21. Pár. 34

¹⁰ “Como principio jurídico interpretativo fundamental, si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño.” Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 2691-18-EP/21. Párr. 34

¹¹ “Como norma de procedimiento, siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño, el proceso deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) que puede tener para el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requiere garantías procesales.” Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 2691-18-EP/21. Pár. 34.



impugna, son las contenidas en los artículos 149 y 150 del COIP, que prescriben lo siguiente:

"Art. 149.- La persona que haga abortar a una mujer que ha consentido en ello, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

La mujer que cause su aborto o permita que otro se lo cause, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a dos años.

Art. 150.- El aborto practicado por un médico u otro profesional de la salud capacitado, que cuente con el consentimiento de la mujer o de su cónyuge, pareja, familiares íntimos o su representante legal, cuando ella no se encuentre en posibilidad de prestarlo, no será punible en los siguientes casos:

1. *Si se ha practicado para evitar un peligro para la vida o salud de la mujer embarazada y si este peligro no puede ser evitado por otros medios.*
2. *Si el embarazo es consecuencia de una violación en una mujer que padezca de discapacidad mental".*
6. Teniendo en cuenta dicho articulado, en las demandas de inconstitucionalidad del presente caso, se pretendía que, en el numeral 2 del artículo 150 del COIP se elimine la frase “que padezca de discapacidad mental” por considerarla inconstitucional; y que, en el artículo 149 del COIP, después de la frase “una mujer que ha consentido en ello” a través del pronunciamiento de la Corte, se incluya “excepto en caso de violación, incesto, malformación grave del feto y embarazo por inseminación forzada”¹².

¹² Con base en dichas consideraciones, luego del análisis constitucional contenido en la sección V. de la sentencia objeto del presente pronunciamiento disidente, mediante decisión de mayoría se resolvió: (i) declarar la inconstitucionalidad por el fondo del artículo 150 numeral 2 en la frase “que padezca de discapacidad mental”; y, (ii) sobre la inclusión de excepciones en el tipo penal contenido en el artículo 149 del COIP, se concluyó que: a) sobre el incesto “aunque este puede constituir una forma particular de violencia sexual, en la regulación del COIP no existe, autónomamente, un delito penal de incesto. No obstante, dependiendo de las circunstancias del caso concreto, el incesto se encuentra subsumido en el tipo penal de violación establecido en el artículo 171 del COIP. Por lo que, (...) sobre la penalización de la interrupción voluntaria del embarazo en casos de violación, debe entenderse también incluidas aquellas situaciones de incesto que constituyan un delito violación sexual.”; b) respecto de la inseminación forzada que “(...) aun cuando la inseminación forzada no se encuentra específicamente tipificada en el COIP, esta conducta se enmarcaría en el delito de violación”; c) sobre la despenalización del aborto consentido en casos de malformaciones graves, se concluyó que “su establecimiento y regulación pertenece a la esfera de la libre configuración legislativa. Por la enorme complejidad del aborto eugenésico, su alcance, procedimiento, requisitos, momentos y circunstancias requieren una configuración legislativa que sea producto de una amplia deliberación democrática por parte de los representantes del pueblo, basada en criterios técnicos y de salud pública, que puedan efectivamente garantizar los derechos establecidos en la Constitución”.



7. A consideración de la suscrita, es preciso referirme al alcance de la libertad configurativa del legislador en materia penal. Dicho alcance emana de la propia Constitución, y prescribe en su artículo 132 numeral 2, que “(t)ipificar infracciones y establecer las sanciones correspondientes” es parte de las materias reservadas a la ley. En concordancia, el artículo 76.3 ibidem, consagra como garantía al debido proceso que “nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley (...).”
8. De conformidad con las disposiciones constitucionales citadas, se ha pronunciado la Corte Constitucional al señalar que, el legislador goza de una libertad configurativa, para determinar los contenidos de la producción legislativa en los aspectos sustantivos y adjetivos de las materias que competen a aquél. En materia penal, esta libertad configurativa se refleja en la competencia de diseñar el catálogo criminal, es decir, determinar las conductas punibles penalmente y sus consecuencias¹³. Así también, debe considerarse que dicha libertad no es absoluta, pues debe encausarse “dentro de los límites constitucionales, las normas vigentes”¹⁴.
9. En ese orden de ideas, si bien el legislador tiene libertad configurativa sobre los aspectos sustantivos y adjetivos que componen el orden penal ecuatoriano, de la lectura del artículo 132 numeral 2 de la Constitución se puede observar que la reserva de ley que el Constituyente prescribe al legislador, se refiere de forma particular, a la esfera sustantiva del derecho penal ecuatoriano, esto es “(t)ipificar infracciones y establecer las sanciones correspondientes”.
10. La Corte IDH, mediante la opinión consultiva OC-6/86, ha sostenido que “la reserva de ley para todos los actos de intervención en la esfera de la libertad, dentro del constitucionalismo democrático, es un elemento esencial para que los derechos del hombre puedan estar jurídicamente protegidos y existir plenamente en la realidad. Para que los principios de legalidad y reserva de ley constituyan una garantía efectiva de los derechos y libertades de la persona humana, se requiere no sólo su proclamación formal, sino la existencia de un régimen que garantice eficazmente su aplicación y un control adecuado del ejercicio de las competencias de los órganos.”¹⁵

¹³ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 6-17-CN/19. Párr. 20. Cfr. Corte Constitucional de Colombia C-746/98, párr. 2.2.

¹⁴ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 6-17-CN/19. Párr. 22; Sentencia No. 022-11-SIN-CC dentro del caso No. 0034-10-IN.

¹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. La expresión “LEYES” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Párr. 24



11. Es así que, al abordar al principio de reserva de ley en materia penal, se advierte que el contenido del mismo garantiza que las “normas de naturaleza sustantiva que determinan los comportamientos punibles y las sanciones aplicables”¹⁶ hayan sido adoptadas mediante el proceso de configuración legislativa previsto en la Constitución. En consecuencia, el principio en referencia le garantiza a la Función Legislativa la competencia para modelar cada uno los elementos que conforman la estructura de una conducta punible, a saber, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad¹⁷. Siendo la tipicidad el producto del proceso de selección de las acciones u omisiones que el legislador ha considerado como las más graves e intolerables, y que por ello que requieren ser sancionadas con una pena, por medio de su descripción en la ley penal¹⁸; en ese sentido, observamos que la tipicidad es una consecuencia del principio de legalidad. La antijuridicidad, por su lado, es el juicio negativo de valor que recae sobre un comportamiento humano que es contrario a las exigencias del resto del ordenamiento jurídico¹⁹; y, la culpabilidad, se refiere al conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica²⁰.
12. Por estas razones, el legislador, en el marco de la actividad configurativa del catálogo criminal, se encuentra facultado para regular, las causas de exclusión o graduación de cada uno de los elementos constitutivos del delito. De este modo, desde la óptica del caso que nos ocupa, el legislador cuenta también con facultad exclusiva para la regulación de las causales de justificación como excluyentes de la antijuridicidad de la conducta típica, que operan bajo un sistema de regla-excepción, que consiste en que, en el mismo cuerpo normativo de abstracciones legales que establece los delitos, se prevean circunstancias excepcionales en las que se autorice realizar un hecho que en principio se encontraba prohibido, de ese modo, bajo la causal de justificación invocada el hecho sería considerado legítimo y consecuentemente no punible.²¹
13. En ese orden de ideas, de la lectura del artículo 150 del COIP se puede advertir el tipo penal de aborto y, el mismo articulado reconoce las dos excepciones a la antijuridicidad de la conducta penal, en otras palabras, el aborto es considerado infracción excepto en los dos supuestos contenidos en los numerales 1 y 2 de dicho artículo. Por lo expuesto se puede observar que la regulación sobre dichas excepciones, que autorizarían realizar un hecho que en principio se encontraba

¹⁶ Álvares J. M. (2009). Algunos principios del derecho penal sustantivo aplicables al derecho sancionador electoral. En Cienfuegos Salgado, D. y Cifuentes Vargas, M. [Coords.] *El ilícito y su castigo. Reflexiones sobre la cadena perpetua, la pena de muerte y la idea de sanción en el derecho*. UNAM. México. ISBN. 9786077679059. Pág. 21

¹⁷ Muñoz Conde, F. (1999). Teoría General del Delito. Ed. Temis. Santa Fe de Bogotá Colombia. Pág. 4

¹⁸ Ibídem.

¹⁹ Op. Cit. Pág. 32.

²⁰ Jiménez de Asúa, L. (1958). Principios de Derecho penal, la ley y el delito. *Abelardo-Perrot*, 3. Pág. 252

²¹ Muñoz Conde, F. (1999). Teoría General del Delito. Ed. Temis. Santa Fe de Bogotá Colombia. Pág. 71



prohibido, en este caso el aborto, se encuentra en la esfera de regulación exclusiva del legislador.

14. En adición a lo expuesto, es preciso señalar que en la toma de decisiones que giren en torno a un tema de transcendencia nacional, como lo es la penalización del aborto, su configuración, sus excepciones y sanciones; al ser la Asamblea Nacional el órgano constitucionalmente facultado para “*aprobar como leyes las normas generales de interés común*”²², es precisamente el foro el que otorga las condiciones necesarias de deliberación y encuentro de posturas, a diferencia de lo que podrían ofrecer los otros poderes del Estado. Únicamente luego de dicha deliberación democrática, transparente, entre los representantes del pueblo deberían estos, a través de la configuración legislativa²³, poder modificar el contenido del tipo penal, mediante su configuración legal, con la finalidad de imponer el ejercicio del *ius puniendi* contra las conductas más graves que atentan contra los intereses más urgentes de los ciudadanos, en este caso, de quienes se encuentran en proceso de gestación.
15. De conformidad con estos criterios, este Organismo ha reiterado de forma consistente que “la configuración del tipo penal y los elementos de cada uno debe ser realizada por la vía legislativa. Es la Asamblea Nacional la que decide cómo definir en la ley penal tales categorías delictivas.”²⁴
16. Es así que, la participación democrática en los procesos de creación de las leyes penales es decisiva e imprescindible; ante lo cual queda a salvo el control de constitucionalidad que puede realizar esta Corte *ex post* sobre el producto de dicha configuración legal, pero es indudable que la forma de ley resulta ser un momento necesario²⁵, pues esta forma legal garantiza la compleja intermediación de los intereses sociales.
17. A partir de lo señalado, pese a que, en los casos 34-19-IN/21 y acumulados se demanda la inconstitucionalidad de los artículos 149 y el numeral 2 del 150 del COIP, se observa que la impugnación de dicha norma, pretende que la Corte Constitucional modifique la configuración legal del tipo penal, en lo referente a las excepciones a la antijuridicidad del aborto, sin que medie un debate democrático ni se hayan agotado las vías dialógicas que legitimen el cambio

²² Constitución. Artículo 132.

²³ Cfr. Köhler, M. (1997). Strafrecht, Allgemeiner Teil, Heidelberg. Pág. 73 “*La forma de ley sirve con ello, por un lado para la regulación armónica, predecible de complejas relaciones jurídicas interpersonales (sociales): la función de racionalidad de la ley. Por otro lado, la ley garantiza, según su idea, de la mejor manera posible la realización de la voluntad jurídica general en la medida en que se base en una relación de intermediación representativa de la voluntad desde el momento de la formación del Legislativo hasta el procedimiento legislativo: la función de autodeterminación o de legitimación de la ley*”.

²⁴ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 5-13-IN/19. Párr. 68.

²⁵ Abanto Vásquez, M. A. (2003). Principio de reserva de la ley penal versus autoritarismo estatal. Revista Peruana de Ciencias Penales (13).



propuesto, asimismo, se desatiende la reserva de ley que prescribe la Constitución para determinar las conductas que constituyen delitos²⁶.

Falta de agotamiento de vías dialógicas

18. Por lo indicado anteriormente, en la sentencia de mayoría, no podría desconocerse la relevancia nacional del tema que nos ocupa, y que su análisis requiere de la participación de la ciudadanía, mediante los variados cauces dialógicos que se prevén en nuestro ordenamiento jurídico y que ocupan un espacio fundamental en la deliberación democrática²⁷ que anteceda a la toma de las decisiones referidas.
19. Aquello parte de que “el derecho constitucional se configura a partir de interacciones que surgen de una perspectiva dialógica o deliberativa entre diversos actores”²⁸ entre estos, está el gobierno central, la Asamblea Nacional, los tribunales que resuelven sobre derechos constitucionales, las reivindicaciones de los movimientos sociales, las minorías cualitativas y cuantitativas, los partidos políticos, entre otros actores sociales. “Estos actores tienen conjuntamente la responsabilidad de hacer cumplir las normas constitucionales y de contribuir a configurar el significado del derecho constitucional. El constitucionalismo contemporáneo debe ser sensible o receptivo a estas instancias porque de esta interacción depende, en últimas, su legitimidad”²⁹; en ese sentido, es fundamental la participación de los diversos actores sociales en el marco de las instituciones democráticas y límites previstos en la Constitución.
20. Por otro lado, aquello se puede observar del lugar privilegiado que la propia Constitución otorga al ciudadano en su artículo primero, el cual establece que

²⁶ Entre los países que han regulado la excepciones al aborto o su despenalización a través del proceso legislativo reconocido en su normativa interna, se encuentran, entre otros: **Argentina** mediante la Ley No. 27.610 del 30 de diciembre de 2020; **Bolivia**, mediante su Código del Sistema Penal del 15 de diciembre de 2017; **Chile**, mediante la Ley No. 21.030, del 23 de septiembre del 2017, que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales; **Paraguay**, mediante la Ley 1.160, Código Penal, que establece que el aborto no es penalizado en los casos que estén en peligro la vida o la salud de la madre, artículo 352; **Perú**, mediante Decreto Legislativo 635, que contiene su Código Penal que establece que el aborto terapéutico no es penalizado si es practicado por un médico con el consentimiento de la mujer embarazada o de su representante legal, cuando es el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar dañar su salud; **Costa Rica**, mediante Ley 4.573, Código Penal, que establece en el artículo 121 del Código Penal, que el aborto sólo está permitido en caso de peligro para la vida o la salud física o mental de la mujer.

²⁷ Cfr. Gargarella, R. (2012). La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial (No. 3). Corte Constitucional del Ecuador para el Período de Transición. Pág. 177-178. “La concepción «dialógica» de la democracia parte de la idea de que un sistema político valioso es aquel que promueve la toma de decisiones imparciales, esto es, decisiones que no resultan sesgadas indebidamente en beneficio de alguna persona o grupo, sino que tratan a todos con igual consideración.”

²⁸ García Jaramillo, L. (2015). ¿Cómo pensar hoy la tensión entre constitucionalismo y democracia? Una perspectiva desde el constitucionalismo democrático. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, 60(2), 67-95. Pág. 69

²⁹ Ibidem.



“La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución”.

21. En ese orden de ideas, en nuestro ordenamiento jurídico se proponen una serie de prácticas que promueven el diálogo y el involucramiento por parte de la ciudadanía en la toma de decisiones sobre la regulación de sus derechos³⁰. Es así que, la aparición de tales instancias como la iniciativa legislativa de la ciudadanía³¹, así como las audiencias públicas celebradas en el ámbito jurisdiccional³² o legislativo³³, representan “la promesa de un proceso de toma

³⁰ Vargas Murillo, A. R. (2020). Activismo judicial dialógico como propuesta de superación de la objeción democrática al control de constitucionalidad. Revista de la Facultad de Derecho, (49). Pág. 8. “Este modelo pretende conciliar la labor de los jueces en la defensa de los derechos fundamentales y la participación ciudadana, en tanto los primeros deben asegurar las condiciones (en términos sustanciales y formales) para discusión pública entre los ciudadanos y los órganos estatales, así como la discusión entre los órganos constituidos, convirtiendo al diálogo en el criterio de legitimidad. Este modelo que tiene como origen las teorías de la democracia deliberativa, ha sido denominado como “constitucionalismo dialógico”.

³¹ Constitución Art. 103. “La **iniciativa popular normativa** se ejercerá para proponer la creación, reforma o derogatoria de normas jurídicas ante la Función Legislativa o cualquier otro órgano con competencia normativa. Deberá contar con el respaldo de un número no inferior al cero punto veinte y cinco por ciento de las personas inscritas en el registro electoral de la jurisdicción correspondiente. (...) Para la presentación de propuestas de reforma constitucional se requerirá el respaldo de un número no inferior al uno por ciento de las personas inscritas en el registro electoral. En el caso de que la Función Legislativa no trate la propuesta en el plazo de un año, los proponentes podrán solicitar al Consejo Nacional Electoral que convoque a consulta popular, sin necesidad de presentar el ocho por ciento de respaldo de los inscritos en el registro electoral (...).” (énfasis añadido)

³² LOGJCC. Art. 12.“Comparecencia de terceros.- Cualquier persona o grupo de personas que tenga interés en la causa podrá presentar un escrito de amicus curiae que será admitido al expediente para mejorar resolver hasta antes de la sentencia. De creerlo necesario, la jueza o juez podrá escuchar en audiencia pública a la persona o grupo interesado. Podrán también intervenir en el proceso, en cualquier estado de la causa, como parte coadyuvante del accionado, cualquier persona natural o jurídica que tuviere interés directo en el mantenimiento del acto u omisión que motiva la acción constitucional.” (énfasis añadido)

³³ Art. 87. “Audencia.- Cualquier interviniente dentro del proceso constitucional o cualquiera de los jueces de la Corte puede solicitar que se convoque una audiencia pública ante el Pleno, para que quien hubiere expedido la norma o participado en su elaboración, y el demandante, expongan, clarifiquen, sustenten y profundicen los argumentos de hecho y derecho en que sustentan su pretensión, que será aceptada siempre que la jueza o juez ponente lo considere necesario. De manera excepcional se podrá invitar a la audiencia a otros intervinientes dentro del proceso constitucional, cuando resulte necesario para realizar un análisis completo del proceso. La invitación deberá permitir la diversidad de criterios y pareceres, de haberlos. Esta audiencia se podrá solicitar hasta cinco días después de vencido el término para recabar información, en caso de haberse solicitado, o de las intervenciones públicas y oficiales y se realizará hasta cinco días después de haber sido solicitada.”

³⁴ Constitución Art. 137. “El proyecto de ley será sometido a dos debates. La Presidenta o Presidente de la Asamblea Nacional, dentro de los plazos que establezca la ley, ordenará que se distribuya el proyecto a los miembros de la Asamblea y se difunda públicamente su extracto, y enviará el proyecto a la comisión que corresponda, que iniciará su respectivo conocimiento y trámite. Las ciudadanas y los ciudadanos que tengan interés en la aprobación del proyecto de ley, o que consideren que sus derechos puedan ser afectados por su expedición, podrán acudir ante la comisión y exponer sus argumentos. (...).” (énfasis añadido)



de decisiones más genuinamente vinculado con las expectativas ciudadanas”³⁴ y en ese sentido, “la deliberación colectiva es, (...), la fuente última de legitimidad del derecho constitucional, que requiere de instituciones que permitan al pueblo involucrarse en la creación del derecho.”³⁵

22. Por lo expuesto, a consideración de la suscrita, los criterios desarrollados en el presente voto salvado, ponen de manifiesto que, ante un asunto de trascendencia nacional, como el sujeto a análisis, debe de procurarse la obtención de una decisión que sea producto del diálogo y la deliberación democrática desde las vías que reconoce nuestro ordenamiento jurídico, cuyo agotamiento no se devela de la decisión de mayoría. En virtud de lo manifestado, expongo la necesidad de facilitar e institucionalizar el diálogo entre poderes y de estos con la ciudadanía, que se ejerzan competencias de forma legítima y que es necesario que las excepciones a la antijuridicidad del aborto sean tratadas habiéndose agotado toda las instancias que comprendan el diálogo e involucramiento de la ciudadanía y poderes del Estado, lo que no puede ser sustituido por una demanda de inconstitucionalidad que pretende modificar la configuración sustantiva de un delito con excepciones que no han sido previstas ni tratadas siquiera por el órgano legislativo.

III. Cuestiones sin resolver

La vida y los tratados internacionales de derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

23. De la lectura del análisis de proporcionalidad contenido en la sección V. de la sentencia, se observa que, en el párr. 120, se cita al numeral 6 del artículo 11 de la Constitución, el cual prescribe que “*los derechos, (...) son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía*” y, en razón de ello, se enfatiza en que “*no existen derechos de mayor o menor importancia en cuanto al respeto a la dignidad humana que los fundamenta*”.
24. A continuación, en el párrafo 121 de la sentencia de mayoría, se cita al caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica* en el cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos (“Corte IDH”) interpreta el artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (“CADH”) y establece en la citada jurisprudencia internacional, que el derecho a la vida conforme se encuentra contemplado en la CADH, no debe entenderse como un derecho absoluto,

³⁴ Gargarella, R. (2013). El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos. *Revista Argentina de Teoría Jurídica*. Vol. 14, n. 2.(dic. 2013). ISSN: 1851-684X. Pág. 25

³⁵ Niembro Ortega, R. (2017). La justicia constitucional de la democracia deliberativa. Pág. 175. El autor además indica que “*Esto no significa que los jueces se limiten a reflejar los desarrollos sociales, sino que participan en un debate social sobre el significado de la Constitución, condición necesaria de la democracia. Desde esta perspectiva, el Tribunal está en un diálogo permanente con la cultura política, de la que no puede alejarse demasiado si es que quiere evitar una crisis*”.



además señala que el término “*general*” permitiría establecer excepciones, que deberán desarrollarse en el ordenamiento interno de cada Estado Parte.

25. No obstante, en atención a la aplicación de dicha sentencia en el pronunciamiento de mayoría³⁶, a consideración de la suscrita es de suma importancia que se tome en cuenta lo siguiente: (i) que dicho pronunciamiento de la Corte IDH, se realizó en el contexto de un caso que se refiere a la fecundación in vitro, y en ningún sentido se abordaron las excepciones a las que se refiere la sentencia de mayoría, respecto a la regulación del aborto en casos de violencia sexual; y que, (ii) La sentencia de mayoría, en la formulación del acápite “*La protección del nasciturus y el derecho a la integridad de las niñas, adolescentes y mujeres víctimas de violencia sexual como derechos constitucionales jerárquicamente iguales, indivisibles e interdependientes*” desarrolla ampliamente “*el derecho a la integridad de las niñas, adolescentes y mujeres víctimas de violencia sexual*” sin embargo, no se advierte que le conceda un espacio de desarrollo equivalente, al derecho a la vida, al contrario su referencia es meramente enunciativa³⁷. Por lo que, consecuentemente, del análisis elaborado en dicha sección, aplicando los criterios de la jurisprudencia³⁸ citada, no permite concluir de qué forma, no se minimiza o subordina todo lo referente al “*derecho a la vida*” en contraste con los derechos mencionados. Es así que, la perspectiva de análisis del caso por la que se opta en la sentencia de mayoría, tiene un efecto práctico muy relevante, puesto que conduce, en última instancia, a reducir la protección del “*derecho a la vida*”.
26. Desde la óptica expuesta, debido a la necesidad de análisis sobre el derecho a la vida en la sentencia de mayoría, vale precisar que de acuerdo con el derecho internacional en materia de derechos humanos y en especial de los instrumentos internacionales incorporados en el bloque de constitucionalidad³⁹ ecuatoriano, la

³⁶ El cual concluyó, a partir de la interpretación realizada por la Corte IDH del art. 4.1 que señala que el derecho a la vida no es absoluto y su protección no puede “*justificar la negación total de otros derechos*”, debe modificarse el tipo penal contenido en el artículo 150 del COIP, eliminando la frase “*que padezca de discapacidad mental*”.

³⁷ Pár. 116 y 117 de la sentencia objeto del presente voto salvado.

³⁸ “*(...) el objeto y fin del artículo 4.1 de la Convención es que no se entienda el derecho a la vida como un derecho absoluto, cuya alegada protección pueda justificar la negación total de otros derechos. (...) Es decir, en aplicación del principio de interpretación más favorable, la alegada “protección más amplia” en el ámbito interno no puede permitir, ni justificar la supresión del goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella*”. (énfasis añadido) Corte IDH, Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C No. 257, pár. 258-259

³⁹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-067/03 de 4 de febrero de 2003. En ese sentido, es pertinente reiterar en qué consiste el bloque de constitucionalidad. Al respecto la Corte Constitucional de Colombia ha señalado que, de forma general, es aquella unidad jurídica compuesta “*por normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar*



suscrita advierte que los mismos reconocen la facultad que tiene cada Estado parte para regular la forma de protección y el ejercicio del derecho a la vida, ajustados a su normativa constitucional y legal interna, procurando velar por no vaciar su contenido.

27. Tomando en cuenta lo indicado, resulta pertinente exponer ciertas precisiones sobre la actual regulación del derecho a la vida en nuestro ordenamiento jurídico. En tal virtud, se observa que el Constituyente⁴⁰ contempló la protección de este derecho a favor del *nasciturus* en el artículo 45 y en el numeral primero del artículo 66 de la Constitución y, le otorgó al mismo, la calidad de titular del derecho en los siguientes términos:

“Art. 45.- Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción (...).” (énfasis añadido)

Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas:

*1. El derecho a la inviolabilidad de la vida. (...).”*⁴¹

28. Asimismo, se puede observar la forma en la que se encuentra consagrado el derecho a la vida en el plano internacional, tanto en el sistema universal como en el interamericano, en razón de los instrumentos internacionales que se encuentran ratificados por el Ecuador.

29. De lo expuesto, se puede advertir que, en el marco normativo básico del sistema universal sobre el derecho a la vida, se establece en el primer numeral del artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que *“1. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.”* (énfasis añadido)

de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional strictu sensu”.

⁴⁰ Asamblea Constituyente. Acta No. 050 del 12 de mayo de 2008. Págs. 74 y ss. La despenalización del aborto fue un asunto ampliamente discutido de entre los asambleístas constituyentes, habiendo posturas que, por un lado argumentaban que debía asegurarse el derecho a la vida desde la concepción sin excepciones y otras que sostienen que aquello abría la posibilidad para el desconocimiento del aborto terapéutico, lo cual conllevaría el aumento de las tasas de mortalidad materna y a empeorar la situación de la salud de las mujeres ecuatorianas, en ese sentido proponían que se establezcan excepciones.

El texto constitucional que se aprobó finalmente, reconoce el derecho a la vida tal como constaba en la Constitución de 1998, y lo manifiesta de la siguiente forma en el artículo 66, numeral 1: *“El derecho a la inviolabilidad de la vida. No habrá pena de muerte”*. A su vez, En la sección de la niñez y la adolescencia se aprobó el siguiente artículo 45 *“El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción”*.

⁴¹ Es así que se puede identificar que, el bien jurídico protegido por el legislador en la norma penal contenida en los artículos 149 y 150 del COIP, es el derecho a la vida. Cfr. Vásquez, M. A. A. (2006). Acerca de la teoría de bienes jurídicos. Revista Penal, (18), 3-44. Pág. 16-17.

30. Por otro lado, el Comité de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en el Comentario General realizado sobre el artículo citado del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señaló, entre otras cosas, que: “*La expresión ‘el derecho a la vida es inherente a la persona humana’ no puede entenderse de manera restrictiva y la protección de este derecho exige que los Estados adopten medidas positivas.* A este respecto, el Comité considera que sería oportuno que los Estados Partes tomaran todas las medidas posibles para disminuir la mortalidad infantil y aumentar la esperanza de vida, en especial adoptando medidas para eliminar la malnutrición y las epidemias.”⁴². (énfasis añadido)
31. En concordancia con lo indicado, la Convención sobre los Derechos del Niño establece en su preámbulo la necesidad de protección del niño “*tanto antes como después del nacimiento*” y, en el primer artículo de dicha convención, dentro de la definición de “niño”, el mismo se puede encontrar contenido en el período previo a su nacimiento, pues prescribe que: “*Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.*”⁴³ (énfasis añadido)
32. En el mismo sentido, la CADH reconoce en su artículo 4.1, que “toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”. (énfasis añadido)
33. Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (“Corte IDH”) interpretó el artículo 4.1. de la CADH, en el caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica*, conforme lo indicado en el párrafo 31 *ut supra*, y estableció que “*el objeto y fin del artículo 4.1 de la Convención es que no se entienda el derecho a la vida como un derecho absoluto, cuya alegada protección pueda justificar la negación total de otros derechos*”.

⁴² Observación General No. 6, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 6 - Derecho a la vida, 16º período de sesiones U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 143 (1982).

⁴³ Cabe señalar que en los trabajos preparatorios de la Convención, la omisión anotada fue deliberada, pues se consideró que debía quedar en mano de los Estados Partes la discreción para adoptar, de conformidad con sus valores, una definición de lo que es un niño, que se extiende, por consiguiente, a un concepto de vida protegido por la Convención.

De acuerdo con los anteproyectos de la Convención, el primero de ellos se sustraía de dar una definición de “niño” y uno posterior lo definía como todo ser humano desde el nacimiento hasta la edad de los dieciocho. Existió una tercera propuesta para que se defiriera niño desde el momento de la concepción, pero esta también fue rechazada. Finalmente, ante las divergencias, se soslayó el tema. Lo anterior de acuerdo con los documentos preparatorios de la Convención E/CN.4/1349 y E/CN.4/1989/48 Citado en: Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Normativa, Jurisprudencia y Doctrina de los Sistemas Universal e Interamericano. Pág. 804.



34. A consideración de la suscrita, la interpretación que antecede, en concordancia con el contenido literal del artículo 4.1. de la CADH guarda armonía con la protección que el Constituyente ecuatoriano le ha concedido al derecho a la vida en sus artículos 45 y 66 numeral primero, a partir de los cuales se despliega el resto del ordenamiento legal interno. Desde esa óptica, específicamente, sobre la regulación interna penal, que atañe a la protección del derecho a la vida del nasciturus; de la misma norma constitucional emana la facultad de la Asamblea Nacional, para configurar de forma especial y reservada, entre otros, el tipo penal del aborto, y en ese sentido establecer las sanciones correspondientes. Es por ello, que la Corte Constitucional tampoco podría desconocer dichas facultades, pues tanto nuestra Constitución en su artículo 132 numeral 1, como la CADH en su artículo 4.1, remiten ese debate a la configuración legislativa, debiendo procurar, encausarse “dentro de los límites constitucionales, las normas vigentes”⁴⁴; lo que indiscutiblemente nos lleva a la necesidad de la deliberación democrática expuestas en párrafos precedentes.
35. Cabe añadir que, nuestra Constitución, en su artículo 44, establece que debe atenderse el interés superior del niño y que sus derechos prevalecerán sobre las demás personas y que este principio, como lo ha reconocido esta Corte obliga a que todas las normas, pronunciamientos judiciales y políticas públicas que involucren la toma de decisiones sobre los derechos de los niños, niñas y adolescentes, deben atender dicho principio como derecho sustantivo, norma procesal y principio de interpretación, previo a la adopción de dichas decisiones⁴⁵. De la sentencia de mayoría no se devela justificación o explicación alguna relacionada a la prevalencia de los derechos del niño ni tampoco atiende el interés superior del niño en sus componentes; cuando precisamente los derechos de los niños, niñas y adolescentes se encuentran en juego, no únicamente respecto del nasciturus sino también respecto de todos los niños, niñas y adolescentes que pueden verse involucrados en procesos o infracciones de aborto y/o violación sea como víctimas o adolescentes infractores.

Dificultad de llevar el feto a término

36. En atención a la sección VI, sobre los efectos de la sentencia aprobada por mayoría, resulta preocupante que, por un lado, se reconozca que “la interrupción del embarazo en casos de violación requiere de una legislación que fije los límites objetivos y técnicos dentro de los cuales puede ser efectuada legalmente, lo que incluye la fijación de un tiempo máximo de gestación permitido (semanas)”⁴⁶ y que por otro lado, se establezca que el proyecto de dicho marco regulatorio deberá ser remitido por parte del Defensor del Pueblo a la Asamblea Nacional en el plazo máximo de 2 meses contados desde la notificación de la

⁴⁴ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 6-17-CN/19. Párr. 22; Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 022-11-SIN-CC dentro del caso No. 0034-10-IN.

⁴⁵ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 2691-18-EP/21.

⁴⁶Parrafo 194 literal c) de la sentencia objeto del presente voto salvado.



sentencia y consecuentemente “se[a] conocido y discutido (...) por la Asamblea Nacional dentro del plazo máximo de 6 meses contado desde la presentación del proyecto de ley”⁴⁷. En otras palabras, durante más de ocho meses desde la notificación de la sentencia referida, se podrá acceder al aborto consentido en casos de violación sin contar con claridad respecto del tiempo máximo para la interrupción del embarazo, desconociendo el derecho a la vida del *nasciturus* en razón del avance de su desarrollo⁴⁸, pudiendo aquello, incluso provocar severas repercusiones en la vida y la salud de las mujeres gestantes.

37. En tal sentido, a consideración de la ponente de este voto salvado, debe de tenerse en cuenta que el tiempo de gestación biológicamente dura un tiempo limitado que, en muchos casos, se encontrará contenido en su totalidad, dentro del período de ausencia de norma regulatoria, lo que podría acarrear, graves vulneraciones al *nasciturus* que cuente con viabilidad fetal⁴⁹, cuya protección equivale a la de una vida humana; así como, vulneración del derecho a la salud y a la integridad física de la mujer gestante.
38. En razón de lo evidenciado, reitero, una vez más, la necesidad de configuración legislativa en los términos desarrollados en el presente pronunciamiento y la necesidad de que se agote el debate democrático con participación de sectores de la ciudadanía y poderes del Estado para dirimir las tensiones que se han puesto de manifiesto, entre el principio de legalidad, el derecho a la vida, el interés superior del niño así como la legitimidad de las normas que tengan un impacto en el tipo delictivo y la pena, pues la deliberación colectiva es, la fuente última de legitimidad del derecho constitucional, que requiere de instituciones que permitan al pueblo involucrarse en la creación del derecho.

Tensiones con el debido proceso penal

⁴⁷ Párrafo 195 de la sentencia objeto del presente voto salvado.

⁴⁸ En un sinnúmero de legislaciones se regula de forma expresa la regla general del tiempo máximo para interrumpir el embarazo de forma consentida. Algunos ejemplos los podemos observar en **Italia** y **Austria** donde se puede interrumpir el embarazo hasta el primer trimestre de gestación; en **Chile**, **Ciudad de México**, **Cuba**, **Francia**, **Alemania**, **Bélgica**, **Bulgaria**, **Dinamarca**, **Finlandia**, **Noruega**, **Polonia**, **Rusia** hasta las 12 semanas; en **España** y en **Argentina** hasta las 14 semanas.

⁴⁹ “**Aborto:** La Organización Mundial de la Salud define el aborto como la interrupción del embarazo cuando el embrión o feto todavía no es viable fuera del vientre materno (ver Viabilidad fetal). Después de la viabilidad, la interrupción del embarazo se considera inducción de parto prematuro. Si la intención es la eliminación del feto se considera aborto tardío (late-term abortion). Aborto en sentido jurídico es toda maniobra destinada a interrumpir el embarazo impidiendo que llegue al término natural, con destrucción o muerte del producto.

Viabilidad fetal: Es la edad gestacional a partir de la cual es posible la vida extrauterina. La OMS define este límite en las 20 semanas de edad gestacional (18 semanas después de la fecundación), o en más de 400 grs. si la edad gestacional es desconocida. Sin embargo, el límite de viabilidad depende del progreso médico y tecnológico, estando actualmente en torno a las 23 semanas de gestación o en 500 gr. de peso al nacer.” Astete, C., Beca, J. P., & Lecaros, A. (2014). Propuesta de un glosario para la discusión del aborto. Revista médica de Chile, 142(11), 1449-1451.

39. La sentencia de mayoría postula que “En ningún caso, se podrá penalizar la interrupción voluntaria del embarazo por el hecho de que no exista una sentencia condenatoria ejecutoriada por el delito de violación. Al respecto, esta Corte considera que tal exigencia forzada constituiría un requisito que, en la práctica, promovería la maternidad forzada de las víctimas, pues mientras la gestación biológicamente dura un tiempo limitado, el proceso penal atraviesa una serie de etapas y cuenta con varias instancias que superan el tiempo de gestación. Por lo que, para tales efectos, deberá considerarse otras opciones como, por ejemplo, denuncia penal, examen médico o declaración jurada, mismas que deberán ser apropiadamente reguladas por el legislador”⁵⁰.
40. Al respecto, debe de tomarse en consideración que la aplicación de la excepción a la punibilidad de la conducta del aborto de acuerdo al numeral 2 del artículo 150 del COIP, se encuentra legalmente condicionada al cometimiento del delito de violación, la decisión de mayoría, sin desarrollar una debida ponderación, crea una especie de fórmulas de prueba por medio de las cuales es posible acreditar la existencia de un delito, produciendo una importante tensión con las normas del debido proceso penal.
41. Estas alternativas dadas en el voto de mayoría además están sujetas a una regulación posterior; lo cual agrava su posibilidad de aplicación pues debe de tenerse en cuenta que, durante el período de ausencia de norma regulatoria de más ocho meses, habrá incertidumbre sobre los medios y la forma de probar el delito de violación, como condicionante para acceder al aborto; incidiendo negativamente en la seguridad jurídica y en la certeza jurídica que debe regir la aplicación del derecho penal para los ciudadanos y en general los operadores de justicia.
42. En mérito de las razones expuestas, esto es, en consideración de que el voto de mayoría contraviene el principio de reserva de ley sustantiva en materia penal, no agota las vías dialógicas que exige la deliberación y construcción democrática del Derecho, y origina una importante tensión con el derecho a la vida, a la seguridad jurídica en lo que concierne a las normas del debido proceso penal, a la dificultad de llevar el feto a término y a la ponderación del principio de interés superior de niñas, niños y adolescentes, decidí salvar mi voto.

HILDA TERESA Firmado digitalmente
NUQUES por HILDA TERESA
MARTINEZ NUQUES MARTINEZ
Fecha: 2021.04.29
10:02:50 -05'00'

Dra. Teresa Nuques Martínez
JUEZA CONSTITUCIONAL

⁵⁰ Párrafo 194 literal a) de la sentencia objeto del presente voto salvado.



Razón.- Siento por tal que el voto salvado de la Jueza Constitucional Teresa Nuques Martínez, en la causa 34-19-IN, fue presentado en Secretaría General el 29 de abril de 2021, mediante correo electrónico a las 08:17; y, ha sido procesado conjuntamente con la Sentencia.- Lo certifico.

AIDA
SOLEDAD
GARCIA
BERNI
Dra. Aída García Berni
SECRETARIA GENERAL

Firmado
digitalmente
por AIDA
SOLEDAD
GARCIA BERNI

El Matrimonio es un contrato solemne



Revista Derecho del Estado
ISSN: 0122-9893
Universidad Externado de Colombia

BENAVIDES ORDÓÑEZ, JORGE; ESCUDERO SOLIZ, JHOEL
Control concreto de constitucionalidad y matrimonio civil igualitario en Ecuador**
Revista Derecho del Estado, núm. 47, 2020, Septiembre-Diciembre, pp. 145-175
Universidad Externado de Colombia

DOI: <https://doi.org/10.18601/01229893.n47.05>

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=337665974005>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica Redalyc
Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

JORGE BENAVIDES ORDÓÑEZ* Y JHOEL ESCUDERO SOLIZ**

**Control concreto de constitucionalidad
y matrimonio civil igualitario
en Ecuador*****

**Concrete control of constitutionality
and the same sex civil marriage
in Ecuador**

RESUMEN

El artículo trata sobre el reconocimiento constitucional del matrimonio entre parejas del mismo sexo en Ecuador. Para ello estudia los contenidos fácticos, jurídicos e interpretativos de las sentencias 010-18-CN y 011-18-CN, expedidas por la Corte Constitucional de Ecuador. Resalta al respecto la importancia que suponen las decisiones constitucionales que plantean una transformación en la interpretación constitucional, la cual tradicionalmente había adjudicado respuestas jurídicas, ya fuera a casos fáciles o difíciles, sobre la base de una interpretación literal. Propone así, en lugar de esta última, una construcción progresiva de la toma de decisiones constitucionales desde una dimensión dinámica e integral que atienda efectivamente a la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos. Finalmente, el estudio muestra los desacuerdos interpretativos atinentes a los casos examinados, analizando las razones por las cuales se reconoció este derecho vía control de constitucionalidad y no a través de una reforma a la Constitución.

* Doctor en Derecho Constitucional Universidad de Sevilla. Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad UTE, Quito. Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Andina Simón Bolívar, Quito. Contacto: jorgei.benavides@ute.edu.ec ORCID: 0000-0001-7496-891X.

** Doctor en Derecho por la Universidad Andina Simón Bolívar. Vicerrector del Instituto de Altos Estudios Nacionales (Quito, Ecuador). Profesor de Derecho Constitucional. Contacto: jhoel.escudero@iaen.edu.ec –marlin99x@gmail.com ORCID ID: 0000-0002-4776-6615.

*** Recibido el 19 de noviembre de 2019, aprobado el 12 de junio de 2020.

Para citar el artículo: BENAVIDES ORDÓÑEZ J. y ESCUDERO SOLIZ, J. *Control concreto de constitucionalidad y matrimonio civil igualitario en Ecuador*. En *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia. N.º 47, septiembre-diciembre de 2020, 145-175.

doi: <https://doi.org/10.18601/01229893.n47.05>

PALABRAS CLAVE

Corte Constitucional, control concreto de constitucionalidad, sentencias constitucionales, interpretación constitucional, bloque de constitucionalidad, matrimonio entre personas del mismo sexo.

ABSTRACT

The article is about the constitutional recognition of same-sex marriage in Ecuador. Study, in this sense, the factual, legal and interpretative contents developed by sentences 010-18-CN and 011-18-CN, issued by the Constitutional Court of Ecuador. Thus, the importance of constitutional decisions that pose a transformation in constitutional interpretation, which has traditionally been adjudicating legal responses to easy or difficult cases from the literal interpretation, and instead proposes, a progressive construction of the decision-making process is highlighted. Constitutional decisions, from a dynamic and integral dimension based on the Constitution and the International Human Rights Instruments. Finally, the study shows the interpretative disagreements pertaining to the case, analyzing the reasons why this right was recognized via constitutionality control and not through amendment of the Constitution.

KEYWORDS

Constitutional Court, Concrete constitutional control, Constitutional sentences, Constitutional interpretation, Constitutional block, Same sex marriage.

SUMARIO

Introducción. 1. El control de constitucionalidad en Ecuador. 2. Análisis del Caso 11-18-CN, que permite el matrimonio civil igualitario con efecto *inter partes*. 2.1. Hechos del caso. 2.2. La importancia del derecho internacional de los derechos humanos para el constitucionalismo ecuatoriano. 2.3. Derecho a la igualdad. 2.4. Libre desarrollo de la personalidad. 3. Análisis del Caso 10-18-CN, que permite el matrimonio civil igualitario con efectos generales. 3.1. Hechos del caso. 3.2. La interpretación constitucional: la literalidad e intencionalidad frente a la comprensión integral y dinámica de la Constitución. 3.3. Derecho a la igualdad y los tipos de democracia aplicados a la sentencia del matrimonio entre parejas del mismo sexo. 3.3.1. El rol de la democracia en el caso del matrimonio igualitario. 3.3.2. El derecho a la igualdad. 3.3.3. La incidencia de la Opinión Consultiva OC-24/17 en el bloque de constitucionalidad de la Constitución de Ecuador. 4. Balance crítico de las sentencias: mutación o reforma, interpretación literalista o sistemática. Conclusiones. Referencias.

INTRODUCCIÓN

El reconocimiento del derecho a contraer matrimonio entre parejas del mismo sexo es una exigencia del Estado constitucional y democrático de nuestros días. Varios Estados así lo han reconocido, sea por la vía de la intervención de sus altas cortes –tal es el caso de Colombia o Estados Unidos–, sea por medio de la actuación del Parlamento –y este es el caso de Argentina o España–; o, incluso, por medio del ejercicio de instrumentos de democracia directa –como ocurrió con el referéndum en Irlanda–, aunque la aprobación por esta vía ha sido la excepción. En cualquier caso, lo importante del reconocimiento es que ha permitido poner fin a una discriminación injustificada, sobre la base de una categoría sospechosa como es la opción sexual. De ahí que una constante esgrimida para el reconocimiento haya sido que la imposibilidad de poder contraer matrimonio entre parejas del mismo sexo atenta, entre otros derechos, contra la igualdad y la autonomía, concretizada esta en el libre desarrollo de la personalidad. En consecuencia, existen suficientes razones, que sobrepasan las jurídicas, para garantizar el matrimonio a parejas del mismo sexo.

Por otro lado, generalmente las disposiciones que desarrollan la institución del matrimonio han sido de tipo legal, es decir que en el texto constitucional lo único que se hace es garantizar el derecho de las personas a contraer matrimonio, sin que se entre a establecer mayores detalles; sin embargo, el texto constitucional ecuatoriano de 2008 presenta una singularidad, en la medida en que en el artículo 67 establece que el matrimonio es entre un hombre y una mujer. Dicha regulación, por tanto, en principio daría cuenta de que el poder para contraer matrimonio es un derecho reconocido, exclusivamente, a parejas de distinto sexo, lo cual entraría en conflicto con una interpretación integral de la Constitución, así como de los instrumentos internacionales de derechos humanos.

El presente artículo trata sobre el reconocimiento constitucional, vía justicia constitucional, del matrimonio entre parejas del mismo sexo en Ecuador. Estudia, por tanto, los contenidos fácticos, jurídicos e interpretativos desarrollados por las sentencias 010-18-CN y 011-18-CN, expedidas por parte de la Corte Constitucional de Ecuador. Así, se resalta la importancia que suponen las decisiones constitucionales que plantean una transformación en la interpretación constitucional, la cual venía tradicionalmente adjudicando respuestas jurídicas a casos fáciles o difíciles desde la interpretación literal, y en su lugar propone una construcción progresiva de la toma de decisiones constitucionales, desde una dimensión dinámica e integral a partir de la Constitución y de los instrumentos internacionales de derechos humanos. Finalmente, el estudio muestra los desacuerdos interpretativos atinentes a los casos, analizando las razones por las cuales se reconoció este derecho vía control de constitucionalidad y no a través de una reforma a la Constitución.

1. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN ECUADOR

La Constitución de Ecuador de 2008 contempla un profuso sistema de control constitucional, el cual garantiza la supremacía, así como la fuerza normativa de la Constitución y los derechos. En este sentido, el constituyente, por un lado, estableció un control abstracto, el cual en su modalidad previa va dirigido, por ejemplo, a las consultas populares, así como a los tratados internacionales; en tanto que la modalidad posterior supone el control de constitucionalidad de, por ejemplo, la ley, los actos administrativos de efectos generales o los estados de excepción (art. 436). Por otro lado, el control concreto faculta a los jueces para que con motivo del conocimiento de una causa, y ante la duda motivada y razonable de que una disposición infraconstitucional pueda resultar contraria al texto constitucional, suspendan la causa y eleven consulta ante la Corte Constitucional. Dicha consulta puede ser realizada de oficio por el juez o a solicitud de parte (art. 428). De la lectura de la normativa tanto constitucional como legal¹ daría la impresión de que estamos, en principio, frente a una modalidad de control mixto, en la medida en que, a la par del control concentrado llevado a cabo por la Corte Constitucional, los jueces podrían inaplicar disposiciones contrarias al texto constitucional². En efecto, la posibilidad de que el juez consulte a la Corte operaría ante la duda motivada y razonable, en consecuencia, por el principio de aplicación directa de la Constitución (art. 11.3); mientras que cuando un juez no tenga duda estaría facultado para dejar de aplicar aquella disposición que a su criterio sea inconstitucional. Sin embargo, la posibilidad de inaplicación por parte de los jueces fue impedida por la propia Corte en varias sentencias expedidas en el año 2013^[3], en las cuales señala, entre otras cosas, la facultad exclusiva de la Corte para realizar control constitucional, transformando así dicho control, en Ecuador, en un control exclusivamente concentrado. De este modo, los jueces no tienen, a partir de los señalados pronunciamientos de la Corte, posibilidad alguna de inaplicar una disposición que con motivo del conocimiento de una causa consideren contraria a la Constitución. De ahí que los jueces, en virtud del principio de aplicación directa de la Constitución, puedan proceder a aplicar directamente las disposiciones constitucionales cuando exista un vacío o se presente alguna ambigüedad normativa, pero no

1 Véanse los artículos 74, 75, 141 y 142 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC), los cuales dan cuenta del control abstracto y del control concreto de constitucionalidad, respectivamente.

2 Cabe decir que, por ejemplo, en el texto constitucional de 1998, en Ecuador existía el control mixto de constitucionalidad: por un lado actuaba en el control abstracto el entonces Tribunal Constitucional, antecedente de la actual Corte Constitucional, y, por otro, los jueces que ostentaban el control difuso, al estar facultados para inaplicar disposiciones infraconstitucionales que violaran la Constitución (art. 274).

3 Véase, p. ej., Ecuador. Corte Constitucional. Sentencias 001-13-SCN-CC, 6 de febrero de 2013; 005-13-SCN-CC, 28 de febrero de 2013, y 034-13-SCN-CC, 30 de mayo de 2013.

en casos de contradicción entre la ley y la Constitución o entre aquella y los instrumentos de derechos humanos.

Era necesario explicar, sucintamente, el tipo de control constitucional en general y el tipo de control concreto en particular que existe en Ecuador, para poder llevar a cabo el análisis de las sentencias de la Corte, toda vez que los casos que viabilizan el matrimonio civil igualitario aluden al control concreto, en la medida en que tienen su origen en dos consultas de constitucionalidad, consulta prevista, como ha sido dicho, en el artículo 428 de la Constitución. Dichas consultas fueron formuladas por un tribunal superior de apelación y por un juez ordinario. Como se verá más adelante, la consulta absuelta al tribunal superior tuvo efecto *inter partes* (Caso 11-18-CN), en tanto que la consulta absuelta al juez ordinario conllevó efectos generales (Caso 10-18-CN), por lo que la segunda sentencia supone particular interés para nuestro análisis. De otro lado, se debe señalar que se trató de una votación compleja que dividió los criterios de los jueces constitucionales en ambos casos. Así, en las dos decisiones existieron votos salvados, esto es, que frente al voto de la mayoría de los miembros (cinco jueces), los votos salvados tanto para el caso 11-18 como para el 10-18, cuyo ponente fue el presidente de la Corte, concitaron la adhesión del resto de jueces (cuatro votos).

2. ANÁLISIS DEL CASO 11-18-CN, QUE PERMITE EL MATRIMONIO CIVIL IGUALITARIO CON EFECTO *INTER PARTES*

2.1. *Hechos del caso*

La consulta de constitucionalidad, como ya se dijo más arriba, fue realizada por el Tribunal de la Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Pichincha, dentro de una acción de protección de derechos constitucionales, en la que preguntó si la Opinión Consultiva OC-24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), que reconoce el matrimonio de parejas del mismo sexo, es compatible con el artículo 67 de la Constitución, que establece que el matrimonio es entre hombre y mujer. La Corte Constitucional, en este sentido, analizó el valor jurídico de la opinión consultiva, interpretó la norma constitucional y estableció los efectos jurídicos de esta interpretación constitucional.

El 13 de abril de 2018, los señores E. Soria y R. Benalcázar solicitaron la celebración y la inscripción de su matrimonio en el Registro Civil; sin embargo, dicha entidad pública, con fecha 7 de mayo de 2018, negó tal inscripción, indicándoles a los interesados que el matrimonio en el ordenamiento jurídico ecuatoriano existe únicamente entre un hombre y una mujer. Posteriormente, al considerar vulnerados sus derechos, con fecha 9 de julio de 2018, los señores Soria y Benalcázar presentaron una acción de protección, en la que exigieron la aplicación de la citada Opinión Consultiva OC-24/17

de la Corte IDH, que permite el matrimonio entre personas del mismo sexo. El 14 de agosto de 2018, el juez de la Unidad Judicial de Tránsito con sede en Quito, en sentencia, concluyó que “no existe vulneración de derecho constitucional alguno” y declaró improcedente la acción de protección propuesta por los accionantes, situación por la cual en la misma audiencia se presentó el recurso de apelación. Más adelante, el 18 de octubre de 2018, el Tribunal de la Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Pichincha, con motivo del conocimiento de la acción de protección por apelación, suspendió el procedimiento y remitió a la Corte Constitucional la consulta. Por sorteo de la causa, le correspondió la sustanciación al juez constitucional Ramiro Ávila. El 29 de marzo de 2019 tuvo lugar la audiencia pública en la que se escuchó a representantes de instituciones del Estado, a organizaciones de la sociedad civil, universidades y personas naturales, además de que el juez constitucional sustanciador recibió escritos de *amicus curiae* que le aportaron razones sobre cómo resolver la causa.

Con estos antecedentes, los tres problemas jurídicos formulados por la Corte se dirigen a responder a la pregunta de si la Opinión Consultiva OC-24/17 es un instrumento internacional de derechos humanos conforme lo reconoce la Constitución, directa e indirectamente aplicable en Ecuador; luego, a responder si el contenido de la opinión consultiva en cuestión, que reconoce el derecho al matrimonio de las parejas del mismo sexo, contradice el artículo 67 de la Constitución en el que se dispone que el matrimonio es entre un hombre y una mujer; para, finalmente, determinar, si es que la opinión consultiva es aplicable en el sistema jurídico ecuatoriano, cuáles son los efectos jurídicos respecto de los funcionarios públicos y los operadores judiciales.

Esto se resume en tres aspectos: a) la importancia del derecho internacional de los derechos humanos para el constitucionalismo ecuatoriano, b) que cualquier disposición normativa interna que trate de forma discriminatoria en cuanto al disfrute de derechos a las parejas del mismo sexo es contraria al derecho a la igualdad, y c) que se garanticen los derechos a la autonomía y al libre desarrollo de la personalidad conforme la Constitución de 2008.

2.2. La importancia del derecho internacional de los derechos humanos para el constitucionalismo ecuatoriano

Entre las características del modelo constitucional ecuatoriano se destaca la importancia que se le atribuye al derecho internacional de los derechos humanos, materializado por medio del bloque de constitucionalidad. En este sentido, el artículo 11, número 3, determina que los derechos y garantías establecidos en la Constitución, así como en los instrumentos internacionales de derechos humanos, serán de directa e inmediata aplicación por parte de todo funcionario público. Así también, el número 7 del referido artículo 11 señala que el reconocimiento de los derechos y garantías contemplados en

la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos no excluye los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades. Por su parte, el artículo 417 prescribe que los tratados internacionales ratificados por Ecuador se sujetan a lo establecido en la Constitución, y que en el caso de los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios *pro homine*, de no restricción de derechos, de aplicación directa y de cláusula abierta. De su lado, el artículo 426 determina que los jueces, autoridades administrativas y servidores públicos en general, aplicarán directamente las normas constitucionales, así como las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución.

De ahí que, sobre la base de las disposiciones constitucionales anotadas más arriba, en el voto de mayoría del caso analizado, se advierte que para las fuentes de derechos en Ecuador se puede recurrir al texto constitucional y a los tratados y demás instrumentos internacionales. En ese sentido no cabría la distinción formulada entre tratados e instrumentos, en la medida en que todos los derechos reconocidos en instrumentos internacionales forman parte del ordenamiento jurídico⁴. A continuación la Corte Constitucional procede a argüir que la Opinión Consultiva OC-24/17, motivo de este caso, por medio de la cual se interpretan algunas disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), ya fue utilizada por la Corte ecuatoriana en un caso pasado. En efecto, la Corte Constitucional, en la Sentencia 184-18-SEP-CC, del 29 de mayo de 2018, en la página 58, señaló que la Opinión Consultiva OC-24/17 expedida por la Corte IDH se entiende adherida a la Constitución de conformidad con el artículo 426 CP y es de aplicación directa e inmediata, en tanto que su contenido sea más favorable para el ejercicio de los derechos. En definitiva, la opinión consultiva, a decir de la Corte Constitucional, forma parte de los instrumentos internacionales de derechos humanos, al tratarse de una interpretación legítima y auténtica de la CADH, por parte de la Corte IDH, y por tanto dicha opinión consultiva forma parte del bloque de constitucionalidad⁵.

En este orden de consideraciones, la Corte Constitucional sostiene que no existe contradicción entre la Opinión Consultiva 24/17^[6] y el artículo 67 de la Constitución que establece que el matrimonio es la unión entre un hombre

4 Véase Ecuador. Corte Constitucional. Sentencia 11-18-CN, considerandos 29 y 30.

5 Véase Ecuador. Corte Constitucional. Sentencia 11-18-CN, considerando 39.

6 La opinión consultiva, en su parte resolutiva número ocho, determina: “De acuerdo a los artículos 1.1, 2, 11.2, 17 y 24 de la Convención es necesario que los Estados garanticen el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, incluyendo el derecho al matrimonio, para asegurar la protección de todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin discriminación con respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales”.

y una mujer⁷. En la medida en que afirma que se estaría ante una aparente tensión entre dos normas en vigor, la una que establece que el matrimonio es entre un hombre y una mujer, sobre la base de la Constitución y de la ley⁸, y la otra que reconoce el matrimonio entre personas del mismo sexo, a partir de la interpretación autorizada de la CADH, por parte de la Corte IDH, a través de la Opinión Consultiva OC-24/17⁹. En este sentido, para superar esta aparente tensión de normas, la Corte acude a métodos de interpretación, así como a derechos constitucionales relacionados con el objeto de la consulta. Entre los métodos de interpretación aparecen el integral frente al literal, el evolutivo frente al estático, así como la importancia de la interpretación en clave pro ser humano. De otro lado, el énfasis se sitúa, como hemos dicho, en la relevancia que comporta el bloque de constitucionalidad para nuestro ordenamiento jurídico, así como en el derecho a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad o al derecho a la intimidad personal y familiar y el rol del Estado.

La importancia que suponen los métodos de interpretación aludidos por la Corte da cuenta de la intención del constituyente de superar una interpretación que se circunscriba a la individualidad literal de las disposiciones constitucionales, a favor de una interpretación que abraza la literalidad en clave integral a la luz de la maximización de los derechos constitucionales. En este sentido, el artículo 427 del texto constitucional señala que las normas se interpretan por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad, y que en caso de duda se interpretará en el sentido que más favorezca la plena vigencia de los derechos, respetando la voluntad del constituyente. Método de interpretación constitucional que, en definitiva, persigue defender el programa de valores contenidos en el texto constitucional, en donde juegan un papel central para la protección de los derechos el bloque de constitucionalidad. Dicho bloque comprende, entre otras cosas, las opiniones consultivas emitidas por la Corte IDH respecto de la CADH.

2.3. DERECHO A LA IGUALDAD

Como cualquier ordenamiento constitucional contemporáneo, el ecuatoriano contempla el valor de la igualdad como principio, cuando sostiene que

⁷ El artículo 67 de la Constitución señala: “Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Éstas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidad de sus integrantes. El matrimonio es la unión entre hombre y mujer, se fundará en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de derechos, obligaciones y capacidad legal”.

⁸ El Código Civil, en su artículo 81, determina: “matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente”; por su parte, la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles, en el artículo 52, señala: “... el matrimonio es la unión entre un hombre y una mujer...”.

⁹ Véase Ecuador. Corte Constitucional. Sentencia 11-18-CN, considerando 48.

todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades (art. 11, n.º 2), y se contempla también como derecho cuando prescribe que se garantiza a todas las personas el derecho a la igualdad formal, así como a la igualdad material y a la no discriminación (art. 66, n.º 4). En este sentido, la igualdad como principio sería entendida, siguiendo a Dworkin, en el sentido de que todas las personas deben ser tratadas con la misma consideración y respeto por parte del poder público, como consecuencia de lo cual ciertos tratos han de ser atribuidos a todos igualmente cuando no haya base para establecer diferencias de tratamiento¹⁰. La igualdad como derecho supone, por otra parte, el derecho subjetivo de las personas, pero también alude a una dimensión de tipo objetivo que obliga al Estado a tratar igual a quienes están en igual condición; en suma, el derecho a la igualdad afirma que cuando no hay diferencias relevantes el tratamiento debe ser igual, y que cuando hay diferencias relevantes el tratamiento debe ser diferenciado¹¹.

En este orden de consideraciones, la interpretación restrictiva y aislada del artículo 67 del texto constitucional ecuatoriano, en el sentido de que el matrimonio es una facultad exclusiva de las parejas heterosexuales, iría en contravía del derecho a la igualdad y no discriminación garantizado a todas las personas. Así, tenemos que la Corte Constitucional discute si la diferencia realizada, fundada en una categoría sospechosa, es razonable o discriminatoria a la luz de los fines constitucionales¹². De ahí que lo que hace la Corte sea analizar la interpretación literal y asistemática del artículo 67, a partir de los presupuestos establecidos en el artículo 11, número 2 de la misma Constitución, en cuanto a la configuración del trato discriminatorio; para concluir que, desde una interpretación sistemática y favorable a la progresividad de derechos, la interpretación no integral y restringida no persigue un fin constitucionalmente válido. En este sentido, analiza las razones y fines extralegales, legales y constitucionales de una comprensión del matrimonio como derecho exclusivo de las personas heterosexuales. Así, respecto de la distinción entre parejas de diferente sexo y parejas del mismo sexo, para reservar el acceso al derecho al matrimonio solamente a las primeras, dice la Corte que “una medida restrictiva a los derechos, del tipo excluir del ejercicio de derechos a un grupo de personas, estaría *prima facie* prohibida por la Constitución”¹³. En este orden de ideas, la Corte advierte que los fines perseguidos por consideraciones extralegales que se fundan en convicciones religiosas o sociales convencionales discriminatorias no constituyen razones

10 ANÓN. M. Los principios y valores que guían los derechos: igualdad. En DE LUCAS, J. y RODRÍGUEZ, J. (coords.), *Derechos humanos y Constitución*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, 105.

11 *Ibid.*, p. 106.

12 Véase Ecuador. Corte Constitucional. Sentencia 11-18-CN, considerando 77.

13 Véase *ibid.*, considerando 103.

justificadas para no permitir el acceso al matrimonio a las parejas del mismo sexo¹⁴. Del mismo modo, para la Corte los fines legales, según lo contemplado por las disposiciones del Código Civil y de la Ley de Gestión de la Identidad y Datos Civiles, no suponen necesariamente fines constitucionales, ya que estos últimos no pueden ser entendidos de manera excluyente, y por el contrario la Constitución se abre a las realidades cambiantes de una comunidad¹⁵. En este sentido se comprendería que el fin constitucionalmente válido abraza la noción más amplia posible del derecho a constituir una familia por medio del matrimonio, y en consecuencia no existe fin constitucional alguno para excluir del matrimonio a las parejas del mismo sexo¹⁶.

El derecho a la igualdad y no discriminación, respecto de la capacidad de contraer matrimonio por parte de las parejas del mismo sexo, se encuentra en íntima conexión con el ámbito de las relaciones familiares, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad. De ahí que la normativa y la jurisprudencia de realidades comparadas hayan ido profundizando en la realización de los derechos de todas las personas, adaptándose a las demandas sociales y culturales de cada momento¹⁷.

Seguidamente abordaremos el derecho al libre desarrollo de la personalidad como expresión del derecho a la autonomía.

2.4. Libre desarrollo de la personalidad

El libre desarrollo de la personalidad concretiza el ideal de autonomía individual, el cual, como anota la Corte Constitucional, implica la facultad que tienen las personas para autodeterminarse, decidir sus propios fines y establecer los medios para conseguirlos, siempre que se respeten los derechos de otras personas¹⁸.

En este orden de ideas, privar del derecho de casarse a las parejas del mismo sexo, a partir del ideal de que existe un solo modelo de familia, defendido por el Estado, que se edifica sobre la base del matrimonio entre personas de distinto sexo, supone una violación indebida de la autonomía de las personas, concretado en la elección de un libre plan de vida¹⁹. No se debe perder de vista que las personas, al compartir la cualidad de seres racionales, son

14 Véase *ibid.*, considerando 95.

15 Véase *ibid.*, considerando 99.

16 Véase *ibid.*, considerando 109.

17 PICONTÓ, T. *Familia, matrimonio y derecho a la libre opción de la sexualidad*. En DE LUCAS, J. y RODRÍGUEZ, J. (coords.), *Derechos humanos y Constitución*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, 516-517.

18 Véase Ecuador. Corte Constitucional. Sentencia 11-18-CN, considerando 167.

19 La decisión de contraer matrimonio es un asunto de la esfera privada, que tiene que ver con el plan de vida de un individuo, de manera que el Estado solo puede proscribir aquellas acciones que afecten objetivamente a terceros. Véase *ibid.*, considerando 180.

capaces de diseñar y poner en marcha su propio plan de vida sin interferencia estatal o de otros individuos, siempre y cuando dichos planes no afecten la autonomía de terceros²⁰. La Corte, en este sentido, señala que existen derechos inclusivos, los cuales deben propender a su universalización, en la medida en que su expansión implica mayor dignificación de las personas, como ocurre con los derechos a la educación o a la salud, que permiten un libre desarrollo de la personalidad²¹. Así, la interpretación del matrimonio como un derecho exclusivo de parejas heterosexuales aparece como una limitación al libre desarrollo de la personalidad, así como al derecho a constituir una familia.

Finalmente, sobre la base de las consideraciones realizadas, la Corte Constitucional respecto del caso decidió que la Opinión Consultiva OC-24/17 forma parte del bloque de constitucionalidad para reconocer derechos en Ecuador. Asimismo, la Corte estableció que no existe tensión entre el artículo 67 de la Constitución, que señala que el matrimonio es entre un hombre y una mujer, y el derecho convencional; en este sentido, aboga es por la complementariedad. Así, por la vía de la interpretación más favorable de derechos, el matrimonio heterosexual se entiende complementado con la posibilidad de igual acceso al derecho al matrimonio de las parejas del mismo sexo. Por lo tanto, la Corte Constitucional dispone que el tribunal consultante interprete el sistema normativo a la luz de esta sentencia y ordene al Registro Civil que se inscriba el matrimonio entre los accionantes. Sin que para ello se precise de reformas previas a la Constitución (art. 67), al Código Civil (art. 81) o a la Ley Orgánica de Gestión de Identidad y Datos Civiles (art. 52). Cuestión esta última que difiere respecto a lo decidido por la siguiente sentencia analizada (10-18-CN), que además de comportar efectos generales, no solo *inter partes*, declara la constitucionalidad condicionada de los artículos legales y exhorta a la Asamblea Nacional a adecuar la normativa al bloque de constitucionalidad.

3. ANÁLISIS DEL CASO 10-18-CN, QUE PERMITE EL MATRIMONIO CIVIL IGUALITARIO CON EFECTOS GENERALES

3.1. Hechos del caso

La Corte Constitucional de Ecuador, con cinco de nueve votos, luego de un intenso debate sobre la interpretación de la Constitución, la aplicación directa de los derechos y el rol de los instrumentos internacionales de derechos humanos, vía consulta de norma, expidió una sentencia de control abstracto

20 SABA, R. *Introducción. Matrimonio, autonomía e igualdad*. En ALTERIO, M. y NIEMBRO, R. (coords.), *La Suprema Corte y el matrimonio igualitario en México*. México, D.F.: UNAM, 2017, 15.

21 Véase Ecuador. Corte Constitucional. Sentencia 11-18-CN, considerando 173.

de constitucionalidad modulando el contenido de los artículos 81 del Código Civil y 52 de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad Datos Civiles (LOGIDC), que reconocían el matrimonio civil como la unión entre “un hombre y una mujer”, resolvió incluir en la citada norma a parejas del mismo sexo; y ello sin restricciones basadas en la orientación sexual o la obligación de “procrear”, como prescribía el Código Civil. En efecto, las disposiciones jurídicas constitucionalmente moduladas, ahora vigentes, reconocen:

[CC] Art. 81. El matrimonio es un contrato solemne por el cual dos personas se unen con el fin de vivir juntos y auxiliarse mutuamente.

[LOGIDC] Art. 52. La autoridad ante quien se celebra el matrimonio. El matrimonio es la unión entre dos personas y se celebra e inscribe ante la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cédulación. Fuera del territorio ecuatoriano, se celebra e inscribe ante el agente diplomático consular, si al menos uno de los contrayentes es ecuatoriano.

En ese sentido, lo que interesa en este estudio es saber cómo llegó el caso y, a partir de este, cómo la Corte Constitucional reconoció el matrimonio entre personas de orientación sexual diversa en Ecuador. En el año 2017, la Dirección General de Registro Civil (DGRC) negó a los accionantes R. Salazar y C. Verdezoto la posibilidad de contraer matrimonio civil, basada en una comprensión literal y formalista de la Constitución y del Código Civil que en sus artículos 67 y 81 regulaban el matrimonio exclusivamente para parejas heterosexuales, y en su lugar norma la unión de hecho como un medio para legalizar las relaciones entre parejas homosexuales, conforme lo previsto en el artículo 68 de la Constitución.

Este hecho impulsó a Salazar y Verdezoto, apoyados por organizaciones sociales LGTBI y ONG, a presentar una acción de protección contra la DGRC, por trato discriminatorio y por desconocer la Opinión Consultiva 24/17 de la Corte IDH. Un año después, en agosto de 2018, la jueza de primer nivel, Gabriela Lemos, siguiendo lo previsto en el artículo 428 de la Constitución y las exigencias de la Sentencia constitucional 001-13-SCN-CC, que obliga a los jueces del país a consultar a la Corte Constitucional si en el caso concreto se descubre cualquier incompatibilidad de la ley con la Constitución, acudió ante ella, y, según se señaló al inicio de este artículo, como consecuencia de ello se adoptó la citada decisión, que eliminó cualquier vestigio de control difuso en Ecuador. En efecto, la jueza remitió el proceso en consulta a la Corte Constitucional, con sustento en la prohibición de trato discriminatorio y la aplicación directa de la Opinión Consultiva 24/17, la cual se pronunció sobre la identidad de género y no discriminación de las parejas homosexuales; instrumento que, a su vez, interpretó los artículos 1, 24 y 17.2 de la CADH. La Corte IDH orientó su opinión para que todos los países miembros de la

OEAI, hayan o no ratificado la competencia contenciosa de la Corte IDH, se abstengan de establecer instituciones jurídicas diferentes para situaciones jurídicas similares, como es el caso del matrimonio que puede ocurrir tanto entre parejas homosexuales como heterosexuales, considerando que de acuerdo a un escrutinio estricto de igualdad, las diferencias basadas en las orientaciones sexuales de las personas son un acto discriminatorio y, por tanto, incompatible con la Convención²².

En 2019 llegó el caso a la Corte Constitucional, correspondiendo la sustanciación y ponencia del mismo al juez constitucional Alí Lozada, quien en su ponencia planteó problemas jurídico-constitucionales teórico-prácticos distintos en parte a los propuestos en el Caso 11-18-CN, que sobre el mismo tema resolvió la Corte, como ya se expuso. En el Caso 11-18 el juez ponente, Ramiro Ávila, concentró sus esfuerzos hermenéuticos e interpretativos en definir el valor de los instrumentos internacionales cuando reconocen derechos más favorables a las personas que el ordenamiento interno; en cambio, la sentencia del Caso 10-18-CN, del juez Lozada, propone analizar el caso a la luz de la interpretación constitucional y definir el rol de los jueces frente a la discrecionalidad del Parlamento, así como traer al análisis del caso la doctrina de la democracia deliberativa, la protección del núcleo esencial de los derechos y el test de ponderación, inclinando el peso de la balanza al reconocimiento de los derechos de las parejas del mismo sexo por sobre el principio democrático.

En el Caso 10-18-CN el punto de partida, de acuerdo con el canon de la argumentación, es el problema jurídico planteado en términos de control abstracto y sobre el rol del legislador dentro del juego argumentativo, relegando para la parte final de la sentencia el rol de los instrumentos internacionales de derechos humanos, que plantea si la Corte Constitucional debe declarar inconstitucionales los artículos 81 del Código Civil y 52 de la LOGIDC; de dicho cuestionamiento, a su vez, se desprenden dos problemas específicos, a saber: “¿en qué medida la Constitución obliga, prohíbe o permite al legislador democrático [...] instituir el matrimonio entre personas del mismo sexo? y ¿qué debe decidir la Corte Constitucional respecto de la inconstitucionalidad de la norma cuestionada?”²³. Las respuestas coinciden en que las normas analizadas son inconstitucionales, y en la necesidad de reconocer el derecho a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y el derecho al matrimonio entre parejas del mismo sexo, señalando que es necesaria la modulación sustractiva de las normas del Código Civil y de la LOGIDC para lograr el

22 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-24/17. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. San José de Costa Rica. 24 de noviembre de 2017. Serie A n.º 24.

23 Véase Ecuador. Corte Constitucional. Sentencia 010-18-CC, considerando 19-24.

reconocimiento del matrimonio en términos de igualdad. A continuación se pasa a analizar los principales puntos críticos de la decisión constitucional.

3.2. La interpretación constitucional: la literalidad e intencionalidad frente a la comprensión integral y dinámica de la Constitución

La Corte, para reconocer la situación jurídica del matrimonio entre personas del mismo sexo, optó por la interpretación jurídica integral y dinámica de la Constitución, frente a las claras situaciones jurídicas y sociales de discriminación a las que se ven sometidas las parejas homosexuales debido a la falta de regulación y protección de este derecho.

En este sentido, se puede leer en el voto de mayoría y de minoría que, dependiendo de la opción interpretativa que se aplique al caso, la respuesta jurídica será distinta. El voto de mayoría interpreta el derecho desde un punto de vista axiológico e integral que permite comprender a la Constitución como un tejido axiológico de derechos, valores y principios, que proscriben toda forma de discriminación entre parejas del mismo sexo. De otro lado, en el voto de minoría, el literalismo y el formalismo jurídico impedirían la citada posibilidad jurídica, considerando que no se puede ir más allá de la letra de la Constitución y la ley, que reconocen al matrimonio como la unión entre un hombre y una mujer, y que si se busca ampliar esta posibilidad jurídica debe hacerse mediante una reforma que modifique el artículo 67 de la Constitución de Ecuador.

Es por ello que se puede advertir, en la sentencia analizada, la preocupación del juez constitucional sobre la cultura jurídica ecuatoriana, fuertemente formalista, que limita el campo de aplicación del derecho a la exégesis de las normas, dotando de significados reduccionistas a todo el derecho²⁴. De ahí que los argumentos literal e intencional, guiados por la deferencia a la amplia discrecionalidad del constituyente y del legislador, al configurar la Constitución y las leyes, serían determinantes para afirmar que el ordenamiento jurídico ecuatoriano “no confiere poder jurídico a las personas del mismo sexo para contraer matrimonio”²⁵.

En este orden de consideraciones, para aclarar este punto, la interpretación de la Constitución se reduce a la intención del constituyente, y no puede ir más allá de la interpretación literal, previendo únicamente que el matrimonio es un vínculo entre un hombre y una mujer; en consecuencia, desde esa posibilidad hermenéutica, el matrimonio homosexual está prohibido. Es así como el argumento intencionalista constituye una deferencia al autor del

24 Véase *ibid.*, considerando 30.

25 Véase *ibid.*, considerando 31.

artículo 67 de la Constitución, de donde se extrae como significado el privar o prohibir a las parejas del mismo sexo el contraer matrimonio²⁶.

Al respecto, la Corte considera que existen debilidades argumentativas en estas aseveraciones, mas no cuestiona el valor de la democracia, pues entender que la regulación constitucional del artículo 67 de la Constitución trae implícita una prohibición e intenta, a partir de esa lectura, afirmar que la voluntad del poder constituyente fue que se prohiban ciertas instituciones resulta, a decir del alto tribunal, difícil de sostener. En este sentido, para la Corte es más adecuado, a partir del tejido axiológico, sostener que la no regulación del matrimonio entre parejas del mismo sexo en la Constitución es una laguna axiológica, que no implica lingüísticamente reconocer que se encuentra prohibida esta posibilidad jurídica.

Así, la cultura jurídica formalista pretende imponer que solo puede existir el matrimonio heterosexual, y desde esa óptica no existe una forma de comprender la realidad o la interpretación del derecho que no sea desde lo que está escrito en la ley. Por el contrario, para la Corte, se debe interpretar el artículo 67 de la Constitución, inserto en un entramado *axiológico* de valores y principios que permiten comprender el matrimonio dentro del contexto amplio de derechos como la autonomía, el libre desarrollo de la personalidad, la igualdad y la dignidad que rodea la realidad de quienes son excluidos por las instituciones jurídicas y sociales.

En este orden de ideas, la Corte propone cambiar la forma de aplicar el derecho constitucional, irradiando lo razonable de la decisión a la construcción de un derecho que vaya más allá de la letra de la ley y, en su lugar, dé respuestas jurídicas razonablemente justas a una sociedad plural con un Estado laico.

Posteriormente, en el contexto de descubrimiento, para salir de la interpretación literalista e intencionalista de la Constitución, revisa los valores y principios sociales que subyacen a la hipótesis de prohibir o permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo, en el siguiente orden.

Ante este diverso entramado de argumentos sobre el matrimonio entre parejas del mismo sexo la Corte considera importante partir del significado de Constitución²⁷, dado por el artículo 1 del texto constitucional que define al Estado como de derechos y justicia, base sobre la cual se elabora una respuesta jurídica integral y dinámica, que protege los derechos de las parejas del mismo sexo en pie de igualdad, así como su igual dignidad humana. Aspectos que de forma permanente darán razones de peso para interpretar la Constitución en relación con los derechos de las parejas diversas.

26 HERRERA, A. *Estudio introductorio*. En ELY, J. y SLAGSTAD, R., *Constitucionalismo y democracia*. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2001, 8.

27 Véase *ibid.*, considerando 37.

**TABLA 1. ARGUMENTOS A FAVOR Y EN CONTRA
DEL MATRIMONIO IGUALITARIO**

Criterio	Argumentos contra el matrimonio igualitario	Argumentos a favor del matrimonio igualitario
Interpretación del derecho	<ul style="list-style-type: none"> - Literal: el artículo 67 prevé el matrimonio entre un hombre y una mujer. - Intencionalista: el constituyente, al no regular el matrimonio igualitario, lo prohibió. 	<ul style="list-style-type: none"> - Interpretación integral. - Interpretación dinámica.
Constitucional	<ul style="list-style-type: none"> - Derecho de los padres a educar a los hijos en la heterosexualidad. 	<ul style="list-style-type: none"> - El valor de la laicidad y la ética pública. - El buen vivir en un contexto plural. - El derecho a los diversos tipos de familia. - El derecho al matrimonio en el libre desarrollo de la personalidad. - La libertad de conciencia e intimidad.
Religioso ^a	<ul style="list-style-type: none"> - Alianza matrimonial como sacramento, matrimonio en el plan de Dios, y encíclica <i>Lumen fidei</i>. 	<ul style="list-style-type: none"> - La libertad religiosa.
Prejuicio ^b	<ul style="list-style-type: none"> - La esterilidad reproductiva de las parejas del mismo sexo. - La homosexualidad como desorden psiquiátrico y moral. 	<ul style="list-style-type: none"> - No amerita análisis jurídico.
Social ^c	<ul style="list-style-type: none"> - La inadecuación de las uniones homosexuales al modelo tradicional de matrimonio. - La esterilidad de las parejas del mismo sexo. 	<ul style="list-style-type: none"> - Respeto de las posturas personales: autonomía de la voluntad y libre desarrollo de la personalidad.
Conclusión intermedia: los argumentos literalistas e intencionalistas sustentan levemente la deferencia al legislador.		

^a Ecuador. Corte Constitucional. Sentencia 010-19-CN, párr. 37: “La inadecuación de las uniones homosexuales al modelo tradicional de matrimonio es un argumento que propone que el matrimonio civil igualitario es una amenaza a las tradiciones que se desprenden del matrimonio civil reconocido en el Ecuador desde 1903; no de forma clara, como en otras partes de la sentencia, se sostiene que aceptar esto permitiría que se establezcan restricciones basadas en las tradiciones a los derechos fundamentales”.

^b Véanse los considerandos 38 y 39 de la sentencia 010-18-CN de la Corte Constitucional de Ecuador: “La homosexualidad como desorden psiquiátrico, a la que haría alusión Esthela Velasco en su intervención oral como interesada en el tema, al contraponerlo a la desclasificación de enfermedades realizada por [...] se consideró que no existe base racional para creer que las personas homosexuales son enfermas mentales, en tanto ningún análisis podría extraerse de este prejuicio. iv) La homosexualidad como desorden moral, sería entender esta opción personal como un atentado a las buenas costumbres que el Asambleísta Constituyente, esta aseveración al considerarla cercana a la visión de la Iglesia Católica, en un contexto en el cual alrededor del 80% de habitantes son católicos, delineó una concesión que tiene varios fragmentos: a) alianza matrimonial entre hombre y mujer constituye un sacramento, b) matrimonio en el plan de Dios, constituye un mandato divino entre el hombre y la mujer; c) la carta encíclica *Lumen*”.

^c Véase *ibid.*, considerando 36. La esterilidad reproductiva de las parejas del mismo sexo impediría la realización de la familia, argumento que se disuelve frente al reconocimiento constitucional de los varios tipos de familia y al aclarar que el matrimonio no es una institución creada con fines de crecimiento demográfico.

Fuente: elaboración propia.

En cuanto al debate nacional, la resolución de un caso difícil y de grandes dimensiones tiene pretensiones de cambiar algunos componentes sociales, como, en el caso que nos ocupa, el que se refiere a pasar del matrimonio tradicional a uno igualitario, lo que no solo concierne a la cultura jurídica sino a la sociedad en su conjunto. Por ello es posible que en un futuro no tan lejano pueda producirse una respuesta, política y jurídica, desde una visión conservadora, que a través de diferentes estrategias intente volver al matrimonio heterosexual como única opción²⁸, yendo así más allá del llamado de tolerancia y a la construcción hermenéutica igualitaria que realiza la Corte Constitucional.

Por lo expuesto, para el caso de Ecuador este tópico va mucho más allá del equilibrio de principios morales o de la elección de un método de interpretación constitucional; se trata, pues, de dar cuenta del nivel de tolerancia y aceptación que tenemos como ciudadanos para reconocer y respetar los derechos de las minorías. En consecuencia, es el inicio para establecer un compromiso serio con la Constitución y los significados otorgados, en este caso por la Corte Constitucional, a los derechos, sin que ello suponga que desaparezcan los desacuerdos sobre el tema.

3.3. Derecho a la igualdad y los tipos de democracia aplicados a la sentencia del matrimonio entre parejas del mismo sexo

El derecho a la igualdad es una parte central de la sentencia en el Caso 10-18-CN, en el contexto del reconocimiento del derecho constitucional al matrimonio de parejas del mismo sexo. Así, los legisladores habrían entrado en mora legislativa al no proteger a las parejas homosexuales y, en consecuencia, condenarlas a una situación jurídica y social de discriminación estigmatizante, asegura la Corte.

Sobre este punto, la decisión complementa temas opuestos o contradictorios, corriendo el riesgo de acumular doctrinas que no contribuyan a la solidez de la argumentación, sea por su naturaleza conceptual o por su funcionamiento práctico, como ocurre con el hecho de configurar una tríada de valores que intentan funcionar en la sentencia de manera armónica y no contrapuesta, como son los de democracia representativa, democracia deliberativa y derecho constitucional a la igualdad.

3.3.1. El rol de la democracia en el caso del matrimonio igualitario

Es deber del legislador regular y proteger los derechos fundamentales a través de la expedición de la ley, según la sentencia, sea que estos derechos se en-

28 POST, R. y REVA, S. *Constitucionalismo democrático. Por una reconciliación entre Constitución y pueblo*. Buenos Aires: Siglo xxi Editores, 2013, 65.

cuentren reconocidos en la Constitución o en los instrumentos internacionales de derechos humanos; bajo esta consideración, los representantes del pueblo tenían el deber de legislar en materia de matrimonio igualitario para cumplir con las exigencias del principio de igualdad y el principio democrático²⁹.

La Corte, en la decisión, manifiesta que el artículo 81 del Código Civil guardaría coherencia con el artículo 67 de la Constitución que regula el matrimonio heterosexual en Ecuador, y en este sentido el respeto a la disposición legal constituiría una deferencia al legislador. Sin embargo, la Corte también advierte que mantener normas con criterios sospechosos en el ordenamiento jurídico, como la distinción basada en la orientación sexual, para impedir el acceso a la institución civil del matrimonio, no guarda coherencia con el tejido valorativo que encierra el texto constitucional en su conjunto.

En este orden de ideas, la Corte considera que la presunción de constitucionalidad de las normas, conforme el principio *pro legislatore* previsto en el artículo 76.1 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC), refuerza el principio democrático, en la medida en que para la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma se exige que dicha afirmación supere la duda razonable para poder declarar que una disposición jurídica es contraria a la Constitución³⁰. Por esa razón, la sentencia considera que, al sopesar el principio democrático, comprendido como una deferencia al legislador, con el derecho al matrimonio entre parejas del mismo sexo, el principio democrático debe ceder ante el derecho a la igualdad formal y material, señalando que era deber del legislador regular el matrimonio entre parejas del mismo sexo.

Inmediatamente después, la sentencia ingresa en un tema de compleja resolución como es el de la *democracia deliberativa*, señalando:

[E]l valor de la ley no se radica en la autoridad formal del legislador, sino también en el hecho de que ella deba ser producto de una deliberación, o sea, de un debate basado en la confrontación de razones provenientes de todos los interesados. La existencia de dicho debate, según la Constitución, ha de proyectarse hacia dentro de la Asamblea Nacional, con la exigencia de que un proyecto de ley debe ser sometido a dos debates (art. 137, inciso primero CRE), pero también por fuera de ella, con la previsión de que las personas “que tengan intereses en la aprobación de [un] proyecto de ley, o que sus derechos puedan ser afectados por su expedición, p[uedan] acudir ante la comisión y exponer sus argumentos” (art. 137, segundo inciso)³¹.

Para reforzar su punto, la Corte toma como referencia la Sentencia 018-18-SIN-CC, que declaró la inconstitucionalidad de la enmienda constitucional de

29 Véase Ecuador. Corte Constitucional. Sentencia 010-18-CN, considerandos 58 y 59.

30 Véase *ibid.*, considerando 59.

31 Véase *ibid.*, considerando 59.

2015, bajo el supuesto de que la Asamblea trató los temas de la reforma en bloque y no artículo por artículo, lo que a criterio del máximo tribunal causó una violación al principio de democracia deliberativa. La Corte, al seguir ese precedente, da señales de que ciertos aspectos de una deliberación se tornan en un presupuesto para ejecutar el control de constitucionalidad de las normas, y que incumplirlo causaría su inconstitucionalidad. Situación que, a nuestro juicio, debe ser analizada con mayor detalle.

En suma, la Corte, en sus sentencias 018-18-SIN-CC y 010-19-CN, trata el tema de la deliberación como una especie de requisito aplicable al proceso de enmienda constitucional y de creación de una ley, mas no a la construcción de un sistema de *democracia deliberativa*³². Lo anterior, entendiendo por modelo democrático deliberativo al sistema de decisiones participativas en donde prima el debate en igualdad de condiciones entre gobernantes y gobernados, asumiendo que el autogobierno colectivo puede seguir la construcción de sus propias decisiones, y que estos procesos sean aplicables para la creación de una ley o de una sentencia, como ocurriría en la deliberación. El sistema democrático ecuatoriano, con graves problemas de institucionalidad, si bien con ciertos niveles de participación, estaría lejos de constituirse en un modelo deliberativo.

Un sistema deliberativo, como sostiene Hübner Mendes, requiere al menos de los siguientes presupuestos: a) las decisiones deben ser realizadas por la colectividad y causar efectos directos en quienes deliberan; b) la solución a un problema no es un fin en sí mismo de la deliberación, podrían plantearse nuevas respuestas y soluciones; c) el razonamiento práctico y la justificación son la forma como se podrán ejercer los debates; d) la imparcialidad de los participantes en el debate debe ser la constante en los debates a menos que se busque el bien común; e) la deliberación abre la posibilidad de revisar las posturas de los participantes para lograr amplios consensos éticos; f) en todo momento se hará presente la ética, entendida como el respeto a las opiniones de los demás, y g) los comités políticos deberán ser inclusivos, empáticos y respetuosos de todos los puntos de vista³³. La construcción participativa y dialógica de las decisiones políticas debe ser respetada por todos para evitar su incumplimiento y la suplantación con decisiones autoritarias. Finalmente, no cuestiona la autoridad coercitiva, que en última instancia le da un papel al Estado en la protección de los ciudadanos.

Las cortes o tribunales constitucionales, por su lado, poseen un rol de terceros imparciales frente a las partes y resguardan la protección de la Constitución frente a los demás poderes. En este sentido existen algunos espacios en los cuales las cortes se han propuesto realizar prácticas deliberativas, a

32 HÜBNER MENDES, C. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2015, 14.

33 *Ibid.*, 14.

través de figuras como los *amicus curiae* en las audiencias públicas. Sin duda, la implementación de lógicas deliberativas dentro del control judicial de constitucionalidad es un tema de gran relevancia, siendo necesario al respecto establecer mecanismos que fomenten el diálogo de los ciudadanos posiblemente afectados con una determinada normativa, así como del poder legislativo con la Corte. Dentro de estas coordenadas, en un tema como el matrimonio civil igualitario, no cabe duda que los debates ciudadanos serían muy diferentes a los que ocurren dentro de las paredes de la Corte, órgano último que posee una alta conciencia sobre los valores plurales y laicos de una República, protegiendo en tal sentido los derechos de las minorías frente a las decisiones de las mayorías. Es claro que en una democracia la Constitución funciona como un límite a la regla de la mayoría, pero cuando esos límites no están claros les corresponde a los jueces imponerlos desde su posición institucional. Lo que estaría en juego, de acá en adelante, es la construcción de condiciones para que se desarrolle una Corte para una democracia deliberativa, que, de un lado, evite el abuso de los legisladores, y, del otro, el gobierno de los jueces.

3.3.2. El derecho a la igualdad

El derecho a la igualdad formal y material desarrollado en la sentencia del Caso 010-19-CN contribuye a la corrección de las desigualdades basadas en criterios sospechosos, como el sexo, y mitiga el sufrimiento de las personas homosexuales. Bajo estos criterios, la decisión constitucional materializó el derecho al matrimonio de parejas del mismo sexo, protegiendo los derechos a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad, a la identidad personal y a la familia³⁴.

La jurisprudencia desarrollada entre los años cuarenta y setenta por parte de la Corte Suprema de Estados Unidos constituye un notable aporte al constitucionalismo contemporáneo, con el establecimiento del test o escrutinio de igualdad, que permite decidir acerca de las distinciones que el Estado realiza entre personas, sugiriendo que las diferencias basadas en el color de piel, la nacionalidad o el sexo serán consideradas inconstitucionales³⁵. Una excepción a ese criterio se dio con la decisión del caso *Repetto*, en donde se estableció que el Estado podrá justificar única y exclusivamente el criterio de distinción, por razones sospechosas, cuando sea por una situación de urgencia o excepcionalidad³⁶.

³⁴ LOZADA, A. y RICAURTE C. *Manual de argumentación jurídica*. Quito: CEDEC y Corte Constitucional, 2013, 45.

³⁵ SABA, R. *Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desventajados?* Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2016, 83.

³⁶ TUSHNET, M. *Constitucionalismo y judicial review*. Lima: Palestra, 2013, 149-170.

El test para el escrutinio estricto de igualdad implica que una persona que ha sido víctima de discriminación goza de la prerrogativa de no tener que argumentar o demostrar que ha sido violado su derecho a la igualdad, pues será el Estado quien deba demostrar que no ha discriminado, en casos de tratos diferenciados fundados en categorías sospechosas³⁷.

Respecto del rol del derecho a la igualdad como medio para corregir las desigualdades en el control de constitucionalidad, Ariel Dulitzky sostiene que el escrutinio estricto de igualdad está relacionado con los catálogos que se denominan de discriminación, sirven para evaluar la convencionalidad o constitucionalidad de una norma, a su vez es un plus de la objetividad y razonabilidad de las decisiones, en efecto el trato basado en categorías sospechosas *a priori* considera es irrazonable. A la vez, señala que producto de estas categorías de protección surgen dos efectos: 1) las categorías prohibidas de alcance simétrico, como cuando se usa para restringir derechos o crear ventajas exageradas sobre otros grupos, por ejemplo, la categoría de sexo para darles ventajas a los varones sobre las mujeres; y 2) las categorías de acciones afirmativas, en donde esos criterios obran como impedimentos para que los grupos alcancen una igualdad de trato³⁸, así como establece el principio de igualdad reconocido en el artículo 11. 2 de la Constitución de la República del Ecuador.

Sobre el derecho a la igualdad, la Corte IDH, en sus opiniones consultivas OC-4/84^[39], OC-18/03^[40] y OC-24/17^[41], generó criterios interpretativos de los artículos 1 y 2 de la CADH, señalando que las categorías de la igualdad deben protegerse desde la condición del grupo que sufre la discriminación, el acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia y reconoció que el trato diferenciado por el Estado al crear instituciones distintas para parejas del mismo sexo, constituyen comportamientos discriminatorios, respectivamente. Constituyen un avance en el desarrollo de este derecho y en la reafirmación de la prohibición de discriminación sustentada en categorías que se presu-

37 SABA. *Más allá de la igualdad formal ante la ley*, cit., 84.

38 DULITZKY, A. *Principio de igualdad y no discriminación. Claroscuros de la jurisprudencia interamericana*. En *Anuario de Derechos Humanos*, 3, 2007, 15-32.

39 Corte IDH. Opinión Consultiva n.º 4 de 1984, donde señaló que no constituye discriminación estipular condiciones preferentes para obtener la nacionalidad costarricense por naturalización en favor de los centroamericanos, iberoamericanos y españoles, frente a los demás extranjeros.

40 Corte IDH. Opinión Consultiva 18 de 2003, donde señaló que la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos vincula a los Estados, independientemente de cualquier circunstancia o consideración, inclusive el estatus migratorio de la persona, debe ser protegida en todo momento.

41 Corte IDH. Opinión Consultiva 024 de 2017, sobre identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo.

men inválidas, arbitrarias o de subordinación que evidencien una situación de desigualdad estructural. Siempre será discutible definir quién es el mejor posicionado para determinar cuáles son los grupos sometidos o discriminados, si el Parlamento o las cortes, este punto en el caso del matrimonio igualitario en Ecuador fue zanjado por la Corte.

La Corte Constitucional de Ecuador, al enfrentarse al caso del matrimonio entre parejas del mismo sexo, analiza que el legislativo tenía la obligación de instituir –el poder jurídico para que puedan casarse las parejas del mismo sexo– y que al no conferir la ley ha quebrantado este mandato. En cuanto al test de igualdad o escrutinio estricto de igualdad, señala que la categoría “sexo” es sospechosa, siendo arbitrario un trato que se funde en ese criterio; sin embargo, esto no significa que todo trato basado en esta categoría se encuentre prohibido, sino solo en aquellos casos en donde exista discriminación y subordinación⁴².

De forma expresa señala la Corte que el derecho a la igualdad formal y material apoyan al matrimonio de parejas del mismo sexo⁴³, constituye el derecho a igual tratamiento ante la ley y el derecho a ser tratado como igual, conforme el artículo 11.2 de la Constitución de la República del Ecuador, entre otras formas de protección garantiza los derechos a la familia y al libre desarrollo de la personalidad, en consecuencia, *prima facie* establecen el derecho fundamental al matrimonio.

En efecto, la Corte señala que la norma constitucional identifica como una categoría sospechosa la orientación sexual, como uno de los supuestos por los que el artículo 11.2 de la Constitución prohíbe todo trato discriminatorio. En este sentido, esta categoría que ha sido desplazada del matrimonio pasa a un test de igualdad consistente en un escrutinio estricto de constitucionalidad de la ley que regula el matrimonio, considerando que no existe un fin constitucionalmente admitido, ni explícito ni implícito, que pueda invocarse para privar a parejas del mismo sexo de la posibilidad de casarse.

Para reafirmar esta conclusión, sobre el derecho material de la igualdad, considera la Corte que las parejas del mismo sexo, a más de las consecuencias jurídicas, padecen efectos simbólicos que impactan en su realidad: el hecho de no poder casarse entre sí causa efectos degradantes y/o estigmatizantes que deterioran sus vidas⁴⁴. Situación que es más evidente en países con mayores desigualdades socioeconómicas como Ecuador.

En efecto, tanto en la dimensión formal como en la material, se sostiene por la Corte, la Constitución permite al legislador instituir el matrimonio entre parejas del mismo sexo, no debiendo el mismo inhibirse de proteger este derecho por guardar deferencia al constituyente, el cual, al redactar el

42 SABA. *Más allá de la igualdad formal ante la ley*, cit., 84.

43 Véase. Ecuador. Corte Constitucional. Sentencia 010-18-CN, considerandos 64, 65 y 66.

44 Véase *ibid.*, considerando 66.

artículo 67 del texto constitucional, no contempló la facultad de contraer matrimonio para las parejas del mismo sexo pero tampoco lo negó, dejando esta tarea en manos del legislador. En suma, bajo este argumento se sostiene que el principio democrático tiene una intensidad baja frente a la gravedad de los derechos constitucionales como la igualdad, el libre desarrollo de la personalidad y el matrimonio, contenidos en el caso, al igual que por la exclusión socioeconómica que padecen los homosexuales, lo que afecta a la dignidad de forma intolerable. En consecuencia, “la institucionalización del matrimonio entre esas personas eliminaría al menos una de las causas de su marginación”⁴⁵.

En este orden de ideas la Corte decidió involucrar elementos del escrutinio estricto de igualdad con las condiciones de discriminación real que afectan a las parejas del mismo sexo. De otro lado, saliendo del dilema de quién es el mejor sujeto para la protección de derechos, si la Corte o el Parlamento, señala que el legislador incumplió con la protección de este grupo al no tratar las condiciones del matrimonio civil en relación con la igualdad formal y material, así como ante la intolerable violación de derechos causadas por una discriminación, que no solo tiene efectos jurídicos sino físicos y psicológicos, basada en el criterio sospechoso del sexo. Concluyendo, por tanto, que es obligación de la Corte Constitucional desarrollar la protección para las parejas del mismo sexo.

3.3.3. La incidencia de la Opinión Consultiva OC-24/17 en el bloque de constitucionalidad de la Constitución de Ecuador

La tensión entre rigidez constitucional y sistema abierto de protección internacional de derechos humanos que presenta la norma suprema de Ecuador, dependiendo de cómo se aborde el problema jurídico del matrimonio entre personas del mismo sexo, podría dar más de una respuesta jurídica al caso concreto: si el matrimonio igualitario supondría reformar la Constitución, o es un derecho de aplicación directa desarrollado en el sistema internacional de derechos humanos que debe integrarse a la Constitución mediante el bloque de constitucionalidad. Lo dicho da cuenta del dilema que representa, nuevamente, un desacuerdo entre el voto de mayoría y el de minoría en el Caso 010-18-CN de la Corte Constitucional de Ecuador.

De un lado, si se trata de una reforma al artículo 67 de la Constitución correspondería al poder constituyente derivado seguir los respectivos procesos de enmienda o reforma parcial, según sea el caso⁴⁶. Mientras que el voto de mayoría de la sentencia, en el Caso 010-19-CN, considera que la falta de regulación del matrimonio entre parejas del mismo sexo no supone un

45 Véase *ibid.*, considerando 74.

46 Véase *ibid.*, voto salvado.

límite constitucional que, de forma explícita o implícita, prohíba al legislador regular este derecho, dando por descontada la posibilidad de acudir a un proceso de reforma constitucional. En esa línea de argumentos, al verificar que el legislador tenía la obligación de proteger este derecho para evitar la discriminación jurídica y social que afecta a parejas del mismo sexo entraría en mora aquel y, en consecuencia, correspondería a la Corte Constitucional la protección de tales derechos.

La Corte considera oportuno revisar el valor jurídico de los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos, en la especie la CADH y la Opinión Consultiva 24/17, que desarrollan este derecho de manera más favorable para este grupo, estableciendo la necesidad de integrar el matrimonio igualitario al bloque de constitucionalidad.

Sobre este punto, las dos decisiones analizadas difieren respecto de que se incluya en la Constitución, como parte del bloque de constitucionalidad, la opinión consultiva que interpreta de manera autorizada la CADH. En la sentencia en el Caso 011-19-CN, con ponencia del juez Ramiro Ávila, se le otorga valor jurídico propio a la Opinión Consultiva OC-24/17:

¿Si la Opinión Consultiva OC-24/17 es aplicable en el sistema jurídico ecuatoriano, cuáles son los efectos jurídicos en relación con los operadores de justicia y los funcionarios públicos?

[...] Al ser la Opinión Consultiva OC-24/17 un instrumento internacional de derechos humanos directa e inmediatamente aplicable en el Ecuador, se derivan obligaciones a las distintas autoridades del Estado. En particular: (1) el deber de adecuar el sistema jurídico a los derechos reconocidos en instrumentos internacionales; (2) el control de convencionalidad de las autoridades estatales, en particular de quienes ejercen jurisdicción; (3) las relaciones entre el control de constitucionalidad y convencionalidad; (4) la responsabilidad internacional si se inobserva la Opinión Consultiva OC-24/17; y, en relación con la cultura jurídica, (4) el reto de adecuar las prácticas.

En efecto, establece que la Opinión Consultiva OC-24/17, por ser el instrumento internacional de derechos humanos que reconoce el derecho al matrimonio igualitario, debe ser aplicado de forma directa por el sistema constitucional ecuatoriano, señalando que este instrumento forma parte del bloque de constitucionalidad.

De otro lado, el juez Alí Lozada, en el Caso 010-19-CN, sostiene que no sería en sí misma la opinión consultiva el instrumento de aplicación directa, sino el artículo 17.2 de la CADH comprendida de forma hermenéutica por la interpretación que le otorga a la regulación del matrimonio en la Opinión Consultiva OC-24/17:

Pero, en todo caso, [...] es claro que el artículo 17.2 de la Convención consagra el derecho de las parejas del mismo sexo al matrimonio, derecho que forma parte de nuestro bloque de constitucionalidad, en virtud del [...] inciso segundo del artículo 424 de la Constitución.

Así, la sentencia incluye el derecho al matrimonio entre parejas del mismo sexo en la Constitución, como una forma de vertebrar el contenido axiológico de los derechos establecidos mediante un tejido de principios, fines y valores de justicia, a la luz del artículo 424 de la Constitución que señala: “La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma o acto del poder público”. Norma que tornaría al artículo 17.2 de la Convención y su interpretación autorizada en la Opinión Consultiva OC-24/17 parte de la Constitución, reconociendo sustantivamente el derecho de las parejas del mismo sexo al matrimonio. Estos elementos, junto al prolífico desarrollo de otros derechos y al incumplimiento del deber legislativo de proteger este derecho, permitieron a la Corte Constitucional sustraer y modular los efectos del artículo 81 del Código Civil, estableciendo: “Matrimonio es un contrato solemne por el cual dos personas se unen con el fin de vivir y auxiliarse mutuamente”⁴⁷.

4. BALANCE CRÍTICO DE LAS SENTENCIAS: MUTACIÓN O REFORMA, INTERPRETACIÓN LITERALISTA O SISTEMÁTICA

Respecto a la Sentencia 011-19-CN se destaca la importancia que otorga al derecho internacional de los derechos humanos. En este sentido es plausible el esfuerzo que realiza la Corte, en su voto de mayoría, por hacer manifiesto el valor de la normativa internacional cuando esta reconoce derechos más favorables a las personas que las disposiciones del orden jurídico interno. En esa medida, la lectura que realiza la sentencia es en clave de complementariedad, más que de tensión, entre la disposición constitucional que regula el matrimonio y la opinión consultiva a partir de lo dispuesto por la Corte IDH. Sobre todo, porque tanto en la Sentencia 011-19-CN como en la Sentencia 010-19-CN se señala que el artículo 67 de la Constitución es una norma que utiliza un lenguaje definitorio y, por tanto, no acude a un lenguaje prescriptivo, el cual se caracteriza por mandar, prohibir o permitir determinada conducta. Ahora bien, la lectura en clave de complementariedad no resta, necesariamente, fuerza a la crítica formulada por el voto salvado, el cual, entre otras cosas, aludía a que la única forma de permitir que opere el matrimonio entre personas del mismo sexo sería la reforma constitucional.

47 Véase *ibid.*, considerandos.

En consecuencia, cambiar el sentido de lo prescrito de forma taxativa por el artículo 67 del texto constitucional, esto es, que el matrimonio es entre un hombre y una mujer, no era posible por medio del método de interpretación sistemática⁴⁸. En ese sentido, la tensión entre el voto de mayoría y el voto salvado podría ser analizada, también, desde los límites a la interpretación mutativa de la Constitución. Interpretación que, a decir de Hesse, supone que el límite a las posibilidades interpretativas viene dado por la imposibilidad del quebrantamiento constitucional, esto es, la desviación de una disposición constitucional clara en un caso concreto, dando paso así a la reforma constitucional a través de la interpretación de la Constitución⁴⁹. De ahí que una alternativa que podría haber contemplado el voto de mayoría, para salvar la objeción formulada por el voto de minoría, fuese la emisión de una sentencia que cominara a la Asamblea Nacional de Ecuador a reformar la Constitución, en su modalidad, menos rígida, la enmienda contemplada en el artículo 441^[50], por ser un asunto que da cuenta de un avance de derechos; para que así la normativa nacional, empezando por la Constitución, guarde armonía con lo señalado con el derecho internacional de los derechos humanos. Dicho sea de paso, se hubiera aprovechado la oportunidad para que la Corte exhortara a la Asamblea Nacional ecuatoriana a enmendar también el artículo 68 de la Constitución, el cual establece que la adopción corresponderá exclusivamente a parejas de distinto sexo, con lo cual se equipararían de pleno derecho los matrimonios entre personas del mismo sexo y los matrimonios de personas heterosexuales. Ahora bien, se debe decir que la alternativa expuesta no carece de problemas, en la medida en que hubiese supuesto llevar la discusión a la sede parlamentaria, en donde no se podía asegurar que lo dispuesto por la Corte fuese cumplido, toda vez que, por ejemplo, para proceder a enmendar la Constitución se precisa de dos terceras partes de los votos de los asambleístas. En definitiva, la decisión de la Corte en la sentencia analizada se presenta como una decisión polémica, no por su intrínseco valor sustantivo, que, en últimas, defiende el derecho a la igualdad y el libre desarrollo de todas las personas, sino por el procedimiento con que se produjo, esto es, que la Corte vía interpretación dio luz verde al matrimonio de las parejas del mismo sexo, a pesar del modo como está redactado el artículo 67 del texto constitucional ecuatoriano. Artículo cuya interpretación no es pacífica en cuanto a si incluye una prohibición o deja abierta una laguna que debe ser

48 Véase *ibid.*, voto salvado, considerandos 54 y 55.

49 HESSE. K. *Escritos de derecho constitucional*. P. Cruz Villalón (trad.). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, 49.

50 Sobre los mecanismos de reforma constitucional en Ecuador véase BENAVIDES ORDÓÑEZ, J. *Los procedimientos de reforma en algunas constituciones de América Latina. Un estudio normativo con particular énfasis en la Constitución ecuatoriana de 2008*. En *Estudios Constitucionales*. N.º 1, 2018, 43-44.

completada por los poderes públicos, en este caso por la Corte, órgano que a partir del diseño constitucional pergeñado en la Constitución de 2008 es el principal encargado para establecer los alcances, contenidos y límites de los derechos. Es pertinente, por otro lado, señalar también que aunque en el Caso 011-19-CN, el efecto fue *inter partes*, sentó un importante precedente al respecto; los efectos generales fueron dados en la resolución que a continuación se comentará.

La sentencia del Caso 010-19-CN, por otra parte, interpreta la Constitución de manera dinámica e integral y aplicó la ponderación de derechos, entre el principio democrático y el derecho a la igualdad, resolvió que el matrimonio entre parejas del mismo sexo es un derecho constitucional que debía regular el legislador.

El canon argumentativo, desde el planteamiento del problema general, los sub-problemas y los niveles de respuestas jurídicas, cumple con lo lógico, razonable y comprensible de la resolución del caso, calificado por la doctrina como un caso difícil. Del lado del voto de mayoría, se propone considerar que la falta de regulación del matrimonio del mismo sexo es discriminatoria. En contraste, la decisión del voto salvado es motivada desde la comprensión literal del artículo 67 de la Constitución, requiriendo de una reforma constitucional para la modificación de esta, en atención a su rigidez.

El desarrollo de esta sentencia presenta dos puntos críticos, que tienen que ver con el tratamiento de la democracia deliberativa y la ambigüedad que presenta al analizar el bloque de constitucionalidad. Es claro que en Ecuador tanto el modelo legislativo como el judicial son de adjudicación de las decisiones por parte de las autoridades que representan el poder democrático o que ejercen sus funciones de manera constitucional, mas no se construyen las decisiones desde la plena democracia deliberativa; sin embargo, es posible construir una institucionalidad menos polarizada y más dialógica que incluya a la ciudadanía y a las instituciones en una dinámica deliberativa. Es por ello que se considera una afirmación delicada en la sentencia el sostener que las decisiones legislativas son producto del sistema deliberativo⁵¹.

Asimismo, es importante que un sistema jurídico defina con precisión si un instrumento interpretativo forma parte del bloque de constitucionalidad, punto de debate que aún no está claro. En el derecho comparado cabe citar la Sentencia C-10 de 2000 expedida por la Corte Constitucional de Colombia, que resolvió negar la petición de inconstitucionalidad de la Ley 74 de 1966 que “reglamenta la transmisión de programas por los servicios de radiodifusión”⁵², y en relación con el rol de las opiniones consultivas en el derecho constitucional señaló que la Opinión Consultiva OC-5/83 es un criterio

51 HUBNER MENDES. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*, cit., 14.

52 Véase Colombia. Corte Constitucional. Sentencias C-10 de 2000, C-288 de 2009, C-731 de 2005, C-189 de 2006 y C-187 de 2006.

hermenéutico relevante para establecer el sentido de derechos reconocidos por la Convención, al sostener que la censura previa está prohibida. En esa ocasión, la Corte de Colombia les otorgó un criterio de apoyo hermenéutico interpretativo a las opiniones consultivas, situación distinta a la de otorgarles el valor jurídico de bloque de constitucionalidad como ocurre en Ecuador.

El bloque de constitucionalidad, como los otros instrumentos de interpretación del derecho constitucional, tiene por finalidad integrar vía jurisprudencia a la Constitución normas que no forman parte de ella; se trata de una herramienta que orienta al juez a identificar normas que no afecten la fisonomía indiscutible de la Constitución o su tejido axiológico. En ningún caso significa que todas las normas del sistema internacional de derechos humanos forman parte de la Constitución, ya que al sostener esto se volvería imposible el funcionamiento tanto de estos instrumentos como de la propia norma suprema, en la medida en que se conocería dónde inicia pero no dónde termina la Constitución. Es por ello que cada sistema debe modular los criterios jurisprudenciales para la adecuada aplicación de los mismos; así tenemos que (a) se debe precisar el número de derechos reconocidos en la Constitución; (b) se trata de un instrumento interpretativo que elimina las trabas procesales para el reconocimiento de derechos, y (c) una vez que el derecho forma parte de la Constitución es norma de control jurídico y político de los poderes democráticos⁵³.

En suma, la jurisprudencia ecuatoriana no ha establecido con claridad la dimensión y límites de esta institución jurídica, lo que podría considerarse un riesgo en la medida en que establecer una institución sin seguros institucionales puede dar pie a que los jueces extiendan el bloque de constitucionalidad sin límites, lo que podría afectar el contenido de la Constitución y al propio control de constitucionalidad de la ley.

CONCLUSIONES

Los casos analizados coinciden en reconocer la constitucionalidad del matrimonio a las personas del mismo sexo. En los dos casos se evidenció cómo se dividió la opinión de la Corte Constitucional, planteando que existen más de dos maneras de interpretar y aplicar la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos. También, las sentencias respectivas abren la posibilidad de iniciar todo un debate para definir cuál es o si existe la respuesta correcta en los casos difíciles. No hay duda de que la finalidad de las decisiones de los votos de mayoría consiste en construir una decisión integral para la protección de derechos. Sin embargo, los caminos argumentativos para llegar a ese lugar axiológico y hermenéutico de la interpretación

53 ESCUDERO, J. *El cambio de cultura jurídica en la interpretación constitucional*. En INREDH, *Nuevas instituciones del derecho constitucional*. Quito: INREDH, 2009, 71.

son diferentes, es decir, los propios jueces de la mayoría de la Corte Constitucional tienen justificaciones distintas para garantizar el matrimonio en pie de igualdad. De otro lado, cabe resaltar la importancia del análisis del voto de la minoría que, en función de la rigidez y la literalidad de la Constitución, da una respuesta jurídica diametralmente diferente al caso del matrimonio.

La propuesta de una reforma constitucional para plantear la posibilidad jurídica de contraer matrimonio entre parejas del mismo sexo que propone el voto de minoría exhibe interesantes razones que descansan, en último término, en una voluntad no tan clara de los deseos del constituyente respecto a la definición de matrimonio, lo que explica los desencuentros interpretativos radicales con el voto de mayoría. Escenario que para efectos de los casos analizados supone enfrentar tradiciones jurídicas distintas respecto a los límites de la interpretación constitucional, pero que son ineludibles en la formación del derecho nacional y nos permite mostrar lo complejo de resolver casos difíciles.

En contraste, la opción de entender los casos a la luz de la interpretación integral, la adecuación a la dinámica de la sociedad o desde el principio teológico atendiendo a la Constitución, da como resultado una interpretación progresiva, hacia la que se encamina parte de la cultura jurídica nacional de manera desafante, ante la cual es un logro la autorización para conceder el poder de casarse a las personas del mismo sexo.

Así, las sentencias en estudio son un reflejo de lo que en los círculos académicos especializados en materia constitucional se debate, dando cuenta de los desacuerdos sobre el procedimiento a seguir para lograr la ampliación del matrimonio en Ecuador. Sin embargo, más allá de las tensiones, que son importantes, el gran reto es que tanto la ciudadanía como el Parlamento y la Corte Constitucional puedan recoger el *nomos* o la identidad de un pueblo heterogéneo reconocido en la Constitución, y que a partir de esa diversidad creen un vínculo de lealtad para con esta y sus valores, entre los cuales el de la igualdad de todas las personas es el que permite vertebrar el Estado constitucional de derechos y justicia ecuatoriano.

REFERENCIAS

- AÑÓN, M. *Los principios y valores que guían los derechos: igualdad*. En DE LUCAS, J. y RODRÍGUEZ, J. (coords.), *Derechos humanos y Constitución*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.
- ARANGO, R. *¿Hay respuestas correctas en el derecho?* Bogotá: Siglo del Hombre, 2016.
- BENAVIDES ORDÓÑEZ, J. *Los procedimientos de reforma en algunas constituciones de América Latina. Un estudio normativo con particular énfasis en la Constitución ecuatoriana de 2008*. En *Estudios Constitucionales*. N.º 1, 2018.

DULITZQKY, A. *Principio de igualdad y no discriminación. Claroscuros de la jurisprudencia interamericana*. En *Anuario de Derechos Humanos*. 2007.

ESCUDERO, J. *El cambio de cultura jurídica en la interpretación constitucional*. En INREDH, *Nuevas instituciones del derecho constitucional*. Quito: INREDH, 2009.

GARRORENA, A. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.

HERRERA, A. *Estudio introductorio*. En ELY, J. y SLAGSTAD, R. *Constitucionalismo y democracia*. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2001.

HESSE, K. *Escritos de derecho constitucional*. P. Cruz Villalón (trad.) Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

HÜBNER MENDES, C. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2015.

LOZADA, A. y RICAURTE, C. *Manual de argumentación jurídica*. Quito: CEDEC y Corte Constitucional, 2013.

PICONTÓ, T. *Familia, matrimonio y derecho a la libre opción de la sexualidad*. En DE LUCAS, J. y RODRÍGUEZ, J. (coords.), *Derechos humanos y Constitución*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.

POST, R. y REVA, S. *Constitucionalismo democrático. Por una reconciliación entre Constitución y pueblo*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2013.

SABA, R. *Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desventajados?* Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2016.

SABA, R. *Introducción. Matrimonio, autonomía e igualdad*. En ALTERIO, M. y NIEMBRO, R. (coords.), *La Suprema Corte y el matrimonio igualitario en México*, México, D.F.: UNAM, 2017.

TUSHNET, M. *Constitucionalismo y judicial review*. Lima: Palestra, 2013.

Normativa

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

Ecuador. Constitución de 2008. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.

Ecuador. Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Registro Oficial, Suplemento 52, 22 de octubre de 2009.

Ecuador. Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles. Registro Oficial, Suplemento 684, 4 de febrero de 2016.

Jurisprudencia

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-10 de 2000.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-731 de 2005.

- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-187 de 2006.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-189 de 2006.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-288 de 2009.
- Corte IDH. Opinión Consultiva OC-4/84.
- Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03.
- Corte IDH. Opinión Consultiva OC-24/17.
- Ecuador. Corte Constitucional. Sentencia 001-13-SCN-CC.
- Ecuador. Corte Constitucional. Sentencia 005-13-SCN-CC.
- Ecuador. Corte Constitucional. Sentencia 034-13-SCN-CC.
- Ecuador. Corte Constitucional. Sentencia 10-18-CN.
- Ecuador. Corte Constitucional. Sentencia 11-18-CN.
- Ecuador. Corte Constitucional. Voto salvado, Caso 10-18.
- Ecuador. Corte Constitucional. Voto salvado, Caso 11-18.

CODIGO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO SANCHEZ DE BUSTAMANTE

Codificación 1220
Registro Oficial Suplemento 153 de 25-nov.-2005
Estado: Vigente

TITULO PRELIMINAR

REGLAS GENERALES

Art. 1.- Los extranjeros que pertenezcan a cualesquiera de los Estados contratantes gozan, en el territorio de los demás, de los mismos derechos civiles que se concedan a los nacionales.

Cada Estado contratante puede, por razones de orden público, rehusar o subordinar a condiciones especiales el ejercicio de ciertos derechos civiles a los nacionales de los demás, y cualquiera de esos Estados puede, en tales casos, rehusar o subordinar el mismo ejercicio a los nacionales del primero.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (TITULO PRELIMINAR), Arts. 13*
- *CODIGO CIVIL (LIBRO I), Arts. 43*
- *CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, Arts. 9*

Art. 2.- Los extranjeros que pertenezcan a cualesquiera de los Estados contratantes gozarán asimismo en el territorio de los demás de garantías individuales idénticas a las de los nacionales, salvo las limitaciones que en cada uno establezcan la Constitución y las leyes.

Las garantías individuales idénticas no se extienden, salvo disposición especial de la legislación interior, al desempeño de funciones públicas, al derecho de sufragio y a otros derechos políticos.

Concordancias:

- *CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, Arts. 9, 11, 66*

Art. 3.- Para el ejercicio de los derechos civiles y para el goce de las garantías individuales idénticas, las leyes y reglas vigentes en cada Estado contratante se estiman

divididas en las tres clases siguientes:

- I.- Las que se aplican a las personas en razón de su domicilio o de su nacionalidad y las siguen aunque se trasladen a otro país, denominadas personales o de orden público interno.
- II.- Las que obligan por igual a cuantos residen en el territorio, sean o no nacionales, denominadas territoriales, locales o de orden público internacional.
- III.- Las que se aplican solamente mediante la expresión, la interpretación o la presunción de la voluntad de las partes o de alguna de ellas, denominadas voluntarias o de orden privado.

Concordancias:

- *CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, Arts. 9*
- *CODIGO CIVIL (TITULO PRELIMINAR), Arts. 14*

Art. 4.- Los preceptos constitucionales son de orden público internacional.

Art. 5.- Todas las reglas de protección individual y colectiva, establecidas por el Derecho Político y el Administrativo, son también de orden público internacional, salvo el caso de que expresamente se disponga en ellas lo contrario.

Art. 6.- En todos los casos no previstos por este Código, cada uno de los Estados contratantes aplicará su propia calificación a las instituciones o relaciones jurídicas que hayan de corresponder a los grupos de leyes mencionadas en el artículo 3.

Art. 7.- Cada Estado contratante aplicará como leyes personales las del domicilio, las de la nacionalidad o las que haya adoptado o adopte en lo adelante su legislación interior.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (TITULO PRELIMINAR), Arts. 14*

Art. 8.- Los derechos adquiridos al amparo de las reglas de este Código tienen plena eficacia extraterritorial en los Estados contratantes, salvo que se opusiere a alguno de sus efectos o consecuencias una regla de orden público internacional.

LIBRO PRIMERO
DERECHO CIVIL INTERNACIONAL

TITULO PRIMERO
DE LAS PERSONAS

CAPITULO I

DE LA NACIONALIDAD Y DE LA NATURALIZACION

Art. 9.- Cada Estado contratante aplicará su propio derecho a la determinación de la nacionalidad de origen de toda persona individual o jurídica y de su adquisición, pérdida o reintegración posteriores, que se hayan realizado dentro o fuera de su territorio, cuando una de las nacionalidades sujetas a controversia habitual sea de dicho Estado. En los demás casos, regirán las disposiciones que establecen los artículos restantes de este capítulo.

Concordancias:

- CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, Arts. 6, 7, 8

Art. 10.- A las cuestiones sobre nacionalidad de origen en que no esté interesado el Estado en que se debaten, se aplicará la ley de aquella de las nacionalidades discutidas en que tenga su domicilio la persona de que se trate.

Art. 11.- A falta de este domicilio, se aplicarán al caso previsto en el artículo anterior, los principios aceptados por la ley del juzgador.

Art. 12.- Las cuestiones sobre adquisición individual de una nueva nacionalidad, se resolverán de acuerdo con la ley de la nacionalidad que se suponga adquirida.

Concordancias:

- CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, Arts. 8

Art. 13.- A las naturalizaciones colectivas, en el caso de independencia de un Estado, se aplicará la ley del Estado nuevo, si ha sido reconocido por el Estado juzgador, y en su defecto, la del antiguo, todo sin perjuicio de las estipulaciones contractuales entre los dos Estados interesados, que serán siempre preferentes.

Art. 14.- A la pérdida de la nacionalidad debe aplicarse la ley de la nacionalidad perdida.

Concordancias:

- CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, Arts. 8

Art. 15.- La recuperación de la nacionalidad se somete a la ley de la nacionalidad que se recobra.

Art. 16.- La nacionalidad de origen de las corporaciones y de las fundaciones se determinará por la ley del Estado que las autorice o apruebe.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO I), Arts. 564, 565*

Art. 17.- La nacionalidad de origen de las asociaciones será la del país en que se constituyan, y en el deben registrarse o inscribirse, si exigiere ese requisito la legislación local.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO I), Arts. 565*

Art. 18.- Las sociedades civiles, no sean anónimas, tendrán la nacionalidad que establezca el contrato social y, en su caso, la del lugar donde radicare habitualmente (sic) su gerencia o dirección principal.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO IV), Arts. 1963*
- *LEY DE COMPAÑIAS, Arts. 5*

Art. 19.- Para las sociedades anónimas se determinará la nacionalidad por el contrato social y, en su caso, por la ley del lugar en que se reúna normalmente la junta general de accionistas y, en su defecto, por la del lugar en que radique su principal junta o consejo directivo o administrativo.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO IV), Arts. 1965, 1968*
- *LEY DE COMPAÑIAS, Arts. 143*

Art. 20.- El cambio de nacionalidad de las corporaciones, fundaciones, asociaciones y sociedades, salvo los casos de variación de la soberanía territorial, habrá de sujetarse a las condiciones exigidas por su ley antigua y por la nueva.

Si cambiare la soberanía territorial, en el caso de independencia, se aplicará la regla establecida en el artículo 13 para las naturalizaciones colectivas.

Art. 21.- Las disposiciones del artículo 9 en cuanto se refieran a personas jurídicas y las de los artículos 16 y 20, no serán aplicadas a los Estados contratantes que no atribuyan nacionalidad a dichas personas jurídicas.

CAPITULO II DEL DOMICILIO

Art. 22.- El concepto, adquisición, pérdida y recuperación del domicilio general y especial de las personas naturales o jurídicas se regirán por la ley territorial.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO I), Arts. 45*

Art. 23.- El domicilio de los funcionarios diplomáticos y el de los individuos que residan temporalmente en el extranjero por empleo o comisión de su Gobierno o para estudios científicos o artísticos, será el último que hayan tenido en su territorio nacional.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO I), Arts. 48, 49, 51*

Art. 24.- El domicilio legal del jefe de la familia se extiende a la mujer y los hijos no emancipados, y el del tutor o curador a los menores o incapacitados bajo su guarda, si no dispone lo contrario la legislación personal de aquellos a quienes se atribuye el domicilio de otro.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO I), Arts. 57, 58, 59*

Art. 25.- Las cuestiones sobre cambio de domicilio de las personas naturales o jurídicas, se resolverán de acuerdo con la ley del Tribunal, si fuere el de uno de los Estados interesados, y en su defecto, por la del lugar en que se pretenda haber adquirido el último domicilio.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO I), Arts. 51, 55*

Art. 26.- Para las personas que no tengan domicilio se entenderá como tal el de su residencia, o en donde se encuentren.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO I), Arts. 48, 54*

CAPITULO III DEL NACIMIENTO, DE LA EXTINCIÓN Y DE LAS CONSECUENCIAS DE LA PERSONALIDAD CIVIL

Sección I De las personas individuales

Art. 27.- La capacidad de las personas individuales se rige por su ley personal, salvo las restricciones establecidas para su ejercicio por este Código o por el derecho local.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO I), Arts. 41*
- *CODIGO CIVIL (LIBRO IV), Arts. 1462, 1463*
- *CODIGO DEL TRABAJO, Arts. 35*
- *LEY DE COMPAÑIAS, Arts. 145*
- *CODIGO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO SANCHEZ DE BUSTAMANTE, Arts. 176*

Art. 28.- Se aplicará la ley personal para decidir si el nacimiento determina la personalidad y si al concebido se le tiene por nacido para todo lo que le sea favorable así como para la viabilidad y los efectos de la prioridad del nacimiento en el caso de partos dobles o múltiples.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO I), Arts. 60, 63*

Art. 29.- Las presunciones de supervivencia o de muerte simultánea, en defecto de prueba, se regulan por la ley personal de cada uno de los fallecidos, en cuanto a su respectiva sucesión.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (TITULO PRELIMINAR), Arts. 32*
- *CODIGO CIVIL (LIBRO I), Arts. 65*

Art. 30.- Cada Estado aplica su propia legislación para declarar extinguida la personalidad civil por la muerte natural de las personas individuales y la desaparición o disolución oficial de las personas jurídicas, así como para decidir si la menor edad, la demencia o imbecilidad, la sordomudez, la prodigalidad y la interdicción civil son

únicamente restricciones de la personalidad, que permiten derechos y aún ciertas obligaciones.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (TITULO PRELIMINAR), Arts. 34*
- *CODIGO CIVIL (LIBRO I), Arts. 64, 66*
- *CODIGO CIVIL (LIBRO IV), Arts. 1463, 2002*

Sección II
De las personas jurídicas

Art. 31.- Cada Estado contratante, en su carácter de persona jurídica, tiene capacidad para adquirir y ejercitar derechos civiles y contraer obligaciones de igual clase en el territorio de los demás, sin otras restricciones que las establecidas expresamente por el derecho local.

Art. 32.- El concepto y reconocimiento de las personas jurídicas se regirán por la ley territorial.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO I), Arts. 564, 570*

Art. 33.- Salvo las restricciones establecidas en los dos artículos anteriores, la capacidad civil de las corporaciones se rige por la ley que las hubiere creado o reconocido; la de las fundaciones, por las reglas de su institución aprobadas por la autoridad correspondiente, si lo exigiere su derecho nacional, y la de las asociaciones por sus estatutos, en iguales condiciones.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO I), Arts. 564, 565*
- *CODIGO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO SANCHEZ DE BUSTAMANTE, Arts. 176*

Art. 34.- Con iguales restricciones, la capacidad civil de las sociedades civiles, mercantiles o industriales, se rige por las disposiciones relativas al contrato de sociedad.

Art. 35.- La ley local se aplica para atribuir los bienes de las personas jurídicas que dejan de existir, si el caso no está previsto de otro modo en sus estatutos, cláusulas fundacionales, o en el derecho vigente respecto de las sociedades.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO I). Arts. 579*
- *CODIGO CIVIL (LIBRO III). Arts. 1338*
- *CODIGO CIVIL (LIBRO IV). Arts. 2019*

CAPITULO IV DEL MATRIMONIO Y DEL DIVORCIO

Sección I

De las condiciones jurídicas que han de preceder a la celebración del matrimonio

Art. 36.- Los contrayentes estarán sujetos a su ley personal en todo lo que se refiera a la capacidad para celebrar el matrimonio, al consentimiento o consejo paternos, a los impedimentos y a su dispensa.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO I). Arts. 83, 86, 87*

Art. 37.- Los extranjeros deben acreditar antes de casarse, que han llenado las condiciones exigidas por sus leyes personales en cuanto a lo dispuesto en el artículo precedente. Podrán justificarlo mediante certificación de sus funcionarios diplomáticos o agentes consulares o por otros medios que estime suficientes, la autoridad local, que tendrá en todo caso completa libertad de apreciación.

Art. 38.- La legislación local es aplicable a los extranjeros en cuanto a los impedimentos que por su parte establezca y que no sean dispensables, a la forma del consentimiento, a la fuerza obligatoria o no de los espousales, a la oposición al matrimonio, a la obligación de denunciar los impedimentos y las consecuencias civiles de la denuncia falsa, a la forma de las diligencias preliminares y a la autoridad competente para celebrarlo.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO I). Arts. 88, 91*

Art. 39.- Se rige por la ley personal común de las partes y, en su defecto, por el derecho local, la obligación o no de indemnización por la promesa del matrimonio incumplido o por la publicación de proclamas en igual caso.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO I). Arts. 88*

Art. 40.- Los Estados contratantes no quedan obligados a reconocer el matrimonio celebrado en cualquiera de ellos, por sus nacionales o por extranjeros, que contrarie sus disposiciones relativas a la necesidad de la disolución de un matrimonio anterior, a los grados de consanguinidad o afinidad respecto de los cuales exista impedimento absoluto, a la prohibición de casarse establecida respecto a los culpables de adulterio, en cuya virtud se haya disuelto el matrimonio de uno de ellos, y a la misma prohibición respecto al responsable de atentado a la vida de uno de los cónyuges, para casarse con el sobreviviente, o a cualquiera otra causa de nulidad insubsanable.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (TITULO PRELIMINAR), Arts. 14*
- *CODIGO CIVIL (LIBRO I), Arts. 91*

Sección II
De la forma del matrimonio

Art. 41.- Se tendrá en todas partes como válido en cuanto a la forma, el matrimonio celebrado en la que establezcan como eficaz las leyes del país en que se efectúe. Sin embargo, los Estados cuya legislación exija una ceremonia religiosa, podrán negar validez a los matrimonios contraídos por sus nacionales en el extranjero, sin observar esa forma.

Art. 42.- En los países en donde las leyes lo admitan, los matrimonios contraídos ante los funcionarios diplomáticos o agentes consulares de ambos contrayentes, se ajustarán a su ley personal, sin perjuicio de que les sean aplicables las disposiciones del artículo 40.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO I), Arts. 104*

Sección III
De los efectos del matrimonio en cuanto a las personas de los cónyuges

Art. 43.- Se aplicará el derecho personal de ambos cónyuges y, si fuera diverso, el del marido, en lo que toque a los deberes respectivos de protección y obediencia, a la obligación o no de la mujer de seguir al marido cuando cambie de residencia, a la disposición y administración de los bienes comunes y a los demás efectos especiales del matrimonio.

Art. 44.- La ley personal de la mujer regirá la disposición y administración de sus bienes propios y su comparecencia en juicio.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO I), Arts. 113, 116, 123, 141, 142, 158, 159, 164*
- *CODIGO DE COMERCIO, Arts. 18*

Art. 45.- Se sujeta al derecho territorial la obligación de los cónyuges de vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO I), Arts. 136*

Art. 46.- También se aplica imperativamente el derecho local que prive de los efectos civiles al matrimonio del bígamo.

Sección IV
De la nulidad del matrimonio y sus efectos

Art. 47.- La nulidad del matrimonio debe regularse por la misma ley a que esté sometida la condición intrínseca o extrínseca que la motive.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO I), Arts. 91, 94, 95, 96*

Art. 48.- La coacción, el miedo y el rapto, como causas de nulidad del matrimonio, se rigen por la ley del lugar de la celebración.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO I), Arts. 96*

Art. 49.- Se aplicará la ley personal de ambos cónyuges, si fuere común; en su defecto, la del cónyuge que haya obrado de buena fe y, a falta de ambas, la del varón, a las reglas sobre el cuidado de los hijos de matrimonios nulos, en los casos en que no puedan o no quieran estipular nada sobre ésto los padres.

Art. 50.- La propia ley personal debe aplicarse a los demás efectos civiles del matrimonio nulo, excepto los que ha de producir respecto de los bienes de los cónyuges, que seguirán la ley del régimen económico matrimonial.

Art. 51.- Son de orden público internacional las reglas que señalan los efectos judiciales de la demanda de nulidad.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO I), Arts. 98, 99*

Sección V
De la separación de cuerpos y del divorcio

Art. 52.- El derecho a la separación de cuerpos y al divorcio, se regula por la ley del domicilio conyugal, pero no puede fundarse en causas anteriores a la adquisición de dicho domicilio si no las autoriza con iguales efectos la ley personal de ambos cónyuges.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO I), Arts. 105*

Art. 53.- Cada Estado contratante tiene el derecho de permitir o reconocer o no, el divorcio o el nuevo matrimonio de personas divorciadas en el extranjero, en casos, con efectos o por causas que no admite su derecho personal.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO I), Arts. 91, 92, 93, 128*

Art. 54.- Las causas del divorcio y de la separación de cuerpos se someterán a la ley del lugar en que se soliciten, siempre que en el estén domiciliados los cónyuges.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO I), Arts. 92, 93, 105, 107, 110*

Art. 55.- La ley del juez ante quien se litiga determina las consecuencias judiciales de la demanda y los pronunciamientos de la sentencia respecto de los cónyuges y de los hijos.

Art. 56.- La separación de cuerpos y el divorcio, obtenidos conforme a los artículos que preceden, surten efectos civiles de acuerdo con la legislación del Tribunal que los otorga, en los demás Estados contratantes, salvo lo dispuesto en el artículo 53.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO I), Arts. 108*

CAPITULO V DE LA PATERNIDAD Y FILIACION

Art. 57.- Son reglas de orden público interno, debiendo aplicarse la ley personal del hijo si fuere distinta a la del padre, las relativas a presunción de legitimidad y sus condiciones, las que confieren el derecho al apellido y las que determinan las pruebas de la filiación y regulan la sucesión del hijo.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (TITULO PRELIMINAR), Arts. 24, 25, 32*
- *CODIGO CIVIL (LIBRO I), Arts. 233, 246*

Art. 58.- Tienen el mismo carácter, pero se aplica la ley personal del padre, las que otorgan a los hijos legitimados derechos sucesorios.

Art. 59.- Es de orden público internacional la regla que da al hijo el derecho a alimentos.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (TITULO PRELIMINAR), Arts. 7*
- *CODIGO CIVIL (LIBRO I), Arts. 108, 115, 268, 349*
- *CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, Arts. 724, 725, 726, 727, 728, 729, 730*

Art. 60.- La capacidad para legitimar se rige por la ley personal del padre y la capacidad para ser legitimado por la ley personal del hijo, requiriendo la legitimación la concurrencia de las condiciones exigidas en ambas.

Art. 61.- La prohibición de legitimar hijos no simplemente naturales es de orden público internacional.

Art. 62.- Las consecuencias de la legitimación y la acción para impugnarla se someten a la ley personal del hijo.

Art. 63.- La investigación de la paternidad y de la maternidad y su prohibición se regulan por el derecho territorial.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO I), Arts. 255, 257, 259*

Art. 64.- Dependen de la ley personal del hijo las reglas que señalan condiciones al reconocimiento, obligan a hacerlo en ciertos casos, establecen las acciones a ese efecto, conceden o niegan el apellido y señalan causas de nulidad.

Art. 65.- Se subordinan a la ley personal del padre los derechos sucesorios de los hijos ilegítimos, y a la personal del hijo de los padres ilegítimos.

Art. 66.- La forma y circunstancia del reconocimiento de los hijos ilegítimos se subordinan al derecho territorial.

CAPITULO VI DE LOS ALIMENTOS ENTRE PARIENTES

Art. 67.- Se sujetarán a la ley personal del alimentado el concepto legal de los alimentos, el orden de su prestación, la manera de suministrarlos y la extensión de ese derecho.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO I), Arts. 349*
- *CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, Arts. 63, 724, 725, 726, 727, 728, 729, 730*

Art. 68.- Son de orden público internacional las disposiciones que establecen el deber de prestar alimentos, su cuantía, reducción y aumento, la oportunidad en que se deben y la forma de su pago, así como las que prohíben renunciar y ceder ese derecho.

Concordancias:

- *CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, Arts. 63, 724, 725, 726, 727, 728, 729, 730*
- *CODIGO CIVIL (LIBRO I), Arts. 349, 362*

CAPITULO VII DE LA PATRIA POTESTAD

Art. 69.- Están sometidos a la ley personal del hijo la existencia y el alcance general de la patria potestad respecto de la persona y los bienes, así como de las causas de su extinción y recobro y la limitación por las nuevas nupcias del derecho de castigar.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO I), Arts. 283*

Art. 70.- La existencia del derecho de usufructo y las demás reglas aplicables a las

diferentes clases de peculio, se someten también a la ley personal del hijo, sea cual fuere la naturaleza de los bienes y el lugar en que se encuentren.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO I), Arts. 285*

Art. 71.- Lo dispuesto en el artículo anterior ha de entenderse en territorio extranjero, sin perjuicio de los derechos de tercero que la ley local otorgue y de las disposiciones locales sobre publicidad y especialidad de garantías hipotecarias.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO I), Arts. 285*

Art. 72.- Son de orden público internacional las disposiciones que determinen la naturaleza y límites de la facultad del padre para corregir y castigar y su recurso a las autoridades, así como las que lo priven de la potestad por incapacidad, ausencia o sentencia.

**CAPITULO VIII
DE LA ADOPCION**

Art. 73.- La capacidad para adoptar y ser adoptados y las condiciones y limitaciones de la adopción se sujetan a la ley personal de cada uno de los interesados.

Art. 74.- Se regulan por la ley personal del adoptante sus efectos en cuanto a la sucesión de éste, y por la del adoptado, lo que se refiere al apellido y a los derechos y deberes que conserve respecto de su familia natural, así como a su sucesión respecto del adoptante.

Art. 75.- Cada uno de los interesados podrá impugnar la adopción de acuerdo con las prescripciones de su ley personal.

Art. 76.- Son de orden público internacional las disposiciones que en esta materia regulan el derecho a alimentos y las que establecen para la adopción, formas solemnes.

Art. 77.- Las disposiciones de los cuatro artículos precedentes no se aplicarán a los Estados cuya legislación no reconozca la adopción.

**CAPITULO IX
DE LA AUSENCIA**

Art. 78.- Las medidas provisionales en caso de ausencia, son de orden público internacional.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO I), Arts. 69, 72*

Art. 79.- No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, se designará la representación del presunto ausente de acuerdo con la ley personal.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO I), Arts. 73*

Art. 80.- La ley personal del ausente determina a quien compete la acción para pedir esa declaratoria y establece el orden y condiciones de los administradores.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO I), Arts. 67*

Art. 81.- El derecho local debe aplicarse para decidir cuando se hace y surte efecto la declaración de ausencia y cuando y como debe cesar la administración de los bienes del ausente, así como a la obligación y forma de rendir cuentas.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO I), Arts. 67, 69*

Art. 82.- Todo lo que se refiere a la presunción de muerte del ausente y a sus derechos eventuales se regula por su ley personal.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (TITULO PRELIMINAR), Arts. 32*
- *CODIGO CIVIL (LIBRO I), Arts. 66, 67*

Art. 83.- La declaración de ausencia o de su presunción, así como su cesación y la de presunción de muerte del ausente, tienen eficacia extraterritorial, incluso en cuanto al nombramiento y facultades de los administradores.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO I), Arts. 66, 67*

CAPITULO X DE LA TUTELA

Art. 84.- Se aplicará la ley personal del menor o incapacitado para lo que toque al objeto de la tutela o curatela, su organización y sus especies.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (TITULO PRELIMINAR), Arts. 7*
- *CODIGO CIVIL (LIBRO I), Arts. 58, 367*

Art. 85.- La propia ley debe observarse en cuanto a la institución del protutor.

Art. 86.- A las incapacidades y excusas para la tutela, curatela y protutela, deben aplicarse simultáneamente las leyes personales del tutor, curador o prototor y del menor o incapacitado.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO I), Arts. 517, 518, 531, 558*

Art. 87.- El afianzamiento de la tutela o curatela y las reglas para su ejercicio se someten a la ley personal del menor o incapacitado. Si la fianza fuere hipotecaria o pignorática deberá constituirse en la forma prevenida por la ley local.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO I), Arts. 399, 400, 401*

Art. 88.- Se rigen también por la ley personal del menor o incapacitado las obligaciones relativas a las cuentas, salvo las responsabilidades de orden penal, que son territoriales.

Art. 89.- En cuanto al registro de tutelas, se aplicarán simultáneamente la ley local y las personales del tutor o curador y del menor o incapacitado.

Art. 90.- Son de orden público internacional los preceptos que obligan al Ministerio Público o a cualquier funcionario local, a solicitar la declaración de incapacidad de dementes y sordomudos y los que fijen los trámites de esa declaración.

Art. 91.- Son también de orden público internacional las reglas que establecen las

consecuencias de la interdicción.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO I), Arts. 371, 383, 464*

Art. 92.- La declaratoria de incapacidad y la interdicción civil surten efectos extraterritoriales.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO I), Arts. 463, 464*

Art. 93.- Se aplicará la ley local a la obligación del tutor o curador de alimentar al menor o incapacitado y a la facultad de corregirlos solo moderadamente.

Art. 94.- La capacidad para ser miembro de un consejo de familia se regula por la ley personal del interesado.

Art. 95.- Las incapacidades especiales y la organización, funcionamiento, derechos y deberes del consejo de familia, se someten a la ley personal del sujeto a tutela.

Art. 96.- En todo caso, las actas y acuerdos del consejo de familia deberán ajustarse a las formas y solemnidades prescritas por la ley del lugar en que se reúna.

Art. 97.- Los Estados contratantes que tengan por ley personal la del domicilio podrán exigir, cuando cambie el de los incapaces de un país para otro, que se ratifique o se discrierna de nuevo la tutela o curatela.

**CAPITULO XI
DE LA PRODIGALIDAD**

Art. 98.- La declaración de prodigalidad y sus efectos se sujetan a la ley personal del próódigo.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO I), Arts. 463, 466*

Art. 99.- No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, no se aplicará la ley del domicilio a la declaración de prodigalidad de las personas cuyo derecho personal desconozca esta institución.

Art. 100. - La declaración de prodigalidad, hecha en uno de los Estados contratantes, tiene eficacia extraterritorial respecto de los demás, en cuanto el derecho local lo permita.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO I), Arts. 465*

**CAPITULO XII
DE LA EMANCIPACION Y DE LA MAYOR EDAD**

Art. 101. - Las reglas aplicables a la emancipación y la mayor edad son las establecidas por la legislación personal del interesado.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (TITULO PRELIMINAR), Arts. 21, 28*
- *CODIGO CIVIL (LIBRO I), Arts. 266, 300, 301, 308*
- *CODIGO CIVIL (LIBRO IV), Arts. 1461, 1462*
- *CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, Arts. 34, 56, 381*
- *CODIGO DE COMERCIO, Arts. 2, 6, 7, 8, 10, 66, 80, 105*
- *CODIGO DEL TRABAJO, Arts. 35*
- *LEY DE COMPAÑIAS, Arts. 42, 98*

Art. 102. - Sin embargo, la legislación local puede declararse aplicable a la mayor edad como requisito para optar la nacionalidad de dicha legislación.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (TITULO PRELIMINAR), Arts. 21*

**CAPITULO XIII
DEL REGISTRO CIVIL**

Art. 103. - Las disposiciones relativas al registro civil son territoriales, salvo en lo que toca al que lleven los agentes consulares o funcionarios diplomáticos.

Lo prescrito en este artículo no afecta los derechos de otro Estado en relaciones jurídicas sometidas al Derecho Internacional Público.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO I), Arts. 100, 104, 128, 332*

Art. 104.- De toda inscripción relativa a un nacional de cualquiera de los Estados contratantes, que se haga en el registro civil de otro, debe enviarse, gratuitamente y por la vía diplomática, certificación literal y oficial al país del interesado.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO I), Arts. 104*

TITULO SEGUNDO
DE LOS BIENES

CAPITULO I
DE LA CLASIFICACION DE LOS BIENES

Art. 105.- Los bienes, sea cual fuere su clase, están sometidos a la ley de la situación.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (TITULO PRELIMINAR), Arts. 15*
- *CODIGO CIVIL (LIBRO II), Arts. 583*

Art. 106.- Para los efectos del artículo anterior se tendrá en cuenta, respecto de los bienes muebles corporales y para los títulos representativos de créditos de cualquier clase, el lugar de su situación ordinaria o normal.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO II), Arts. 584, 585, 586*
- *CODIGO DE COMERCIO, Arts. 43, 727*

Art. 107.- La situación de los créditos se determina por el lugar en que deben hacerse efectivos, y, si no estuviere precisado, por el domicilio del deudor.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO II), Arts. 596*
- *CODIGO CIVIL (LIBRO IV), Arts. 2367*
- *CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, Arts. 444*

Art. 108.- La propiedad industrial, la intelectual y los demás derechos análogos de naturaleza económica que autorizan el ejercicio de ciertas actividades acordadas por la

ley, se consideran situados donde se hayan registrado oficialmente.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO II), Arts. 601*

Art. 109.- Las concesiones se reputan situadas donde se hayan obtenido legalmente.

Art. 110.- A falta de toda otra regla y además para los casos no previstos en este Código, se entenderá que los bienes muebles de toda clase están situados en el domicilio de su propietario, o, en su defecto, en el del tenedor.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO II), Arts. 585*

Art. 111.- Se exceptúan de lo dispuesto en el artículo anterior las cosas dadas en prenda, que se consideran situadas en el domicilio de la persona en cuya posesión se hayan puesto.

Art. 112.- Se aplicará siempre la ley territorial para distinguir entre los bienes muebles e inmuebles, sin perjuicio de los derechos adquiridos por terceros.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO II), Arts. 584, 586, 588*
- *CODIGO DE COMERCIO, Arts. 43, 727*

Art. 113.- A la propia ley territorial se sujetan las demás clasificaciones jurídicas de los bienes.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO II), Arts. 584*
- *CODIGO DE COMERCIO, Arts. 43, 727*

CAPITULO II DE LA PROPIEDAD

Art. 114.- La propiedad de familia inalienable y exenta de gravámenes y embargos, se regula por la ley de la situación.

Sin embargo, los nacionales de un Estado contratante en que no se admite o regule esa clase de propiedad no podrán tenerla u organizarla en otro, sino en cuanto no perjudique a sus herederos forzosos.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO II), Arts. 599, 835, 839*

Art. 115.- La propiedad intelectual y la industrial se regirán por lo establecido en los convenios internacionales especiales ahora existentes o que en lo sucesivo se acuerden.

A falta de ellos, su obtención, registro y disfrute quedarán sometidos al derecho local que los otorgue.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (TITULO PRELIMINAR), Arts. 4*
- *CODIGO CIVIL (LIBRO II), Arts. 601*
- *LEY ORGANICA DE EMPRESAS PUBLICAS, LOEP, Arts. 20*

Art. 116.- Cada Estado contratante tiene la facultad de someter a reglas especiales, respecto de los extranjeros, la propiedad minera, la de buques de pesca y cabotaje, las industrias en el mar territorial y en la zona marítima y la obtención y disfrute de concesiones y obras de utilidad pública y de servicio público.

Art. 117.- Las reglas generales sobre propiedad y modos de adquirirla o enajenarla entre vivos, incluso las aplicables al tesoro oculto, así como las que rigen las aguas de dominio público y privado y sus aprovechamientos son de orden público internacional.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO II), Arts. 599, 603*

CAPITULO III DE LA COMUNIDAD DE BIENES

Art. 118.- La comunidad de bienes se rige, en general, por el acuerdo o voluntad de las partes y en su defecto por la ley del lugar. Este último se tendrá como domicilio de la comunidad a falta de pacto en contrario.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO II), Arts. 882*

- *CODIGO CIVIL (LIBRO IV), Arts. 1453, 1751, 2185, 2204, 2319*

Art. 119.- Se aplicará siempre la ley local, con carácter exclusivo, al derecho de pedir la división de la cosa común y a las formas y condiciones de su ejercicio.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO III), Arts. 1338*
- *CODIGO CIVIL (LIBRO IV), Arts. 2214*

Art. 120.- Son de orden público internacional las disposiciones sobre deslinde y amojonamiento y derecho a cerrar las fincas rústicas y las relativas a edificios ruinosos y árboles que amenacen caerse.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO II), Arts. 878, 879, 880*
- *LEY ORGANICA DE EMPRESAS PUBLICAS, LOEP, Arts. 20*

CAPITULO IV DE LA POSESION

Art. 121.- La posesión y sus efectos se rigen por la ley local.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (TITULO PRELIMINAR), Arts. 7*
- *CODIGO CIVIL (LIBRO II), Arts. 599, 622, 715*

Art. 122.- Los modos de adquirir la posesión se rigen por la ley aplicable a cada uno de ellos según su naturaleza.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO II), Arts. 599, 603, 717*

Art. 123.- Se determinan por la ley del tribunal los medios y trámites utilizables para que se mantenga en posesión al poseedor inquietado, perturbado o despojado a virtud de medidas o acuerdos judiciales o por consecuencia de ellos.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO II), Arts. 717, 960*

CAPITULO V DEL USUFRUCTO, DEL USO Y DE LA HABITACION

Art. 124.- Cuando el usufructo se constituya por mandato de la ley de un Estado contratante, dicha ley lo regirá obligatoriamente.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (TITULO PRELIMINAR), Arts. 7*
- *CODIGO CIVIL (LIBRO II), Arts. 595, 780*

Art. 125.- Si se ha constituido por la voluntad de los particulares manifestada en actos entre vivos o mortis causa, se aplicarán respectivamente la ley del acto o la de la sucesión.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO II), Arts. 780*

Art. 126.- Si surge por prescripción, se sujetará a la ley local que la establezca.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO II), Arts. 780*

Art. 127.- Depende de la ley personal del hijo el precepto que releva o no de fianza al padre usufructuario.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO I), Arts. 287*
- *CODIGO CIVIL (LIBRO II), Arts. 780*

Art. 128.- Se subordina a la ley de la sucesión la necesidad de que preste fianza el cónyuge superviviente por el usufructo hereditario y por la obligación del usufructuario de pagar ciertos legados o deudas hereditarias.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO II), Arts. 778*
- *CODIGO CIVIL (LIBRO III), Arts. 1370, 1372, 1384*

Art. 129.- Son de orden público internacional las reglas que definen el usufructo y las formas de constitución, las que fijan las causas legales por las que se extingue y la que lo limita a cierto número de años para los pueblos, corporaciones o sociedades.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO II), Arts. 778, 780, 820*
- *LEY DE COMPAÑIAS, Arts. 180*

Art. 130.- El uso y la habitación se rigen por la voluntad de la parte o partes que los establezcan.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO II), Arts. 595, 747, 825*
- *CODIGO CIVIL (LIBRO IV), Arts. 1634*

CAPITULO VI DE LAS SERVIDUMBRES

Art. 131.- Se aplicará el derecho local al concepto y clasificación de las servidumbres, a los modos no convencionales de adquirirlas y de extinguirse y a los derechos y obligaciones en este caso, de los propietarios de los predios dominante y sirviente.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (TITULO PRELIMINAR), Arts. 7*
- *CODIGO CIVIL (LIBRO II), Arts. 859, 860, 861, 862, 863, 872, 875, 924*

Art. 132.- Las servidumbres de origen contractual o voluntario se someten a la ley del acto o relación jurídica que las origina.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (TITULO PRELIMINAR), Arts. 7*
- *CODIGO CIVIL (LIBRO II), Arts. 944*

Art. 133.- Se exceptúan de lo dispuesto en el artículo anterior, la comunidad de pastos en

terrenos públicos y la redención del aprovechamiento de leñas y demás productos de los montes de propiedad particular, que están sujetas a la ley territorial.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO II), Arts. 793, 870, 924*

Art. 134.- Son de orden privado las reglas aplicables a las servidumbres legales que se imponen en interés o por utilidad particular.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO II), Arts. 614, 870, 875*

Art. 135.- Debe aplicarse el derecho territorial al concepto y enumeración de las servidumbres legales y a la regulación no convencional de las de aguas, paso, medianería, luces y vistas, desagüe de edificios, y distancias y obras intermedias para construcciones y plantaciones.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO II), Arts. 875*

**CAPITULO VII
DE LOS REGISTROS DE LA PROPIEDAD**

Art. 136.- Son de orden público internacional las disposiciones que establecen y regulan los registros de la propiedad, e imponen su necesidad respecto de terceros.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO I), Arts. 151, 468*
- *CODIGO CIVIL (LIBRO II), Arts. 702*

Art. 137.- Se inscribirán en los registros de la propiedad de cada uno de los Estados contratantes los documentos o títulos inscribibles otorgados en otro, que tengan fuerza en el primero con arreglo a este Código, y las ejecutorias a que de acuerdo con el mismo se de cumplimiento en el Estado a que el registro corresponde, o tengan en el fuerza de cosa juzgada.

Art. 138.- Las disposiciones sobre hipoteca legal a favor del Estado, de las provincias o de los pueblos, son de orden público internacional.

Art. 139.- La hipoteca legal que algunas leyes acuerdan en beneficio de ciertas personas individuales, solo será exigible cuando la ley personal concuerde con la ley del lugar en que se hallen situados los bienes afectados por ella.

TITULO TERCERO DE LOS VARIOS MODOS DE ADQUIRIR

CAPITULO I REGLA GENERAL

Art. 140.- Se aplica el derecho local a los modos de adquirir respecto de los cuales no haya en este Código, disposiciones en contrario.

CAPITULO II DE LAS DONACIONES

Art. 141.- Cuando fueren de origen contractual, las donaciones quedarán sometidas, para su perfección y efectos entre vivos, a las reglas generales de los contratos.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO III), Arts. 1444*
- *CODIGO CIVIL (LIBRO IV), Arts. 1454, 1456*

Art. 142.- Se sujetará a la ley personal respectiva del donante y del donatario la capacidad de cada uno de ellos.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO I), Arts. 141*
- *CODIGO CIVIL (LIBRO III), Arts. 1403*
- *CODIGO CIVIL (LIBRO IV), Arts. 1461, 1462, 1463*

Art. 143.- Las donaciones que hayan de producir efecto por muerte del donante, participarán de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad y se regirán por las reglas internacionales establecidas en este Código para la sucesión testamentaria.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO III), Arts. 1038, 1163*

CAPITULO III

DE LAS SUCESIONES EN GENERAL

Art. 144.- Las sucesiones intestadas y las testamentarias, incluso en cuanto al orden de suceder, a la cuantía de los derechos sucesorios y a la validez intrínseca de las disposiciones, se regirán, salvo los casos de excepción más adelante establecidos, por la ley personal del causante, sea cual fuere la naturaleza de los bienes y el lugar en que se encuentren.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO III). Arts. 993, 994, 997, 1021, 1023, 1035, 1128*
- *CODIGO DEL TRABAJO, Arts. 383*

Art. 145.- Es de orden público internacional el precepto en cuya virtud los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO III). Arts. 997*

CAPITULO IV DE LOS TESTAMENTOS

Art. 146.- La capacidad para disponer por testamento se regula por la ley personal del testador.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO III). Arts. 1043, 1062*
- *CODIGO CIVIL (LIBRO IV). Arts. 1462, 1463*

Art. 147.- Se aplicará la ley territorial a las reglas establecidas por cada Estado para comprobar que el testador demente está en un intervalo lúcido.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO I). Arts. 486, 530*

Art. 148.- Son de orden público internacional las disposiciones que no admiten el testamento mancomunado, el ológrafo y el verbal, y las que lo declaran acto personalísimo.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO III), Arts. 1041, 1042, 1046*

Art. 149.- También son de orden público internacional las reglas sobre forma de papeles privados relativos al testamento y sobre nulidad del otorgado con violencia, dolo o fraude.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (TITULO PRELIMINAR), Arts. 10*
- *CODIGO CIVIL (LIBRO III), Arts. 1045*
- *CODIGO CIVIL (LIBRO IV), Arts. 1467, 1472, 1474, 1697*

Art. 150.- Los preceptos sobre forma de los testamento son de orden público internacional, con excepción de los relativos al testamento otorgado en el extranjero, y al militar y marítimo en los casos en que se otorguen fuera del país.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO III), Arts. 1046, 1068, 1073, 1077*

Art. 151.- Se sujetan a la ley personal del testador la procedencia, condiciones y efectos de la revocación de un testamento, pero la presunción de haberlo revocado se determina por la ley local.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO III), Arts. 1039*

**CAPITULO V
DE LA HERENCIA**

Art. 152.- La capacidad para suceder por testamento o sin él se regula por la ley personal del heredero o legatario.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO III), Arts. 996, 1004, 1005, 1006, 1007*
- *CODIGO CIVIL (LIBRO IV), Arts. 1461, 1462, 1463*

Art. 153.- No obstante lo dispuesto en el artículo precedente, son de orden público internacional las incapacidades para suceder que los Estados contratantes consideren como tales.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO III), Arts. 1006, 1007, 1405*

Art. 154.- La institución de herederos y la sustitución se ajustarán a la ley personal del testador.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO III), Arts. 1183*

Art. 155.- Se aplicará, no obstante, el derecho local a la prohibición de sustituciones fideicomisarias que pasen del segundo grado o que se hagan en favor de personas que no vivan al fallecimiento del testador y de las que envuelvan prohibición perpetua de enajenar.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO III), Arts. 1183, 1191*

Art. 156.- El nombramiento y las facultades de los albaceas o ejecutores testamentarios, dependen de la ley personal del difunto y deben ser reconocidos en cada uno de los Estados contratantes de acuerdo con esa ley.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO III), Arts. 1293, 1294*
- *CODIGO TRIBUTARIO, Arts. 29*

Art. 157.- En la sucesión intestada, cuando la ley llame al Estado como heredero, en defecto de otros, se aplicará la ley personal del causante; pero si lo llama como ocupante de cosas nullius se aplica el derecho local.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO III), Arts. 1023, 1032, 1033*

Art. 158.- Las precauciones que deben adoptarse cuando la viuda quede encinta, se ajustarán a lo dispuesto en la legislación del lugar en que se encuentre.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO I), Arts. 243*

Art. 159.- Las formalidades requeridas para aceptar la herencia a beneficio de inventario o para hacer uso del derecho de deliberar, se ajustarán a la ley del lugar en que la sucesión se abra, bastando eso para sus efectos extraterritoriales.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO III), Arts. 1270*

Art. 160. - Es de orden público internacional el precepto que se refiera a la proindivisión ilimitada de la herencia o establezca la partición provisional.

Art. 161.- La capacidad para solicitar y llevar a cabo la división se sujeta a la ley personal del heredero.

Art. 162.- El nombramiento y las facultades del contador o perito partidor dependen de la ley personal del causante.

Art. 163.- A la misma ley se subordina el pago de las deudas hereditarias. Sin embargo, los acreedores que tuvieren garantía de carácter real, podrán hacerla efectiva de acuerdo con la ley que rija esa garantía.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO III), Arts. 1001, 1207, 1208, 1370, 1371, 1372, 1373, 1374, 1375, 1376, 1377, 1378, 1379, 1380, 1381, 1382, 1383, 1384, 1385, 1386, 1387, 1388, 1389, 1390, 1391, 1392, 1393*

**TITULO CUARTO
DE LAS OBLIGACIONES Y DE LOS CONTRATOS**

**CAPITULO I
DE LAS OBLIGACIONES EN GENERAL**

Art. 164.- El concepto y clasificación de las obligaciones se sujetan a la ley territorial.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO IV), Arts. 1453, 1486*

Art. 165.- Las obligaciones derivadas de la ley se rigen por el derecho que las haya establecido.

Art. 166.- Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor de los mismos, salvo las limitaciones establecidas en este Código.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO IV), Arts. 1453, 1454, 1461, 1561, 1562*

Art. 167.- Las originadas por delitos o faltas se sujetan al mismo derecho que el delito o falta de que procedan.

Art. 168 - Las que se deriven de actos u omisiones en que intervenga por culpa o negligencia no penadas por la ley, se regirán por el derecho del lugar en que se hubiere incurrido en la negligencia o la culpa que las origine.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (TITULO PRELIMINAR), Arts. 29*
- *CODIGO CIVIL (LIBRO IV), Arts. 1453, 2184*

Art. 169. - La naturaleza y efectos de las diversas clases de obligaciones, así como su extinción, se rigen por la ley de la obligación de que se trata.

Art. 170.- No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, la ley local regula las condiciones del pago y la moneda en que debe hacerse.

Art. 171.- También se somete a la ley del lugar la determinación de quien debe satisfacer los gastos judiciales que origina el pago, así como su regulación.

Art. 172.- La prueba de las obligaciones se sujeta, en cuanto a su admisión y eficacia, a la ley que rija la obligación misma.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO IV), Arts. 1715*
- *CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, Arts. 65, 113, 121, 162, 165, 173, 200, 826, 945, 992*
- *CODIGO TRIBUTARIO, Arts. 128*
- *CODIGO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO SANCHEZ DE BUSTAMANTE, Arts. 173, 398, 399, 401, 402, 403, 404, 405, 406, 407*

- *CODIGO DE COMERCIO, Arts. 164, 166*

Art. 173.- La impugnación de la certeza del lugar del otorgamiento de un documento privado, si influye en su eficacia, podrá hacerse siempre por el tercero a quien perjudique, y la prueba estará a cargo de quien la aduzca.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (TITULO PRELIMINAR), Arts. 32*
- *CODIGO CIVIL (LIBRO IV), Arts. 1715, 1719*
- *CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, Arts. 113, 121, 191*
- *CODIGO TRIBUTARIO, Arts. 128*

Art. 174.- La presunción de cosa juzgada por sentencia extranjera será admisible, siempre que la sentencia reúna las condiciones necesarias para su ejecución en el territorio, conforme al presente Código.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (TITULO PRELIMINAR), Arts. 32*
- *CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, Arts. 297*

CAPITULO II DE LOS CONTRATOS EN GENERAL

Art. 175.- Son reglas de orden público internacional las que impiden establecer pactos, cláusulas y condiciones contrarias a las leyes, la moral y el orden público y la que prohíbe el juramento y lo tiene por no puesto.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (TITULO PRELIMINAR), Arts. 9, 10*

Art. 176.- Dependen de la ley personal de cada contratante las reglas que determinen la capacidad o incapacidad para prestar el consentimiento.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (TITULO PRELIMINAR), Arts. 8*
- *CODIGO CIVIL (LIBRO I), Arts. 41*
- *CODIGO CIVIL (LIBRO IV), Arts. 1461, 1462, 1463*
- *CODIGO DEL TRABAJO, Arts. 35*

- *CODIGO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO SANCHEZ DE BUSTAMANTE, Arts. 27, 33*
- *CODIGO DE COMERCIO, Arts. 483*

Art. 177.- Se aplicará la ley territorial al error, la violencia, la intimidación y el dolo, en relación con el consentimiento.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO IV), Arts. 1467*

Art. 178.- Es también territorial toda regla que prohíbe que sean objeto de los contratos, servicios contrarios a las leyes y a las buenas costumbres, y cosas que estén fuera del comercio.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (TITULO PRELIMINAR), Arts. 9, 10*
- *CODIGO CIVIL (LIBRO IV), Arts. 1478*

Art. 179.- Son de orden público internacional las disposiciones que se refieren a causa ilícita en los contratos.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO IV), Arts. 1461, 1483, 1695*

Art. 180.- Se aplicarán simultáneamente la ley del lugar del contrato y la de su ejecución, a la necesidad de otorgar escritura o documento público para la eficacia de determinados convenios y a la de hacerlos constar por escrito.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (TITULO PRELIMINAR), Arts. 16*
- *CODIGO CIVIL (LIBRO IV), Arts. 1717*
- *CODIGO DE COMERCIO, Arts. 167*
- *CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, Arts. 165, 166*

Art. 181.- La rescisión de los contratos por incapacidad o ausencia, se determina por la ley personal del ausente o incapacitado.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO III), Arts. 1428, 1429*
- *CODIGO CIVIL (LIBRO IV), Arts. 1463*
- *CODIGO DE COMERCIO, Arts. 163*

Art. 182.- Las demás causas de rescisión y su forma y efectos se subordinan a la ley territorial.

Art. 183.- Las disposiciones sobre nulidad de los contratos se sujetarán a la ley de que la causa de la nulidad dependa.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (TITULO PRELIMINAR), Arts. 9, 10*
- *CODIGO CIVIL (LIBRO IV), Arts. 1697, 1698, 1699, 1700, 1701, 1702, 1703, 1704, 1705, 1706, 1707*
- *CODIGO DEL TRABAJO, Arts. 4, 40*

Art. 184. - La interpretación de los contratos debe efectuarse, como regla general, de acuerdo con la ley que los rija.

Sin embargo, cuando esa ley se discuta y deba resultar de la voluntad tácita de las partes, se aplicará presuntamente la legislación que para ese caso se determina en los artículos 186 y 187; aunque eso lleve a aplicar al contrato una ley distinta como resultado de la interpretación de la voluntad.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO IV), Arts. 1576, 1577, 1578, 1579, 1580, 1581, 1582*

Art. 185.- Fuera de las reglas ya establecidas y de las que en lo adelante se consignen para casos especiales, en los contratos de adhesión se presume aceptada, a falta de voluntad expresa o tácita, la ley del que los ofrece o prepara.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO IV), Arts. 1576, 1577, 1578, 1579, 1580, 1581, 1582*

Art. 186.- En los demás contratos y para el caso previsto en el artículo anterior, se aplicará en primer término la ley personal común a los contratantes y en su defecto la del lugar de la celebración.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO IV), Arts. 1576, 1577, 1578, 1579, 1580, 1581, 1582*

CAPITULO III DEL CONTRATO SOBRE BIENES CON OCASION DE MATRIMONIO

Art. 187.- Este contrato se rige por la ley personal común de los contrayentes y, en su defecto, por la del primer domicilio matrimonial.

Las propias leyes determinan, por ese orden, el régimen legal supletorio a falta de estipulación.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO I), Arts. 211*

Art. 188.- Es de orden público internacional el precepto que veda celebrar capitulaciones durante el matrimonio, o modificarlas, o que se alteren el régimen de bienes por cambios de nacionalidad o de domicilio posteriores al mismo.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO I), Arts. 150, 151, 218*

Art. 189.- Tienen igual carácter los preceptos que se refieren al mantenimiento de las leyes y las buenas costumbres, a los efectos de las capitulaciones respecto de terceros y a su forma solemne.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO I), Arts. 154, 156*

Art. 190.- La voluntad de las partes regula el derecho aplicable a las donaciones por razón de matrimonio, excepto en lo referente a su capacidad, a la salvaguardia de derechos legitimarios y a la nulidad mientras el matrimonio subsista, todo lo cual se subordina a la ley general que lo rige, y siempre que no afecte el orden público internacional.

Art. 191.- Las disposiciones sobre dote y parafernales dependen de la ley personal de la mujer.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO I), Arts. 211*

Art. 192.- Es de orden público internacional la regla que repudia la inalienabilidad de la dote.

Art. 193.- Es de orden público internacional la prohibición de renunciar a la sociedad de gananciales durante el matrimonio.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (TITULO PRELIMINAR), Arts. 11*
- *CODIGO CIVIL (LIBRO I), Arts. 183, 203*

**CAPITULO IV
DE LA COMPROVENTA, DE LA CESION DE CREDITO Y DE LA PERMUTA**

Art. 194.- Son de orden público internacional las disposiciones relativas a enajenación forzosa por utilidad pública.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO IV), Arts. 1732, 1901*

Art. 195.- Lo mismo sucede con las que fijan los defectos de la posesión y de la inscripción entre varios adquirientes, y las referentes al retracto legal.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO IV), Arts. 1505, 1822*

**CAPITULO V
DEL ARRENDAMIENTO**

Art. 196.- En el arrendamiento de cosas debe aplicarse la ley territorial a las medidas para dejar a salvo el interés de terceros y a los derechos y deberes del comprador de finca arrendada.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO IV), Arts. 1857*

Art. 197.- Es de orden público internacional, en el arrendamiento de servicios, la regla que impide concertarlos para toda la vida o por más de cierto tiempo.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO IV), Arts. 1856, 1941, 1942, 1943, 1944, 1945, 1946, 1947*

Art. 198.- También es territorial la legislación sobre accidentes del trabajo y protección social del trabajador.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO IV), Arts. 1947*
- *CODIGO DEL TRABAJO, Arts. 38, 42, 149, 347, 348, 349, 350, 351, 352, 353, 354, 355, 356, 357, 358, 359, 365, 366, 367, 368, 369, 370, 371, 372, 373, 374, 375, 376, 377, 378, 379, 380, 381, 382, 383, 384, 385, 386, 387, 388, 389, 390, 391, 392, 393, 394, 395, 396, 397, 398, 399, 400, 401, 402, 403, 430*

Art. 199.- Son territoriales, en los transportes por agua, tierra y aire, las leyes y reglamentos locales especiales.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (TITULO PRELIMINAR), Arts. 4, 12*
- *CODIGO CIVIL (LIBRO IV), Arts. 1948, 1949, 1950, 1951, 1952, 1953, 1954, 1955, 1956*
- *CODIGO DE COMERCIO, Arts. 205, 206, 207, 208, 209, 210*
- *LEY ORGANICA DE TRANSPORTE TERRESTRE TRANSITO Y SEGURIDAD VIAL, Arts. 12, 16*

CAPITULO VI DE LOS CENSOS

Art. 200.- Se aplica la ley territorial a la determinación del concepto y clases de los censos, a su carácter redimible, a su prescripción, y a la acción real que de ellos se deriva.

Art. 201.- Para el censo enfítéutico son asimismo, territoriales las disposiciones que fijan sus condiciones y formalidades, que imponen un reconocimiento cada cierto número de años y que prohíben la subentifeusis.

Art. 202.- En el censo consignativo, es de orden público internacional la regla que prohíbe que el pago en frutos pueda consistir en una parte alícuota de los que produzca la finca acensuada.

Art. 203.- Tienen el mismo carácter en el censo reservativo la exigencia de que se valorice la finca acensuada.

CAPITULO VII DE LA SOCIEDAD

Art. 204.- Son leyes territoriales las que exigen un objeto lícito, formas solemnes e inventario cuando hay inmuebles.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO IV). Arts. 1461, 1957*

CAPITULO VIII DEL PRESTAMO

Art. 205.- Se aplica la ley local a la necesidad del pacto expreso de intereses y a su tasa.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO IV). Arts. 2077, 2099*

CAPITULO IX DEL DEPOSITO

Art. 206.- Son territoriales las disposiciones referentes al depósito necesario y al secuestro.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO IV). Arts. 2116, 2120, 2141*

CAPITULO X DE LOS CONTRATOS ALEATORIOS

Art. 207.- Los efectos de la capacidad en acciones nacidas del contrato de juego, se determinan por la ley personal del interesado.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO IV). Arts. 1457, 2163*

Art. 208.- La ley local define los contratos de suerte y determina el juego y la apuesta permitidos o prohibidos.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO IV), Arts. 1482, 1484, 2164*

Art. 209.- Es territorial la disposición que declara nula la renta vitalicia sobre la vida de una persona, muerta a la fecha del otorgamiento, o dentro de un plazo si se halla padeciendo de enfermedad incurable.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO IV), Arts. 2169, 2180*

**CAPITULO XI
DE LAS TRANSACCIONES Y DE LOS COMPROMISOS**

Art. 210 - Son territoriales las disposiciones que prohíben transigir o sujetar a compromisos determinadas materias.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (TITULO PRELIMINAR), Arts. 9, 11*
- *CODIGO CIVIL (LIBRO IV), Arts. 2352, 2353, 2354*

Art. 211.- La extensión y efectos del compromiso y la autoridad de cosa juzgada de la transacción, dependen también de la ley territorial.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO IV), Arts. 2362, 2363*
- *CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, Arts. 297*

**CAPITULO XII
DE LA FIANZA**

Art. 212.- Es de orden público internacional la regla que prohíbe al fiador obligarse a más que el deudor principal.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (TITULO PRELIMINAR), Arts. 31*
- *CODIGO CIVIL (LIBRO IV), Arts. 2238, 2245*

- *CODIGO DE COMERCIO, Arts. 77*

Art. 213.- Corresponde a la misma clase las disposiciones relativas a la fianza legal o judicial.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (TITULO PRELIMINAR), Arts. 31*
- *CODIGO CIVIL (LIBRO I), Arts. 399, 400*
- *CODIGO CIVIL (LIBRO IV), Arts. 2238, 2239, 2240, 2244, 2250*
- *CODIGO DE COMERCIO, Arts. 77*
- *CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, Arts. 448*

CAPITULO XIII DE LA PREnda, DE LA HIPOTECA Y DE LA ANTICRESIS

Art. 214 - Es territorial la disposición que prohíbe al acreedor apropiarse las cosas recibidas en prenda o hipoteca.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO IV), Arts. 2286, 2294, 2296, 2297, 2309, 2326*

Art. 215.- Lo son también los preceptos que señalan los requisitos esenciales del contrato de prenda, y con ellos debe cumplirse cuando la cosa pignorada se traslade a un lugar donde sean distintos de los exigidos al constituirlo.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO IV), Arts. 2296, 2297, 2298*

Art. 216.- Igualmente son territoriales las prescripciones en cuya virtud la prenda deba quedar en poder del acreedor o de un tercero, la que requiere para perjudicar a extraños que conste por instrumento público la certeza de la fecha y la que fija el procedimiento para su enajenación.

Art. 217.- Los reglamentos especiales de los montes de piedad y establecimientos públicos análogos, son obligatorios territorialmente para todas las operaciones que con ellas se realicen.

Art. 218.- Son territoriales las disposiciones que fijan el objeto, condiciones, requisitos, alcance e inscripción del contrato de hipoteca.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO IV), Arts. 2312, 2334, 2335*

Art. 219.- Lo es asimismo la prohibición de que el acreedor adquiera la propiedad del inmueble en la anticresis, por falta de pago de la deuda.

CAPITULO XIV
DE LOS CUASI CONTRATOS

Art. 220.- La gestión de negocios ajenos se regula por la ley del lugar en que se efectúa.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO I), Arts. 452*
- *CODIGO CIVIL (LIBRO IV), Arts. 1982, 2024, 2026, 2054, 2186*
- *CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, Arts. 362*
- *CODIGO DEL TRABAJO, Arts. 33*

Art. 221.- El cobro de lo indebido se somete a la ley personal común de las partes y, en su defecto, a la del lugar en que se hizo el pago.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO III), Arts. 1086, 1156, 1159*
- *CODIGO CIVIL (LIBRO IV), Arts. 1501, 1654, 1655, 1755, 2195, 2278*
- *CODIGO DEL TRABAJO, Arts. 199*
- *CODIGO TRIBUTARIO, Arts. 122, 305*

Art. 222.- Los demás cuasi contratos se sujetan a la ley que regule la institución jurídica que los origine.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO IV), Arts. 2184, 2186, 2195, 2204*

CAPITULO XV
DE LA CONCURRENCIA Y DE LA PRELACION DE CREDITOS

Art. 223.- Si las obligaciones concurrentes no tienen carácter real y están sometidas a una ley común, dicha regulará también su prelación.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO IV), Arts. 1675, 1847, 2372, 2373*
- *CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, Arts. 501, 573*
- *CODIGO TRIBUTARIO, Arts. 57*

Art. 224.- Para las garantías (sic) con acción real, se aplicará la ley de la situación de la garantía.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO IV), Arts. 2367, 2372*

Art. 225.- Fuera de los casos previstos en los artículos anteriores, debe aplicarse a la prelación de créditos la ley del tribunal que haya de decidirla.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO IV), Arts. 1847, 2377*
- *CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, Arts. 501, 543, 572, 573*
- *CODIGO DEL TRABAJO, Arts. 88, 216, 401*
- *CODIGO DE COMERCIO, Arts. 227, 247, 393, 394*

Art. 226.- Si la cuestión se planteare simultáneamente en tribunales de Estados diversos, se resolverá de acuerdo con la ley de aquél que tenga realmente bajo su jurisdicción los bienes o numerario en que haya de hacerse efectiva la prelación.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO IV), Arts. 1847, 2367, 2368, 2369, 2370, 2371, 2372, 2373, 2374, 2375, 2376, 2377, 2378, 2379, 2380, 2381, 2382, 2383, 2384, 2385, 2386, 2387, 2388, 2389, 2390, 2391*
- *CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, Arts. 501, 543, 572, 573*
- *CODIGO DEL TRABAJO, Arts. 88, 216, 401*
- *CODIGO DE COMERCIO, Arts. 227, 247, 393, 394, 571, 728, 729, 732, 918*

**CAPITULO XVI
DE LA PRESCRIPCION**

Art. 227.- La prescripción adquisitiva de bienes muebles o inmuebles se rige por la ley del lugar en que estén situados.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO II), Arts. 603*
- *CODIGO CIVIL (LIBRO IV), Arts. 1583, 2405, 2406, 2407, 2408*
- *LEY DE COMPAÑIAS, Arts. 420, 421, 422*

Art. 228.- Si las cosas muebles cambiasen de situación estando en camino de prescribir, se regirá la prescripción por la ley del lugar en que se encuentren al completarse el tiempo que requiera.

Art. 229.- La prescripción extintiva de acciones personales se rige por la ley a que esté sujeta la obligación que va a extinguirse.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO IV), Arts. 2392, 2414, 2424*
- *CODIGO DE COMERCIO, Arts. 723, 1002*

Art. 230.- La prescripción extintiva de acciones reales se rige por la ley del lugar en que esté situada la cosa a que se refiera.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO II), Arts. 595, 603*
- *CODIGO CIVIL (LIBRO IV), Arts. 2392, 2414, 2424*
- *CODIGO DE COMERCIO, Arts. 479, 480, 723*

Art. 231.- Si en el caso previsto en el artículo anterior se tratase de cosas muebles y hubieren cambiado de lugar durante el plazo de prescripción, se aplicará la ley del lugar en que se encuentren al cumplirse allí el término señalado para prescribir.

LIBRO SEGUNDO
DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL

TITULO PRIMERO
DE LOS COMERCIANTES Y DEL COMERCIO EN GENERAL

CAPITULO I
DE LOS COMERCIANTES

Art. 232.- La capacidad para ejercer el comercio y para intervenir en actos y contratos mercantiles, se regula por la ley personal de cada interesado.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO IV), Arts. 1462*
- *CODIGO DE COMERCIO, Arts. 2, 6, 8*
- *CODIGO DEL TRABAJO, Arts. 35*

Art. 233.- A la misma ley personal se subordinan las incapacidades y su habilitación.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO IV), Arts. 1463*
- *CODIGO DE COMERCIO, Arts. 11*

Art. 234.- La ley del lugar en que el comercio se ejerza debe aplicarse a las medidas de publicidad necesarias para que puedan dedicarse a él, por medio de sus representantes, los incapacitados, o por si las mujeres casadas.

Art. 235.- La ley local debe aplicarse a la incompatibilidad para el ejercicio del comercio de los empleados públicos y de los agentes de comercio y corredores.

Art. 236.- Toda incompatibilidad para el comercio que resulte de leyes o disposiciones especiales en determinado territorio, se regirá por el derecho del mismo.

Art. 237.- Dicha incompatibilidad en cuanto a los funcionarios diplomáticos y agentes consulares, se apreciará por la ley del Estado que los nombra. El país en que residen tiene igualmente el derecho de prohibirles el ejercicio del comercio.

Art. 238.- El contrato social y en su caso la ley a que esté sujeto, se aplica a la prohibición de que los socios colectivos o comanditarios realicen operaciones mercantiles, o cierta clase de ellas, por cuenta propia o de otros.

**CAPITULO II
DE LA CUALIDAD DE COMERCIANTE Y DE LOS ACTOS DE COMERCIO**

Art. 239.- Para todos los efectos de carácter público, la calidad de comerciante se determina por la ley del lugar en que se haya realizado el acto o ejercido la industria de que se trate.

Concordancias:

- *CODIGO DE COMERCIO, Arts. 2, 3*

Art. 240.- La forma de los contratos y actos mercantiles se sujeta a la ley territorial.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (TITULO PRELIMINAR), Arts. 4*
- *CODIGO DE COMERCIO, Arts. 140*

**CAPITULO III
DEL REGISTRO MERCANTIL**

Art. 241.- Son territoriales las disposiciones relativas a la inscripción en el registro mercantil de los comerciantes y sociedades extranjeras.

Concordancias:

- *CODIGO DE COMERCIO, Arts. 29*
- *LEY DE COMPAÑIAS, Arts. 13, 14*

Art. 242.- Tienen el mismo carácter las reglas que señalan el efecto de la inscripción en dicho registro de créditos o derechos de terceros.

Concordancias:

- *CODIGO DE COMERCIO, Arts. 30, 35*

**CAPITULO IV
DE LOS LUGARES Y CASAS DE CONTRATACION MERCANTIL Y
COTIZACION OFICIAL DE EFECTOS PUBLICOS Y
DOCUMENTOS DE CREDITO AL PORTADOR**

Art. 243.- Las disposiciones relativas a los lugares y casas de contratación mercantil y cotización oficial de efectos públicos y documentos de crédito al portador, son de orden público internacional.

Concordancias:

- *CODIGO DE COMERCIO, Arts. 64*

**CAPITULO V
DISPOSICIONES GENERALES SOBRE LOS CONTRATOS DE COMERCIO**

Art. 244.- Se aplicarán a los contratos de comercio las reglas generales establecidas para los contratos civiles en el capítulo segundo, título cuarto, libro primero de este Código.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO IV), Arts. 1453, 1454*
- *CODIGO DE COMERCIO, Arts. 140*

Art. 245.- Los contratos por correspondencia no quedarán perfeccionados sino mediante el cumplimiento de las condiciones que al efecto señale la legislación de todos los contratantes.

Art. 246. - Son de orden público internacional las disposiciones relativas a contratos ilícitos y a términos de gracia, cortesía u otros análogos.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (TITULO PRELIMINAR), Arts. 9, 10*

TITULO SEGUNDO
DE LOS CONTRATOS ESPECIALES DE COMERCIO

CAPITULO I
DE LAS COMPAÑIAS MERCANTILES

Art. 247.- El carácter mercantil de una sociedad colectiva o comanditaria se determina por la ley a que esté sometido el contrato social, y en su defecto, por la del lugar en que tenga su domicilio comercial.

Si esas leyes no distinguiaran entre sociedades mercantiles y civiles, se aplicará el derecho del país en que la cuestión se someta a juicio.

Art. 248.- El carácter mercantil de una sociedad anónima depende de la ley del contrato social; en su defecto, de la del lugar en que celebre las juntas generales de accionistas y, por su falta, de la de aquel en que residan normalmente su consejo o junta directiva.

Si esas leyes no distinguieren entre sociedades mercantiles y civiles tendrá uno u otro carácter según que esté o no inscrita en el registro mercantil del país donde la cuestión haya de juzgarse. A falta de registro mercantil se aplicará el derecho local de este último país.

Art. 249.- Lo relativo a la constitución y manera de funcionar de las sociedades mercantiles y a la responsabilidad de sus órganos, está sujeto al contrato social y en su caso a la ley que lo rija.

Art. 250.- La emisión de acciones y obligaciones en un Estado contratante, las formas y garantías de publicidad y la responsabilidad de los gestores de agencias y sucursales respecto de terceros, se someten a la ley territorial.

Art. 251.- Son también territoriales las leyes que subordinen la sociedad a un régimen especial por razón de sus operaciones.

Art. 252.- Las sociedades mercantiles debidamente constituidas en un Estado contratante disfrutarán de la misma personalidad jurídica en los demás, salvo las limitaciones del derecho territorial.

Art. 253.- Son territoriales las disposiciones que se refieran a la creación, funcionamiento y privilegios de los bancos de emisión y descuento, compañías de almacenes generales de depósitos y otras análogas.

CAPITULO II DE LA COMISION MERCANTIL

Art. 254.- Son de orden público internacional las prescripciones relativas a la forma de la venta urgente por el comisionista para salvar en lo posible el valor de las cosas en que la comisión consista.

Concordancias:

- *CODIGO DE COMERCIO, Arts. 380, 397*

Art. 255.- Las obligaciones del factor se sujetan a la ley del domicilio mercantil de mandante.

Concordancias:

- *CODIGO DE COMERCIO, Arts. 117*

CAPITULO III DEL DEPOSITO Y DEL PRESTAMO MERCANTILES

Art. 256.- Las responsabilidades no civiles del depositario se rigen por la ley del lugar del depósito.

Concordancias:

- *CODIGO DE COMERCIO, Arts. 553, 564*

Art. 257.- La tasa o libertad del interés mercantil es de orden público internacional.

Concordancias:

- *CODIGO DE COMERCIO, Arts. 557*

Art. 258.- Son territoriales las disposiciones referentes al préstamo con garantía de efectos cotizables, hecho en bolsa, con intervención de agente colegiado o funcionario oficial.

**CAPITULO IV
DEL TRANSPORTE TERRESTRE**

Art. 259.- En los casos de transporte internacional no hay más que un contrato, regido por la ley que le corresponda según su naturaleza.

Concordancias:

- *LEY ORGANICA DE TRANSPORTE TERRESTRE TRANSITO Y SEGURIDAD VIAL, Arts. 7, 10*

Art. 260.- Los plazos y formalidades para el ejercicio de acciones surgidas de este contrato y no previstos en el mismo, se rigen por la ley del lugar en que se produzcan los hechos que las originen.

**CAPITULO V
DE LOS CONTRATOS DE SEGURO**

Art. 261.- El contrato de seguro contra incendios se rige por la ley del lugar donde radique, al efectuarlo, la cosa asegurada.

Concordancias:

- *CODIGO ORGANICO MONETARIO Y FINANCIERO LIBRO III LEY GENERAL SEGUROS, Arts. 66*

Art. 262.- Los demás contratos de seguro siguen la regla general, regulándose por la ley personal común de las partes, o, en su defecto, por la del lugar de la celebración; pero las formalidades externas para comprobar hechos u omisiones necesarias al ejercicio o a la conservación de acciones o derechos, se sujetan a la ley del lugar en que se produzca el hecho o la omisión que los hace surgir.

Concordancias:

- *CODIGO ORGANICO MONETARIO Y FINANCIERO LIBRO III LEY GENERAL SEGUROS, Arts. I, 3*

CAPITULO VI DEL CONTRATO Y LETRA DE CAMBIO Y DE LOS EFECTOS MERCANTILES ANALOGOS

Art. 263.- La forma del giro, endoso, fianza, intervención, aceptación y protesto de una letra de cambio, se somete a la ley del lugar en que cada uno de dichos actos se realice.

Concordancias:

- *CODIGO DE COMERCIO, Arts. 410, 419, 429, 441, 463*

Art. 264.- A falta de convenio expreso o tácito, las relaciones jurídicas entre el librador y el tomador se rigen por la ley del lugar en que la letra se gira.

Concordancias:

- *CODIGO DE COMERCIO, Arts. 483, 484, 485*

Art. 265.- En igual caso, las obligaciones y derechos entre el aceptante y el portador se regulan por la ley del lugar en que se ha efectuado la aceptación.

Concordancias:

- *CODIGO DE COMERCIO, Arts. 483, 484, 485*

Art. 266.- En la misma hipótesis, los efectos jurídicos que el endoso produce entre endosante y endosatario, dependen de la ley del lugar en que la letra ha sido endosada.

Concordancias:

- *CODIGO DE COMERCIO, Arts. 422, 423, 424, 425*

Art. 267.- La mayor o menor extensión de las obligaciones de cada endosante, no altera los derechos y deberes originarios del librador o el tomador.

Art. 268.- El aval, en las propias condiciones, se rige por la ley del lugar en que se presta.

Art. 269.- Los efectos jurídicos de la aceptación por intervención se regulan, a falta de pacto, por la ley del lugar en que el tercero interviene.

Concordancias:

- *CODIGO DE COMERCIO, Arts. 464, 465, 466*

Art. 270.- Los plazos y formalidades para la aceptación, el pago y el protesto, se someten a la ley local.

Concordancias:

- *CODIGO DE COMERCIO, Arts. 443, 444, 445, 446, 447, 448, 449, 450*

Art. 271.- Las reglas de este capítulo son aplicables a las libranzas, vales, pagarés y mandatos o cheques.

Concordancias:

- *CODIGO DE COMERCIO, Arts. 486, 487, 488, 489*

CAPITULO VII
DE LA FALSEDAD, ROBO, HURTO O EXTRAVIO DE DOCUMENTOS
DE CREDITO Y EFECTOS AL PORTADOR

Art. 272.- Las disposiciones relativas a la falsedad, robo, hurto o extravio de documentos de crédito y efectos al portador son de orden público internacional.

Concordancias:

- *CODIGO DE COMERCIO, Arts. 477, 478*

Art. 273.- La adopción de las medidas que establezca la ley del lugar en que el hecho se produce, no dispensa a los interesados de tomar cualquiera otra que establezca la ley del lugar en que esos documentos y efectos se coticen y la del lugar de su pago.

TITULO TERCERO
DEL COMERCIO MARITIMO Y AEREO

CAPITULO I
DE LOS BUQUES Y AERONAVES

Art. 274.- La nacionalidad de las naves se prueba por la patente de navegación y la certificación del registro, y tiene el pabellón como signo distintivo aparente.

Concordancias:

- *CODIGO DE COMERCIO, Arts. 724*

Art. 275.- La ley del pabellón rige las formas de publicidad requeridas para la trasmisión de la propiedad de una nave.

Concordancias:

- *CODIGO DE COMERCIO, Arts. 725*

Art. 276.- A la ley de la situación debe someterse la facultad de embargar y vender judicialmente una nave, esté o no cargada y despachada.

Concordancias:

- *CODIGO DE COMERCIO, Arts. 731, 734, 735, 986*

Art. 277.- Se regulan por la ley del pabellón los derechos de los acreedores después de la venta de la nave, y la extinción de los mismos.

Art. 278.- La hipoteca marítima y los privilegios o seguridades de carácter real constituidos de acuerdo con la ley del pabellón, tienen efectos extraterritoriales aún en aquellos países cuya legislación no conozca o no regule esa hipoteca o esos privilegios.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO IV), Arts. 2320*
- *CODIGO DE COMERCIO, Arts. 727*

Art. 279.- Se sujetan también a la ley del pabellón los poderes y obligaciones del capitán y la responsabilidad de los propietarios y navieros por sus actos.

Art. 280.- El reconocimiento de buque, la petición de práctico y la policía sanitaria, dependen de la ley territorial.

Art. 281.- Las obligaciones de los oficiales y gente de mar y el orden interno del buque se sujetan a la ley del pabellón.

Concordancias:

- *CODIGO DE COMERCIO, Arts. 740, 742, 743*

Art. 282.- Las disposiciones precedentes de este capítulo se aplican también a las aeronaves.

Art. 283.- Son de orden público internacional las reglas sobre nacionalidad de los propietarios de buques y aeronaves y de los navieros, así como de los oficiales y la tripulación.

Art. 284.- También son de orden público internacional las disposiciones sobre nacionalidad de buques y aeronaves para el comercio fluvial, lacustre y de cabotaje o entre determinados lugares del territorio de los Estados contratantes, así como para la pesca y otros aprovechamientos submarinos en el mar territorial.

CAPITULO II DE LOS CONTRATOS ESPECIALES DEL COMERCIO MARITIMO Y AEREO

Art. 285 - El fletamiento, si no fuere un contrato de adhesión, se regirá por la ley del lugar de salida de las mercancías.

Los actos de ejecución del contrato se ajustarán a la ley del lugar en que se realicen.

Concordancias:

- *CODIGO DE COMERCIO, Arts. 763, 764, 765, 766, 767, 768, 769, 770, 771, 772, 773, 774, 775, 776, 777, 778, 779, 780, 781, 782, 783, 784, 785, 786, 787, 788, 789, 790, 791, 792, 793, 794, 795, 796, 797, 798, 799, 800, 801, 802, 803, 804, 805, 806, 807, 808, 809, 810, 811, 812, 813, 814, 815*

Art. 286.- Las facultades del capitán para el préstamo a la gruesa se determinan por la ley del pabellón.

Art. 287.- El contrato de préstamo a la gruesa, salvo pacto en contrario, se sujet a la ley del lugar en que el préstamo se efectúa.

Art. 288.- Para determinar si la avería es simple o gruesa y la proporción en que contribuyen a soportar la nave y el cargamento, se aplica la ley del pabellón.

Concordancias:

- *CODIGO DE COMERCIO, Arts. 832, 833, 834, 835, 840*

Art. 289.- El abordaje fortuito en aguas territoriales o en el aire nacional, se somete a la ley del pabellón, si fuere común.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL. (TITULO PRELIMINAR), Arts. 32*
- *CODIGO DE COMERCIO, Arts. 861, 862*

Art. 290.- En el propio caso, si los pabellones difieren, se aplica la ley del lugar.

Art. 291.- La propia ley local se aplica en todo caso al abordaje culpable en aguas territoriales o aire nacional.

Concordancias:

- *CODIGO DE COMERCIO, Arts. 863, 864*

Art. 292.- Al abordaje fortuito o culpable en alta mar o aire libre, se le aplica la ley del pabellón, si todos los buques o aeronaves tuvieren el mismo.

Art. 293.- En su defecto, se regulará por el pabellón del buque o aeronave abordado, si el abordaje fuere culpable.

Art. 294.- En los casos de abordaje fortuito en alta mar o aire libre, entre naves o aeronaves de diferente pabellón, cada una soportará la mitad de la suma total del daño, repartido según la ley de una de ellas, y la mitad restante repartida según la ley de la otra.

TITULO CUARTO
DE LA PRESCRIPCION

Art. 295.- La prescripción de las acciones nacidas de los contratos y actos mercantiles, se ajustará a las reglas establecidas en este Código respecto de las acciones civiles.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO IV), Arts. 2392, 2398*
- *CODIGO DE COMERCIO, Arts. 723, 1002, 1003, 1004, 1005, 1006*

LIBRO TERCERO
DERECHO PENAL INTERNACIONAL

CAPITULO I
DE LAS LEYES PENALES

Art. 296.- Las leyes penales obligan a todos los que residen en el territorio, sin más

excepciones que las establecidas en este capítulo.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (TITULO PRELIMINAR), Arts. 13*

Art. 297.- Están exentos de las leyes penales de cada Estado contratante los Jefes de los otros Estados que se encuentren en su territorio.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (TITULO PRELIMINAR), Arts. 13*

Art. 298.- Gozan de igual exención los Representantes diplomáticos de los Estados contratantes en cada uno de los demás, así como sus empleados extranjeros, y las personas de la familia de los primeros que vivan en su compañía.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (TITULO PRELIMINAR), Arts. 13*

Art. 299.- Tampoco son aplicables las leyes penales de un Estado a los delitos cometidos en el perímetro de las operaciones militares, cuando autorice el paso por su territorio de un ejército de otro Estado contratante, salvo que no tengan relación legal con dicho ejército.

Art. 300.- La misma exención se aplica a los delitos cometidos en aguas territoriales o en el aire nacional, a bordo de naves o aeronaves extranjeras de guerra.

Art. 301.- Lo propio sucede con los delitos cometidos en aguas territoriales o aire nacional en naves o aeronaves mercantes extranjeras, si no tienen relación alguna con el país y sus habitantes ni perturban su tranquilidad.

Art. 302.- Cuando los actos de que se componga un delito, se realicen en Estados contratantes diversos, cada Estado puede castigar el acto realizado en su país, si constituye por sí solo un hecho punible.

De lo contrario, se dará preferencia al derecho de la soberanía local en que el delito se haya consumado.

Art. 303.- Si se trata de delitos conexos en territorios de más de un Estado contratante, solo estará sometido a la ley penal de cada uno el cometido en su territorio.

Art. 304.- Ningún Estado contratante aplicará en su territorio las leyes penales de los demás.

CAPITULO II DE LOS DELITOS COMETIDOS EN UN ESTADO EXTRANJERO CONTRATANTE

Art. 305.- Están sujetos en el extranjero a las leyes penales de cada Estado contratante, los que cometieren un delito contra la seguridad interna o externa del mismo o contra su crédito público, sea cual fuere la nacionalidad o el domicilio del delincuente.

Art. 306.- Todo nacional de un Estado contratante o todo extranjero domiciliado en él, que cometa en el extranjero un delito contra la independencia de ese Estado, queda sujeto a sus leyes penales.

Art. 307.- También estarán sujetos a las leyes penales del Estado extranjero en que puedan ser aprehendidos y juzgados, los que cometan fuera del territorio un delito, como la trata de blancas, que ese Estado contratante se haya obligado a reprimir por un acuerdo internacional.

CAPITULO III DE LOS DELITOS COMETIDOS FUERA DE TODO TERRITORIO NACIONAL

Art. 308.- La piratería, la trata de negros y el comercio de esclavos, la trata de blancas, la destrucción o deterioro de cables submarinos y los demás delitos de la misma índole contra el Derecho Internacional, cometidos en alta mar, en el aire libre o en territorios no organizados aún en Estado, se castigarán por el captor, de acuerdo con sus leyes penales.

Art. 309.- En los casos de abordaje culpable en alta mar o en el aire, entre naves o aeronaves de distinto pabellón, se aplicará la ley penal de la víctima.

CAPITULO IV CUESTIONES VARIAS

Art. 310.- Para el concepto legal de la reiteración o de la reincidencia, se tendrá en cuenta la sentencia dictada en un Estado extranjero contratante, salvo los casos en que se opusiere la legislación local.

Art. 311.- La pena de interdicción civil tendrá efecto en los otros Estados mediante el cumplimiento previo de las formalidades de registro o publicación que exija la legislación de cada uno de ellos.

Art. 312.- La prescripción del delito se subordina a la ley del Estado a que corresponda su conocimiento.

Art. 313.- La prescripción de la pena se rige por la ley del Estado que la ha impuesto.

LIBRO CUARTO DERECHO PROCESAL INTERNACIONAL

TITULO PRIMERO PRINCIPIOS GENERALES

Art. 314.- La ley de cada Estado contratante determina la competencia de los tribunales, así como su organización, las formas de enjuiciamiento y de ejecución de las sentencias y los recursos contra sus decisiones.

Concordancias:

- *CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, Arts. 1*
- *CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, Arts. 167, 178*
- *CODIGO ORGANICO DE LA FUNCION JUDICIAL, Arts. 1*

Art. 315.- Ningún Estado contratante organizará o mantendrá en su territorio tribunales especiales para los miembros de los demás Estados contratantes.

Art. 316.- La competencia ratione loci se subordina, en el orden de las relaciones internacionales, a la ley del Estado contratante que la establece.

Art. 317.- La competencia ratione materiae y ratione personae, en el orden de las relaciones internacionales, no debe basarse por los Estados contratantes en la condición de nacionales o extranjeras de las personas interesadas, en perjuicio de éstas.

TITULO SEGUNDO DE LA COMPETENCIA

CAPITULO I DE LAS REGLAS GENERALES DE COMPETENCIA EN LO CIVIL Y MERCANTIL

Art. 318.- Será en primer término juez competente para conocer de los pleitos a que de origen el ejercicio de las acciones civiles y mercantiles de toda clase, aquel a quien los litigantes se sometan expresa o tácitamente, siempre que uno de ellos por lo menos sea nacional del Estado contratante a que el juez pertenezca o tenga en el su domicilio y salvo el derecho local contrario.

La sumisión no será posible para las acciones reales o mixtas sobre bienes inmuebles, si la prohíbe la ley de su situación.

Concordancias:

- *CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, Arts. 1*

- *CODIGO ORGANICO DE LA FUNCION JUDICIAL*, Arts. 239

Art. 319.- La sumisión solo podrá hacerse al juez que ejerza jurisdicción ordinaria y que la tenga para conocer de igual clase de negocios y en el mismo grado.

Concordancias:

- *CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL*, Arts. 3, 5, 6

Art. 320.- En ningún caso podrán las partes someterse por sumisión expresa o tácitamente para un recurso a juez o tribunal diferente de aquel a quien esté subordinado según las leyes locales, el que haya conocido en primera instancia.

Concordancias:

- *CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL*, Arts. 24, 25

Art. 321.- Se entenderá por sumisión expresa la hecha por los interesados renunciando clara y terminantemente a su fuero propio y designando con toda precisión el juez a quien se sometan.

Concordancias:

- *CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL*, Arts. 29, 30, 31

Art. 322.- Se entenderá hecha la sumisión tácita por el demandante con el hecho de acudir al juez interponiendo la demanda y por el demandado con el hecho de practicar, después de personado en el juicio cualquier gestión que no sea proponer en forma la declinatoria.

No se entenderá que hay sumisión tácita si el procedimiento se siguiera a rebeldía.

Art. 323.- Fuera de los casos de sumisión expresa o tácita, y salvo el derecho local contrario, será juez competente para el ejercicio de acciones personales el del lugar del cumplimiento de la obligación y, en su defecto, el del domicilio de los demandados y, subsidiariamente, el de su residencia.

Concordancias:

- *CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL*, Arts. 26
- *LEY DE COMPAÑIAS*, Arts. 4

Art. 324.- Para el ejercicio de acciones reales sobre bienes muebles será competente el juez de la situación, y si no fuere conocida del demandante, el del domicilio y, en su defecto, el de la residencia del demandado.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (TITULO PRELIMINAR), Arts. 7*
- *CODIGO CIVIL (LIBRO II), Arts. 595, 599, 778, 825, 935*
- *CODIGO CIVIL (LIBRO IV), Arts. 2286*

Art. 325.- Para el ejercicio de acciones reales sobre bienes inmuebles y para el de las acciones mixtas de deslinde y división de la comunidad, será juez competente el de la situación de los bienes.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (TITULO PRELIMINAR), Arts. 7*
- *CODIGO CIVIL (LIBRO II), Arts. 595, 599, 778, 825, 935*
- *CODIGO CIVIL (LIBRO III), Arts. 993*
- *LEY DE COMPAÑIAS, Arts. 177*

Art. 326.- Si en los casos a que se refieren los dos artículos anteriores hubiere bienes situados en más de un Estado contratante, podrá acudirse a los jueces de cualquiera de ellos, salvo que lo prohíba para los inmuebles la ley de la situación.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (TITULO PRELIMINAR), Arts. 7*
- *CODIGO CIVIL (LIBRO II), Arts. 595, 599, 778, 825, 935*
- *CODIGO CIVIL (LIBRO III), Arts. 993*
- *LEY DE COMPAÑIAS, Arts. 177*

Art. 327.- En los juicios de testamentaria o abintestato será juez competente el del lugar en que tuvo el finado su último domicilio.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO III), Arts. 993, 997*

Art. 328.- En los concursos de acreedores y en las quiebras, cuando fuere voluntaria la presentación del deudor en ese estado, será juez competente el de su domicilio.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO IV), Arts. 1630*
- *CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, Arts. 348, 507*

Art. 329.- En los concursos o quiebras promovidos por los acreedores, será juez competente el de cualesquiera de los lugares que esté conociendo de la reclamación que los motiva, prefiriéndose, caso de estar entre ellos, el del domicilio del deudor, si esté o la mayoría de los acreedores lo reclamasen.

Concordancias:

- *CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, Arts. 509*

Art. 330.- Para los actos de jurisdicción voluntaria y salvo también el caso de sumisión y el derecho local, será competente el juez del lugar en que tenga o haya tenido su domicilio o, en su defecto, la residencia, la persona que los motive.

Concordancias:

- *CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, Arts. 3, 4*

Art. 331.- Respecto de los actos de jurisdicción voluntaria en materia de comercio y fuera del caso de sumisión y salvo el derecho local, será competente el juez del lugar en que la obligación deba cumplirse o, en su defecto, el del lugar del hecho que los origine.

Art. 332.- Dentro de cada Estado contratante, la competencia preferente de los diversos jueces se ajustará a su derecho nacional.

**CAPITULO II
EXCEPCIONES A LAS REGLAS GENERALES DE COMPETENCIA
EN LO CIVIL Y EN LO MERCANTIL**

Art. 333.- Los jueces y tribunales de cada Estado contratante serán incompetentes para conocer de los asuntos civiles o mercantiles en que sean parte demandada los demás Estados contratantes o sus Jefes, si se ejercita una acción personal, salvo el caso de sumisión expresa o de demandas reconvencionales.

Art. 334.- En el mismo caso y con la propia excepción serán incompetentes cuando se ejerçiten acciones reales, si el Estado contratante o su Jefe han actuado en el asunto como tales y en su carácter público, debiendo aplicarse lo dispuesto en el último párrafo del artículo 318.

Art. 335.- Si el Estado extranjero contratante o su Jefe han actuado como particulares o personas privadas, serán competentes los jueces o tribunales para conocer de los asuntos en que se ejerçiten acciones reales o mixtas, si esta competencia les corresponde respecto a individuos extranjeros conforme a este Código.

Art. 336.- La regla del artículo anterior será aplicable a los juicios universales, sea cual fuere el carácter con que en ellos actúe el Estado extranjero contratante o su Jefe.

Art. 337.- Las disposiciones establecidas en los artículos anteriores, se aplicarán a los funcionarios diplomáticos extranjeros y a los comandantes de buques o aeronaves de guerra.

Art. 338 - Los cónsules extranjeros no estarán exentos de la competencia de los jueces y tribunales civiles del país en que actúen, sino para sus actos oficiales.

Art. 339.- En ningún caso podrán adoptar los jueces o tribunales medidas coercitivas o de otra clase que hayan de ser ejecutadas en el interior de las legaciones o consulados o sus archivos, ni respecto de la correspondencia diplomática o consular, sin el consentimiento de los respectivos funcionarios diplomáticos o consulares.

CAPITULO III REGLAS GENERALES DE COMPETENCIA EN LO PENAL

Art. 340.- Para conocer de los delitos y faltas y juzgarlos, son competentes los jueces y tribunales del Estado contratante en que se hayan cometido.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (TITULO PRELIMINAR), Arts. 13*

Art. 341.- La competencia se extiende a todos los demás delitos y faltas a que haya de aplicarse la ley penal del Estado conforme a las disposiciones de este Código.

Art. 342.- Alcanza asimismo a los delitos o faltas cometidos en el extranjero por funcionarios nacionales que gocen del beneficio de la inmunidad.

CAPITULO IV EXCEPCIONES A LAS REGLAS GENERALES DE COMPETENCIA EN MATERIA PENAL

Art. 343.- No están sujetos en lo penal a la competencia de los jueces y tribunales de los Estados contratantes, las personas y los delitos y faltas a que no alcanza la ley penal del respectivo Estado.

TITULO TERCERO DE LA EXTRADICION

Art. 344.- Para hacer efectiva la competencia judicial internacional en materias penales, cada uno de los Estados contratantes accederá a la solicitud de cualquiera de los otros para la entrega de individuos condenados o procesados por delitos que se ajusten a las disposiciones de este título, sujeto a las provisiones de los tratados o convenciones internacionales que contengan listas de infracciones penales que autoricen la extradición.

Art. 345.- Los Estados contratantes no están obligados a entregar a sus nacionales. La nación que se niegue a entregar a uno de sus ciudadanos estará obligada a juzgarlo.

Art. 346.- Cuando, con anterioridad al recibo de la solicitud, un procesado o condenado haya delinquido en el país a que se pide su entrega, puede diferirse esa entrega hasta que se juzgue y cumpla la pena.

Art. 347.- Si varios Estados contratantes solicitan la extradición de un delincuente por un mismo delito, debe entregarse a aquel en cuyo territorio se haya cometido.

Art. 348.- Caso de solicitarse por hechos diversos, tendrá preferencia el Estado contratante en cuyo territorio se haya cometido el delito más grave, según la legislación del Estado requerido.

Art. 349. - Si todos los hechos imputados tuvieren igual gravedad, será preferido el Estado contratante que presente primero la solicitud de extradición. De ser simultáneas, decidirá el Estado requerido, pero debe conceder la preferencia al Estado de origen o, en su defecto, al del domicilio del delincuente, si fuere uno de los solicitantes.

Art. 350. - Las anteriores reglas sobre preferencia no serán aplicables si el Estado contratante estuviere obligado con un tercero, a virtud de tratados vigentes anteriores a este Código, a establecerla de un modo distinto.

Art. 351.- Para conceder la extradición, es necesario que el delito se haya cometido en el territorio del Estado que la pida o que le sean aplicables sus leyes penales de acuerdo con el libro tercero de este Código.

Art. 352.- La extradición alcanza a los procesados o condenados como autores, cómplices o encubridores del delito.

Art. 353.- Es necesario que el hecho que motiva la extradición tenga carácter de delito en la legislación del Estado requeriente y en la del requerido.

Art. 354.- Asimismo se exigirá que la pena asignada a los hechos imputados, según su calificación provisional o definitiva por el juez o tribunal competente del Estado que solicita la extradición, no sea menor de un año de privación de libertad y que esté autorizada o acordada la prisión o detención preventiva del procesado, si no hubiere aún

sentencia firme. Esta debe ser de privación de libertad.

Art. 355.- Están excluidos de la extradición los delitos políticos y conexos, según la calificación del Estado requerido.

Art. 356.- Tampoco se acordará, si se probare que la petición de entrega se ha formulado de hecho con el fin de juzgar y castigar al acusado por un delito de carácter político, según la misma calificación.

Art. 357.- No será reputado delito político, ni hecho conexo, el de homicidio o asesinato del Jefe de un Estado contratante o de cualquier persona que en el ejerza autoridad.

Art. 358.- No será concedida la extradición si la persona reclamada ha sido juzgada y puesta en libertad, o ha cumplido la pena, o está pendiente de juicio, en el territorio del Estado requerido, por el mismo delito que motiva la solicitud.

Art. 359.- Tampoco debe accederse a ella si han prescrito el delito o la pena conforme a las leyes del Estado requeriente o del requerido.

Art. 360.- La legislación del Estado requerido posterior al delito, no podrá impedir la extradición.

Art. 361.- Los cónsules generales, cónsules, vicecónsules o agentes consulares, pueden pedir que se arreste y entregue a bordo de un buque o aeronave de su país a los oficiales, marinos o tripulantes de sus naves o aeronaves de guerra o mercantes, que hubiesen desertado de ella.

Art. 362.- Para los efectos del artículo anterior, exhibirán a la autoridad local correspondiente, dejándole además copia auténtica, los registros del buque o aeronave, rol de la tripulación o cualquier otro documento oficial en que la solicitud se funde.

Art. 363.- En los países limítrofes podrán pactarse reglas especiales para la extradición en las regiones o localidades de la frontera.

Art. 364.- La solicitud de la extradición debe hacerse por conducto de los funcionarios debidamente autorizados para eso por las leyes del Estado requeriente.

Art. 365.- Con la solicitud definitiva de extradición deben presentarse:

- 1.- Una sentencia condenatoria o un mandamiento o auto de prisión o un documento de igual fuerza, o que obligue al interesado a comparecer periódicamente ante la jurisdicción represiva, acompañado de las actuaciones del proceso que suministren pruebas o al menos indicios racionales de la culpabilidad de la persona de que se trate.
- 2.- La filiación del individuo reclamado o las señas o circunstancias que puedan servir para identificarlo.
- 3.- Copia auténtica de las disposiciones que establezcan la calificación legal del hecho

que motiva la solicitud de entrega, definan la participación atribuida en el al inculpado y precisen la pena aplicable.

Art. 366.- La extradición puede solicitarse telegráficamente y, en ese caso, los documentos mencionados en el artículo anterior se presentarán al país requerido o a su legación o consulado general en el país requeriente, dentro de los dos meses siguientes a la detención del inculpado. En su defecto será puesto en libertad.

Art. 367.- Si el Estado requeriente no dispone de la persona reclamada dentro de los tres meses siguientes a haber quedado a sus órdenes, será puesta también en libertad.

Art. 368.- El detenido podrá utilizar, en el Estado a que se haga la solicitud de extradición, todos los medios legales concedidos a los nacionales para recobrar su libertad, fundando su ejercicio en las disposiciones de este Código.

Art. 369.- También podrá el detenido, a partir de ese hecho, utilizar los recursos legales que procedan, en el Estado que pida la extradición, contra las calificaciones y resoluciones en que se funde.

Art. 370.- La entrega debe hacerse con todos los objetos que se encontraren en poder de la persona reclamada, ya sean producto del delito imputado, ya piezas que puedan servir para prueba del mismo, en cuanto fuere practicable con arreglo a las leyes del Estado que la efectúa, y respetando debidamente los derechos de terceros.

Art. 371.- La entrega de los objetos a que se refiere el artículo anterior podrá hacerse, si la pidiere el Estado solicitante de la extradición, aunque el detenido muera o se evada antes de efectuarla.

Art. 372.- Los gastos de detención y entrega serán de cuenta del Estado requeriente, pero no tendrá que sufragar ninguno por los servicios que prestaren los empleados públicos con sueldo del Gobierno a quien se pida la extradición.

Art. 373.- El importe de los servicios prestados por empleados públicos u oficiales que solo perciban derechos o emolumentos, no excederá de los que habitualmente cobraren por esas diligencias o servicios según las leyes del país en que residan.

Art. 374.- Toda responsabilidad que pueda originarse del hecho de la detención provisional, será de cargo del Estado que la solicite.

Art. 375.- El tránsito de la persona extraditada y de sus custodios por el territorio de un tercer Estado contratante, se permitirá mediante la exhibición del ejemplar original o de una copia auténtica del documento que concede la extradición.

Art. 376.- El Estado que obtenga la extradición de un acusado que fuere luego absuelto, estará obligado a comunicar al que la concedió una copia auténtica del fallo.

Art. 377.- La persona entregada no podrá ser detenida en prisión ni juzgada por el Estado contratante a quien se entregue, por un delito distinto del que hubiere motivado la extradición y cometido con anterioridad a la misma, salvo que consentía en ello el Estado requerido, o que permanezca el extraditado libre en el primero tres meses después de juzgado y absuelto por el delito que originó la extradición, o de cumplida la pena de privación de libertad impuesta.

Art. 378.- En ningún caso se impondrá o ejecutará la pena de muerte por el delito que hubiese sido causa de la extradición.

Art. 379.- Siempre que proceda el abono de la prisión preventiva, se computará como tal el tiempo transcurrido desde la detención del extraditado en el Estado a quien se le haya pedido.

Art. 380.- El detenido será puesto en libertad, si el Estado requeriente no presentase la solicitud de extradición en un plazo razonable, dentro del menor tiempo posible, habida cuenta de la distancia y las facilidades de comunicaciones postales entre los dos países, después del arresto provisional.

Art. 381.- Negada la extradición de una persona, no se puede volver a solicitar por el mismo delito.

TITULO CUARTO DEL DERECHO DE COMPARRECER EN JUICIO Y SUS MODALIDADES

Art. 382.- Los nacionales de cada Estado contratante gozarán en cada uno de los otros del beneficio de defensa por pobre, en las mismas condiciones que los naturales.

Concordancias:

- *CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, Arts. 76*
- *CODIGO ORGANICO DE LA FUNCION JUDICIAL, Arts. 286*

Art. 383.- No se hará distinción entre nacionales y extranjeros en los Estados contratantes en cuanto a la prestación de la fianza para comparecer en juicio.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (TITULO PRELIMINAR), Arts. 13*
- *CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, Arts. 11*

Art. 384.- Los extranjeros pertenecientes a un Estado contratante podrán ejercitarse en los demás la acción pública en materia penal, en iguales condiciones que los nacionales.

Art. 385.- Tampoco necesitarán esos extranjeros prestar fianza para querellarse por acción privada, en los casos en que no se exija a los nacionales.

Art. 386.- Ninguno de los Estados contratantes impondrá a los nacionales de otro la caución judicío sistí o el onus probandi, en los casos en que no se exijan a sus propios naturales.

Art. 387.- No se autorizarán embargos preventivos, ni fianza de cárcel segura ni otras medidas procesales de índole análoga, respecto de los nacionales de los Estados contratantes, por su sola condición de extranjeros.

TITULO QUINTO DE LOS EXHORTOS O COMISIONES ROGATORIAS

Art. 388.- Toda diligencia judicial que un Estado contratante necesite practicar en otro, se efectuará mediante exhorto o comisión rogatoria cursado por la vía diplomática. Sin embargo, los Estados contratantes podrán pactar o aceptar entre si, en materia civil o criminal, cualquiera otra forma de trasmisión.

Concordancias:

- *CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, Arts. 87*
- *CODIGO TRIBUTARIO, Arts. 239*
- *CODIGO ORGANICO DE LA FUNCION JUDICIAL, Arts. 144*

Art. 389.- Al juez exhortante corresponde decidir respecto a su competencia y a la legalidad y oportunidad del acto o prueba, sin perjuicio de la jurisdicción del juez exhortado.

Art. 390.- El juez exhortado resolverá sobre su propia competencia *ratione materiae* para el acto que se le encarga.

Art. 391.- El que reciba el exhorto o comisión rogatoria debe ajustarse, en cuanto a su objeto, a la ley del comitente, y en cuanto a la forma de cumplirlo, a la suya propia.

Art. 392.- El exhorto será redactado en la lengua del Estado exhortante y será acompañado de una traducción hecha en la lengua del Estado exhortado, debidamente certificada por intérprete juramentado.

Art. 393.- Los interesados en la ejecución de los exhortos y cartas rogatorias de naturaleza privada deberán constituir apoderados, siendo de su cuenta los gastos que estos apoderados y las diligencias ocasionen.

TITULO SEXTO DE LAS EXCEPCIONES QUE TIENEN CARACTER INTERNACIONAL

Art. 394.- La litis pendencia por pleito en otro de los Estados contratantes podrá alegarse en materia civil, cuando la sentencia que se dicte en uno de ellos haya de producir en el otro los efectos de cosa juzgada.

Art. 395.- En asuntos penales no podrá alegarse la excepción de litis pendencia por causa pendiente en otro Estado contratante.

Art. 396.- La excepción de cosa juzgada que se funde en sentencia de otro Estado contratante, solo podrá alegarse cuando se haya dictado la sentencia con la comparecencia de las partes o sus representantes legítimos, sin que se haya suscitado cuestión de competencia del tribunal extranjero basada en disposiciones de este Código.

Concordancias:

- *CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, Arts. 297*

Art. 397.- En todos los casos de relaciones jurídicas sometidas a este Código, podrán promoverse cuestiones de competencia por declinatoria fundada en sus preceptos.

TITULO SEPTIMO
DE LA PRUEBA

CAPITULO I
DISPOSICIONES GENERALES SOBRE LA PRUEBA

Art. 398.- La ley que rija el delito o la relación de derecho objeto del juicio civil o mercantil, determina a quien incumbe la prueba.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO IV), Arts. 1690, 1715*
- *CODIGO DE COMERCIO, Arts. 47, 164, 166*
- *CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, Arts. 113, 121*
- *CODIGO DEL TRABAJO, Arts. 18*
- *CODIGO TRIBUTARIO, Arts. 128*
- *CODIGO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO SANCHEZ DE BUSTAMANTE, Arts. 172, 173, 399, 400*

Art. 399.- Para decidir los medios de prueba que pueden utilizarse en cada caso, es competente la ley del lugar en que se ha realizado el acto o hecho que se trate de probar, exceptuándose los no autorizados por la ley del lugar en que se sigue el juicio.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO IV), Arts. 1715*
- *CODIGO DE COMERCIO, Arts. 47, 164, 166*
- *CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, Arts. 113, 121*
- *CODIGO DEL TRABAJO, Arts. 18*
- *CODIGO TRIBUTARIO, Arts. 128*
- *CODIGO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO SANCHEZ DE BUSTAMANTE, Arts. 172, 173, 398, 400*

Art. 400.- La forma en que ha de practicarse toda prueba se regula por la ley vigente en el lugar en que se lleva a cabo.

Concordancias:

- *CODIGO CIVIL (LIBRO IV), Arts. 1715*
- *CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, Arts. 65, 113, 121, 162, 165, 173, 200, 826, 945, 992*
- *CODIGO TRIBUTARIO, Arts. 128*
- *CODIGO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO SANCHEZ DE BUSTAMANTE, Arts. 173, 398, 399, 400, 401, 402, 403, 404, 405, 406, 407*
- *CODIGO DE COMERCIO, Arts. 164, 166*

Art. 401.- La apreciación de la prueba depende de la ley del juzgador.

Concordancias:

- *CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, Arts. 115*

Art. 402.- Los documentos otorgados en cada uno de los Estados contratantes, tendrán en los otros el mismo valor en juicio que los otorgados en ellos, si reúnen los requisitos siguientes:

- 1.- Que el asunto o materia del acto o contrato sea lícito y permitido por las leyes del país del otorgamiento y de aquel en que el documento se utiliza;
- 2.- Que los otorgantes tengan aptitud y capacidad legal para obligarse conforme a su ley personal;
- 3.- Que en su otorgamiento se hayan observado las formas y solemnidades establecidas en el país donde se han verificado los actos o contratos;
- 4.- Que el documento esté legalizado y llene los demás requisitos necesarios para su autenticidad en el lugar donde se emplea.

Art. 403.- La fuerza ejecutiva de un documento se subordina al derecho local.

Art. 404.- La capacidad de los testigos y su recusación dependen de la ley a que se someta la relación de derecho objeto del juicio.

Concordancias:

- *CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, Arts. 207, 208*

Art. 405.- La forma del juramento se ajustará a la ley del juez o tribunal ante quien se preste; y su eficacia, a la que rija el hecho sobre el cual se jura.

Concordancias:

- *CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, Arts. 152, 230*

Art. 406.- Las presunciones derivadas de un hecho se sujetan a la ley del lugar en que se realiza el hecho de que nacen.

Art. 407.- La prueba indiciaria depende de la ley del juez o tribunal.

**CAPITULO II
REGLAS ESPECIALES SOBRE LA PRUEBA DE LEYES EXTRANJERAS**

Art. 408.- Los jueces y tribunales de cada Estado contratante aplicarán de oficio, cuando proceda, las leyes de los demás, sin perjuicio de los medios probatorios a que este capítulo se refiere.

Art. 409. - La parte que invoque la aplicación del derecho de cualquier Estado contratante en uno de los otros, o disienta de ella, podrá justificar su texto, vigencia y sentido, mediante certificación de dos abogados en ejercicio en el país de cuya legislación se trate, que deberá presentarse debidamente legalizada.

Art. 410. - A falta de prueba o si el juez o el tribunal por cualquier razón la estimaren insuficiente, podrán solicitar de oficio, antes de resolver, por la vía diplomática, que el Estado de cuya legislación se trate proporcione un informe sobre el texto, vigencia y sentido del derecho aplicable.

Art. 411. - Cada Estado contratante se obliga a suministrar a los otros, en el más breve plazo posible, la información a que el artículo anterior se refiere y que deberá proceder de su Tribunal Supremo o de cualquiera de sus Salas o Secciones, o del Ministerio Fiscal, o de la Secretaría o Ministerio de Justicia.

**TITULO OCTAVO
DEL RECURSO DE CASACION**

Art. 412.- En todo Estado contratante donde exista el recurso de casación o la institución correspondiente, podrá interponerse por infracción, interpretación errónea o aplicación indebida de una ley de otro Estado contratante, en las mismas condiciones y casos que respecto del derecho nacional.

Concordancias:

- *LEY DE CASACION, Arts. 3*

Art. 413.- Serán aplicables al recurso de casación las reglas establecidas en el capítulo segundo del título anterior, aunque el juez o tribunal inferior haya hecho ya uso de ellas.

TITULO NOVENO
DE LA QUIEBRA O CONCURSO

CAPITULO I
DE LA UNIDAD DE LA QUIEBRA O CONCURSO

Art. 414.- Si el deudor concordatario, concursado o quebrado no tiene más que un domicilio civil o mercantil, no puede haber más que un juicio de procedimientos preventivos de concurso o quiebra, o una suspensión de pagos, o quita y espera, para todos sus bienes y todas sus obligaciones en los Estados contratantes.

Concordancias:

- *CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, Arts. 507*

Art. 415.- Si una misma persona o sociedad tuviere en más de un Estado contratante varios establecimientos mercantiles enteramente separados económicamente, puede haber tantos juicios de procedimientos preventivos y de quiebra como establecimientos mercantiles.

CAPITULO II
DE LA UNIVERSALIDAD DE LA QUIEBRA O
CONCURSO, Y SUS EFECTOS

Art. 416.- La declaratoria de incapacidad del quebrado o concursado tiene en los Estados contratantes efectos extraterritoriales mediante el cumplimiento previo de las formalidades de registro o publicación que exija la legislación de cada uno de ellos.

Art. 417.- El auto de declaratoria de quiebra o concurso dictado en uno de los Estados contratantes, se ejecutará en los otros en los casos y forma establecidos en este Código para las resoluciones judiciales; pero producirá, desde que quede firme y para las personas respecto de las cuales lo estuviere, los efectos de cosa juzgada.

Art. 418.- Las facultades y funciones de los síndicos nombrados en uno de los Estados contratantes con arreglo a las disposiciones de este Código, tendrán efecto extraterritorial en los demás, sin necesidad de trámite alguno local.

Art. 419.- El efecto retroactivo de la declaración de quiebra o concurso y la anulación de ciertos actos por consecuencia de esos juicios, se determinarán por la ley de los mismos y sean aplicables en el territorio de los demás Estados contratantes.

Art. 420.- Las acciones reales y los derechos de la misma índole continuarán sujetos, no obstante la declaración de quiebra o concurso a la ley de la situación de las cosas a que afecten y a la competencia de los jueces del lugar en que éstas se encuentren.

CAPITULO III DEL CONVENIO Y DE LA REHABILITACION

Art. 421.- El convenio entre los acreedores y el quebrado o concursado, tendrá efectos extraterritoriales en los demás Estados contratantes, salvo el derecho de los acreedores por acción real que no lo hubiesen aceptado.

Art. 422.- La rehabilitación del quebrado tiene también eficacia extraterritorial en los demás Estados contratantes, desde que quede firme la resolución judicial en que se disponga, y conforme a sus términos.

Concordancias:

- CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, Arts. 595

TITULO DECIMO DE LA EJECUCION DE SENTENCIAS DICTADAS POR TRIBUNALES EXTRANJEROS

CAPITULO I MATERIA CIVIL

Art. 423.- Toda sentencia civil o contencioso - administrativa dictada en uno de los Estados contratantes, tendrá fuerza y podrá ejecutarse en los demás si reúne las siguientes condiciones:

- 1.- Que tenga competencia para conocer del asunto y juzgarlo, de acuerdo con las reglas de este Código, el juez o tribunal que la haya dictado;
- 2.- Que las partes hayan sido citadas personalmente o por su representante legal, para el juicio;
- 3.- Que el fallo no contravenga al orden público o al derecho público del país en que quiere ejecutarse;
- 4.- Que sea ejecutorio en el Estado en que se dicte;
- 5.- Que se traduzca autorizadamente por un funcionario o intérprete oficial del Estado en que ha de ejecutarse, si allí fuere distinto el idioma empleado;
- 6.- Que del documento en que conste reúna los requisitos necesarios para ser considerado

como auténtico en el Estado de que proceda, y los que requiera, para que haga fe, la legislación del Estado en que se aspira a cumplir la sentencia.

Concordancias:

- *CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, Arts. 269, 414*

Art. 424.- La ejecución de la sentencia deberá solicitarse del tribunal o juez competente para llevarla a efecto, previas las formalidades requeridas por la legislación interior.

Concordancias:

- *CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, Arts. 269, 414*

Art. 425.- Contra la resolución judicial, en el caso a que el artículo anterior se refiere, se otorgarán todos los recursos que las leyes de ese Estado concedan respecto de las sentencias definitivas dictadas en juicio declarativo de mayor cuantía.

Art. 426.- El juez o tribunal a quien se pida la ejecución oirá antes de decretarla o denegarla, y por término de 20 días, a la parte contra quien se dirija y al Fiscal o Ministerio Público.

Art. 427.- La citación de la parte a quien deba oírse se practicará por medio de exhorto o comisión rogatoria, según lo dispuesto en este Código, si tuviere su domicilio en el extranjero y careciere en el país de representación bastante, o en la forma establecida por el derecho local si tuviere el domicilio en el Estado requerido.

Concordancias:

- *CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, Arts. 87*
- *CODIGO TRIBUTARIO, Arts. 239*
- *CODIGO ORGANICO DE LA FUNCION JUDICIAL, Arts. 144*

Art. 428.- Pasado el término que el juez o tribunal señale para la comparecencia, continuará la marcha del asunto haya o no comparecido el citado.

Art. 429.- Si se deniega el cumplimiento se devolverá la ejecutoria al que la hubiese presentado.

Art. 430.- Cuando se acceda a cumplir la sentencia, se ajustará su ejecución a los trámites determinados por la ley del juez o tribunal para sus propios fallos.

Art. 431.- Las sentencias firmes dictadas por un Estado contratante que por sus

pronunciamientos no sean ejecutables, producirán en los demás los efectos de cosa juzgada si reúnen las condiciones que a ese fin determina este Código, salvo las relativas a su ejecución.

Art. 432.- El procedimiento y los efectos regulados en los artículos anteriores, se aplicarán en los Estados contratantes a las sentencias dictadas en cualquiera de ellos por árbitros o amigables componedores, siempre que el asunto que las motiva pueda ser objeto de compromiso, conforme a la legislación del país en que la ejecución se solicite.

Art. 433.- Se aplicará también ese mismo procedimiento a las sentencias civiles dictadas en cualquiera de los Estados contratantes por un tribunal internacional, que se refieran a personas o intereses privados.

CAPITULO II DE LOS ACTOS DE JURISDICCION VOLUNTARIA

Art. 434.- Las disposiciones dictadas en actos de jurisdicción voluntaria en materia de comercio, por jueces o tribunales de un Estado contratante o por sus agentes consulares, se ejecutarán en los demás mediante los trámites y en la forma señalados en el capítulo anterior.

Art. 435.- Las resoluciones en los actos de jurisdicción voluntaria en materia civil procedentes de un Estado contratante, se aceptarán por los demás si reúnen las condiciones exigidas por este Código para la eficacia de los documentos otorgados en país extranjero y procedentes de juez o tribunal competente, y tendrán en consecuencia, eficacia extraterritorial.

CAPITULO III MATERIA PENAL

Art. 436.- Ningún Estado contratante ejecutará las sentencias dictadas en uno de los otros en materia penal, en cuanto a las sanciones de ese orden que impongan.

Art. 437.- Podrán, sin embargo, ejecutarse dichas sentencias en lo que toca a la responsabilidad civil y a sus efectos sobre los bienes del condenado, si han sido dictadas por el juez o tribunal competente según este Código y con audiencia del interesado y se cumplen las demás condiciones formales y de trámite que el capítulo primero de este título establece.

Obligaciones Civiles y sus Fuentes

Ernesto González Pesantes*

Docente de la Facultad Jurídica, Social y Administrativa de la Universidad Nacional de Loja
E-mail: ernesto_gonzalezp@yahoo.es

*Autor para correspondencia

LAS OBLIGACIONES CIVILES Y SUS FUENTES

CIVIL OBLIGATIONS AND THEIR SOURCES

► RESUMEN

En el marco de la Teoría de las Obligaciones, se ha desarrollado el concepto, caracteres, elementos de las obligaciones y sus fuentes; y, en el orden metodológico se los ha correlacionado con la doctrina y diversas normas jurídicas establecidas en el Libro Cuarto del Código Civil ecuatoriano, situación que ha permitido identificar limitaciones en la legislación civil ecuatoriana respecto a la confusión de las categorías jurídicas obligación, contrato y convención. En materia de las fuentes de las obligaciones: contrato, cuasicontrato, delito, cuasidelito y la ley, luego de caracterizar a cada una de ellas, se han identificado desde del enfoque doctrinario dos vertientes centrales: la ley y el contrato.

Palabras claves: Derechos personales, obligaciones, contrato, cuasicontrato, delito, cuasidelito, ley.

► ABSTRACT

Within the framework of the Theory of Obligations, the concept, characters, elements of obligations and their sources have been developed; And in the methodological order have been correlated with the doctrine and various legal norms established in Book Four of the Ecuadorian Civil Code, a situation that has allowed to identify limitations in the Ecuadorian civil law regarding the confusion of the legal categories obligation, contract and convention. In terms of the sources of the obligations: contract, quasi-contract, crime, quasi-crime and law, after characterizing each of them, have been identified from the doctrinal approach two central aspects: law and contract.

Keywords: Personal rights, obligations, contract, quasicontract, crime, quasidelito, law.

Ernesto González Pesantes: Doctor en Jurisprudencia y Abogado.

RECIBIDO: Enero 26, 2017 | APROBADO: Febrero 28, 2017

pp: 59 - 64

Revista | SUR
ACADEMIA

59

INTRODUCCION

El presente trabajo tiene como objeto de estudio las obligaciones desde su etimología, enfoque teórico, elementos, hasta las fuentes que las generan en el derecho civil ecuatoriano. La importancia de este estudio radica en que gran parte de las relaciones entre sujetos de derecho y objetos de derecho giran alrededor de las obligaciones civiles derivadas de sus fuentes: contratos, cuasicontratos, delitos, cuasidelitos y la ley. Así como en los contratos se plantea como fin el cumplimiento de obligaciones, en el caso de una obligación civil el objeto es el cumplimiento de las prestaciones sean de dar, hacer o no hacer. Indudablemente que su análisis jurídico - doctrinal permite identificar varias limitaciones en la legislación vigente del país, al no alcanzar a diferenciar las categorías obligación y contrato o no distinguir por otra parte, el carácter creador de obligaciones en el caso de los contratos; y, la convención como categoría jurídica que crea, modifica y extingue obligaciones.

En relación a las fuentes de las obligaciones civiles todas están reguladas por la ley, con la particularidad que en el contrato su característica está dada en la expresión de la voluntad de las partes. En materia de los delitos y cuasidelitos es importante establecer una correlación con la legislación penal para entender que en materia civil su importancia radica en la reparación del daño patrimonial o extra patrimonial. Finalmente en el caso de los cuasicontratos considerados como actos voluntarios, lícitos y no convencionales, se describe cómo se expresan sus clases: la agencia oficiosa, el pago de lo no debido y la comunidad.

Generalidades.

Etimológicamente la categoría obligación viene del vocablo latino "*obligare*" que significa atar, enlazar, amarrar o ligar a algo, siguiendo la tradición jurídica de la ligazón entre el deudor con el acreedor desde los primeros enfoques del derecho romano.

La obligación² como relación jurídica debe ser entendida como el vínculo jurídico en virtud del cual una parte denominada deudor tiene la responsabilidad de efectuar una prestación de dar, hacer o no hacer en favor de otra que se denomina acreedor.

El Código Civil ecuatoriano no trae una caracterización específica de la obligación, ausencia heredada del Código Civil chileno que retomó a su vez las instituciones jurídicas del derecho romano, sin embargo, el Art. 1454 cuando refiere que "Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa..."³, recoge en esta definición varios caracteres que son propios de la obligación.

En todo caso el objeto de una obligación civil es la prestación, entendida como "el comportamiento que debe observar el deudor para satisfacer el interés del acreedor"⁴. Esta puede tener un carácter positivo como las prestaciones de dar o hacer; y, de carácter negativo o de abstención, como las prestaciones de no hacer.

La prestación de dar permite transferir el dominio o constituir un determinado derecho real⁵. Una típica prestación de dar se presenta en el contrato de compra venta donde el vendedor tiene la responsabilidad de transferir la propiedad vendida al comprador y en el caso de este último pagar su precio (Art. 1732 Código Civil). El otro ejemplo, es del titular de dominio de un inmueble rústico que se obliga a constituir el derecho de usufructo en favor de otra persona que no es el dueño.

La prestación de hacer comprende una acción o actividad física o intelectual del deudor en favor del acreedor. En síntesis abarcaría una prestación de servicios. Un claro ejemplo de esta prestación es la del trabajador respecto de sus servicios lícitos y personales en favor del empleador bajo su dependencia, por una remuneración fijada por convenio, la ley, un contrato colectivo o la costumbre. (Art.8 del Código del Trabajo).

La prestación de no hacer cuya finalidad es la abstención, está dirigida al deber del deudor de no hacer algo. En derecho patrimonial tiene que ver con el respeto del derecho real que ejerce el otro. En una propiedad agrícola el dueño puede estar obligado a dejar transitar a trabajadores de la propiedad vecina (Art. 867, 883 del Código Civil).

Retomando la obligación, es menester partir de su definición para destacar los elementos que la estructuran:

²ALESSANDRI Rodríguez Arturo, en Teoría de las Obligaciones, pág. 9, cita la definición que nos entrega Planiol "es el vínculo jurídico en entre dos o más personas determinadas, en virtud del cual una de ellas el acreedor, tiene la facultad de exigir algo a otra llamada deudor" y también del autor francés Lacantiniere que la define así "Es un vínculo jurídico en virtud del cual una o más personas determinadas quedan civilmente ligadas respecto de otra u otras también determinadas a dar, hacer o no hacer alguna cosa"

³El Código Civil en el Art. 1454 además de recoger caracteres de la obligación, utiliza indistintamente los conceptos contrato y convención, sin explicar que la característica de la convención es crear, modificar y extinguir obligaciones, y, que el contrato se constituye a crear obligaciones.

⁴Vodanovic H. Antonio, Sonnariña Manuel y Alessandri Arturo, TRATADO DE LAS OBLIGACIONES, Volumen de las obligaciones en general y sus diversas clases, pág. 6, Editorial Jurídica de Chile.

⁵El Art. 595 del Código Civil, señala el "Derecho real es el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona. Son derechos reales el de dominio, el de herencia, los de usufructo, uso o habitación, los de servidumbres activas, el de prenda e hipoteca: De estos derechos nacen las acciones reales.

Ernesto González Pesantes*

Docente de la Facultad Jurídica, Social y Administrativa de la Universidad Nacional de Loja

E-mail: ernesto_gonzalezp@yahoo.es

* Autor para correspondencia

LAS OBLIGACIONES CIVILES Y SUS FUENTES

CIVIL OBLIGATIONS AND THEIR SOURCES

► RESUMEN

En el marco de la Teoría de las Obligaciones, se ha desarrollado el concepto, caracteres, elementos de las obligaciones y sus fuentes; y, en el orden metodológico se los ha correlacionado con la doctrina y diversas normas jurídicas establecidas en el Libro Cuarto del Código Civil ecuatoriano, situación que ha permitido identificar limitaciones en la legislación civil ecuatoriana respecto a la confusión de las categorías jurídicas obligación, contrato y convención. En materia de las fuentes de las obligaciones: contrato, cuasicontrato, delito, cuasidelito y la ley, luego de caracterizar a cada una de ellas, se han identificado desde el enfoque doctrinario dos vertientes centrales: la ley y el contrato.

Palabras claves: Derechos personales, obligaciones, contrato, cuasicontrato, delito, cuasidelito, ley.

► ABSTRACT

Within the framework of the Theory of Obligations, the concept, characters, elements of obligations and their sources have been developed; And in the methodological order have been correlated with the doctrine and various legal norms established in Book Four of the Ecuadorian Civil Code, a situation that has allowed to identify limitations in the Ecuadorian civil law regarding the confusion of the legal categories obligation, contract and convention. In terms of the sources of the obligations: contract, quasi-contract, crime, quasi-crime and law, after characterizing each of them, have been identified from the doctrinal approach two central aspects: law and contract.

Keywords: Personal rights, obligations, contract, quasicontract, crime, quasidelito, law.

Ernesto González Pesantes: Doctor en Jurisprudencia y Abogado.

RECIBIDO: Enero 26, 2017 | APROBADO: Febrero 28, 2017

pp: 59 - 64

Revista | SUR
ACADEMI

59

INTRODUCCION

El presente trabajo tiene como objeto de estudio las obligaciones desde su etimología, enfoque teórico, elementos, hasta las fuentes que las generan en el derecho civil ecuatoriano. La importancia de este estudio radica en que gran parte de las relaciones entre sujetos de derecho y objetos de derecho giran alrededor de las obligaciones civiles derivadas de sus fuentes: contratos, cuasicontratos, delitos, cuaidelitos y la ley. Así como en los contratos se plantea como fin el cumplimiento de obligaciones, en el caso de una obligación civil el objeto es el cumplimiento de las prestaciones sean de dar, hacer o no hacer. Indudablemente que su análisis jurídico - doctrinal permite identificar varias limitaciones en la legislación vigente del país, al no alcanzar a diferenciar las categorías obligación y contrato o no distinguir por otra parte, el carácter creador de obligaciones en el caso de los contratos; y, la convención como categoría jurídica que crea, modifica y extingue obligaciones.

En relación a las fuentes de las obligaciones civiles todas están reguladas por la ley, con la particularidad que en el contrato su característica está dada en la expresión de la voluntad de las partes. En materia de los delitos y cuaidelitos es importante establecer una correlación con la legislación penal para entender que en materia civil su importancia radica en la reparación del daño patrimonial o extra patrimonial. Finalmente en el caso de los cuasicontratos considerados como actos voluntarios, lícitos y no convencionales, se describe cómo se expresan sus clases: la agencia oficiosa, el pago de lo no debido y la comunidad.

Generalidades.

Etimológicamente la categoría obligación viene del vocablo latino "*obligare*" que significa atar, enlazar, amarrar o ligar a algo, siguiendo la tradición jurídica de la ligazón entre el deudor con el acreedor desde los primeros enfoques del derecho romano.

La obligación² como relación jurídica debe ser entendida como el vínculo jurídico en virtud del cual una parte denominada deudor tiene la responsabilidad de efectuar una prestación de dar, hacer o no hacer en favor de otra que se denomina acreedor.

El Código Civil ecuatoriano no trae una caracterización específica de la obligación, ausencia heredada del Código Civil chileno que retomó a su vez las instituciones jurídicas del derecho romano, sin embargo, el Art. 1454 cuando refiere que "Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa..."³, recoge en esta definición varios caracteres que son propios de la obligación.

En todo caso el objeto de una obligación civil es la prestación, entendida como "el comportamiento que debe observar el deudor para satisfacer el interés del acreedor"⁴. Esta puede tener un carácter positivo como las prestaciones de dar o hacer; y, de carácter negativo o de abstención, como las prestaciones de no hacer.

La prestación de dar permite transferir el dominio o constituir un determinado derecho real⁵. Una típica prestación de dar se presenta en el contrato de compra venta donde el vendedor tiene la responsabilidad de transferir la propiedad vendida al comprador y en el caso de este último pagar su precio (Art. 1732 Código Civil). El otro ejemplo, es del titular de dominio de un inmueble rústico que se obliga a constituir el derecho de usufructo en favor de otra persona que no es el dueño.

La prestación de hacer comprende una acción o actividad física o intelectual del deudor en favor del acreedor. En síntesis abarcaría una prestación de servicios. Un claro ejemplo de esta prestación es la del trabajador respecto de sus servicios lícitos y personales en favor del empleador bajo su dependencia, por una remuneración fijada por convenio, la ley, un contrato colectivo o la costumbre. (Art.8 del Código del Trabajo).

La prestación de no hacer cuya finalidad es la abstención, está dirigida al deber del deudor de no hacer algo. En derecho patrimonial tiene que ver con el respeto del derecho real que ejerce el otro. En una propiedad agrícola el dueño puede estar obligado a dejar transitar a trabajadores de la propiedad vecina (Art. 867, 883 del Código Civil).

Retomando la obligación, es menester partir de su definición para destacar los elementos que la estructuran:

²ALESSANDRI Rodríguez Arturo, en Teoría de las Obligaciones, pág. 9, cita la definición que nos entrega Planiol "es el vínculo jurídico en entre dos o más personas determinadas, en virtud del cual una de ellas el acreedor, tiene la facultad de exigir algo a otra llamada deudor" y también del autor francés Lacantinie que la define así: "Es un vínculo jurídico en virtud del cual una o más personas determinadas quedan civilmente ligadas respecto de otra u otras también determinadas a dar, hacer o no hacer alguna cosa"

³El Código Civil en el Art. 1454 además de recoger caracteres de la obligación, utiliza indistintamente los conceptos contrato y convención, sin explicar que la característica de la convención es crear, modificar y extinguir obligaciones y, que el contrato se constituye a crear obligaciones.

⁴Vodanovic H. Antonio, Sonnraiva Manuel y Alessandri Arturo, TRATADO DE LAS OBLIGACIONES, Volumen de las obligaciones en general y sus diversas clases, pág. 6, Editorial Jurídica de Chile.

⁵El Art. 595 del Código Civil, señala el "Derecho real es el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona. Son derechos reales el de dominio, el de herencia, los de usufructo, uso o habitación, los de servidumbres activas, el de prenda e hipoteca: De estos derechos nacen las acciones reales.

"vínculo jurídico entre dos partes, en virtud del cual el deudor está en la capacidad de cumplir con una prestación en favor de otra que se constituye en el acreedor, que está en condiciones de exigir su cumplimiento".

Los elementos son: el vínculo jurídico, los sujetos de derecho que intervienen y finalmente la prestación. Así, a) el vínculo jurídico de las partes y en cuya virtud el acreedor tiene la capacidad de exigir cumplimiento de la prestación al deudor. b) El deudor y acreedor como sujetos de la relación o vínculo jurídico. El deudor que tiene la obligación de cumplir con la prestación y el acreedor con la capacidad de exigirla. c) La prestación que se constituye en el objeto de la obligación y consiste en la acción positiva (dar o hacer), o de abstención (no hacer) que al deudor le corresponde cumplir en favor del acreedor.

Fuentes de las obligaciones.

Las obligaciones no se auto constituyen, puesto que siempre tienen una génesis, un nacimiento, una causa establecida por la legislación que las generan. Es la ley la que en última instancia siempre regula el reconocimiento y eficacia de una obligación, la que delimita sus ámbitos. El Código Civil ecuatoriano en su Art. 1453 señala "Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido lesión o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia". Esta es una clasificación que en lo principal viene desde las instituciones de Justiniano y de manera formal rescatamos cinco fuentes de las obligaciones: el contrato, el cuasicontrato, el delito, el cuasidelito y la ley.

Hay quienes sostienen que realmente existen dos fuentes fundamentales: el contrato y la ley, puesto que la ley "sería la fuente no solo de las obligaciones que ella establece por su sola disposición, sino también de las que se atribuyen al cuasicontrato, al delito y al cuasidelito"⁶⁶ y que el contrato obedece a la voluntad de las partes (deudor y acreedor). El Art. 596 del Código Civil se refiere a los derechos personales o créditos que pueden reclamarse a ciertas personas que por un *hecho suyo* o la sola disposición de la ley, han contraído obligaciones correlativas. Los alimentos que se debe al alimentario es

un caso concreto de obligación por disposición de la ley.

En relación a las fuentes de las obligaciones también se refiere el Art. 2184 del Código Civil cuando señala que "Las obligaciones que se contraen sin convenión, nacen, o de la ley, o del hecho voluntario de una de las partes. Las que nacen de la ley se expresan en ella. Si el hecho de que nacen es lícito, constituye un cuasicontrato. Si el hecho es ilícito y cometido con intención de dañar, constituye un delito. Si el hecho es culpable, pero cometido sin intención de dañar, constituye un cuasidelito". La tendencia de la doctrina respecto a dos fuentes principales se encuentra manifestada en forma evidente en esta disposición.

a. El contrato:

El Art. 1454 del Código Civil señala que "Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas".

Desde el enfoque doctrinario existe una distinción entre contrato y convención. Constituye convención el acuerdo que se establece entre dos o más partes conducente a crear, modificar y extinguir obligaciones. El contrato es una convención dirigida solamente a crear obligaciones. Siguiendo a diversos tratadistas del derecho civil se concluiría que la convención es el género y el contrato la especie. El contrato es "el acuerdo de las voluntades de dos o más partes con el objeto de crear entre ellas una o más obligaciones"⁶⁷. Tal es el caso de la compra venta referida en el Código Civil (Art. 1732) definido como "contrato en el que una de las partes se obliga a dar una cosa, y la otra a pagarla en dinero. El que contrae la obligación de dar la cosa se llama vendedor, y el que contrae la de pagar el dinero, comprador. El dinero que el comprador se obliga a dar por la cosa vendida se llama precio". El contrato es la causa y la obligación el efecto, por el que una parte denominada vendedor se obliga a entregar la cosa y la otra a pagar su precio. Se concluye que el contrato es la fuente de obligaciones derivada de la autonomía de la voluntad de las partes. Además la legislación sustantiva civil distingue en cada contrato las cosas o elementos que son de su esencia (sin las cuales, no surte efecto alguno o se degeneran); naturaleza (las que se entiende pertenecerle); y, accidentales (se agregan por cláusulas especiales). Pueden ser: unilateral, bilateral, gratuito o de bene-

⁶⁶ALESSANDRI y otros, Tratado de las Obligaciones, pág. 30 y 46.

ficencia, oneroso, comutativo, aleatorio, principal, accesorio, real y consensual.

b. Los cuasicontratos:

El Código Civil se limita en su Art. 2184 a establecer que "Las obligaciones que se contraen sin convención, nacen, o de la ley, o del hecho voluntario de una de las partes... Si el hecho de que nacen es lícito, constituye un cuasicontrato". Se desprende de entonces que las obligaciones derivadas de un cuasicontrato son aquellas que las personas suelen contraer sin que mediara convención. El cuasicontrato se lo define como un acto lícito, voluntario y por lo tanto no convencional que impone determinadas obligaciones. Su carácter lícito le permite establecer sus fronteras con los delitos y cuasidelitos que por naturaleza son ilícitos; el voluntario, por expresarse la voluntad de un individuo; y lo no convencional, por no mediar acuerdo de voluntades. El maestro Planiol señala respecto a la diferencia entre contrato y cuasicontrato lo siguiente "que mientras el contrato nace del acuerdo de voluntades entre dos o más personas, en el cuasicontrato no existe este acuerdo, sino que hay la voluntad de una sola persona, que por disposición de la ley contrae una obligación"⁹. Situación que pone de manifiesto la posición de Planiol de que son las disposiciones legales las que imponen la obligación antes que el carácter voluntario, lícito y no convencional de los cuasicontratos.

La legislación civil ecuatoriana reconoce tres principales cuasicontratos, que son los siguientes: la agencia oficiosa, el pago de lo no debido, y la comunidad.

- Agencia oficiosa.- Se conoce como agencia oficiosa al mandato donde el mandatario actúa sin mandante. De la agencia oficiosa o gestión de negocios ajenos se ocupa el Art. 2186 del Código Civil cuando dice que "es un cuasicontrato por el cual el que administra sin mandato los negocios de alguna persona, se obliga para con ésta, y la obliga en ciertos casos". Es necesario señalar que toda persona que administre ++++++ un negocio ajeno contra la expresa prohibición del interesado, no tiene acción contra este, sino solamente cuando la gestión fuera útil y llegare a existir utilidad al tiempo de la demanda, así lo dispone la legislación.
- Del pago de lo no debido.- El Código Civil en

su Art. 2195 señala "El que por error ha hecho un pago y prueba que no lo debía, tiene derecho para repetir lo pagado". Pero se advierte que cuando una persona, a consecuencia de "un error suyo", ha pagado deuda ajena, no tendrá derecho para repetir contra el que, a efectos del pago, ha suprimido o cancelado un título necesario para el cobro de su crédito. Sin embargo, podrá la persona "intentar contra el deudor las acciones del acreedor".

- Del cuasicontrato de comunidad.- Esta última forma de cuasicontrato principal se produce en "La comunidad de una cosa universal o singular, entre dos o más personas, sin que ninguna de ellas haya contratado sociedad o celebrado otra convención relativa a la misma cosa..." (Art. 2204 del Código Civil). El profesor Parraguéz considera que se trata de un simple hecho del hombre¹⁰ y no de un acto, puesto que no existiría intención de producir efectos jurídicos, particular que no siempre es compartido¹⁰.

c. Los delitos y cuasidelitos:

El Código Civil de Ecuador en su Art. 2214 establece que "El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito".

Los hechos o actos ilícitos civiles a diferencia de los penales -que implican una pena¹¹-, tienen como objeto la reparación del daño que se haya causado. Se genera una obligación que tiene por objeto la prestación de reparar, compensar e incluso mitigar el daño que se causa. Pueden existir actos ilícitos sancionados con una pena y producir daño o aque-

⁹PARRAGUÉZ Luis, Manual de Derecho Civil ecuatoriano, Teoría de las obligaciones, Gráficas Mediavilla, Quito, Ecuador, pág. 50.

¹⁰"Los actos ilícitos son aquellos que se realizan con la concurrencia de la voluntad de las personas y que tienen efectos que violan la libertad de las demás personas o se producen en el orden social".

El Código Orgánico Integral Penal de Ecuador, en su Libro Primero, caracteriza a la infracción penal como la conducta típica, antijurídica y culpable (Art. 18), clasificándolas en delitos y contravenciones (Art. 19). Actúa con la persona que tiene el diseño de causar daño (Art. 26). Actúa con culpa la persona que infringe el deber objetivo de cuidado, que personalmente le corresponde, produciendo un resultado dañoso, siendo esta conducta punible cuando se encuentra tipificada como infracción en el Código Orgánico Integral Penal (Art. 27).

En cuanto a la tipicidad, los tipos penales describen los elementos de las conductas penalmente relevantes (Art. 28). Resalta la antijuridicidad, para que la conducta sea tipificada sea antijurídica, es decir, atentatoria o lesiva sin justa causa, de un bien jurídico protegido (Art. 29).

Finalmente en cuanto a la culpabilidad, para que una persona sea considerada responsable penalmente deberá ser imputable y actuar con conocimiento de la antijuridicidad de su conducta (Art. 34).

¹¹Ibidem, pág. 34, "daño es todo menoscabo que un sujeto sufre en sus derechos patrimoniales o extrapatrimoniales".

¹²Ibidem, pág. 35, "El daño emergente, consiste en la disminución efectiva del patrimonio por pérdidas de bienes económicos o deterioros de los mismos. Lucro cesante, es el frustrado acrecimiento del patrimonio de una persona por no obtener ella los valores económicos que, con motivos fundados, habría podido lograr o no sin el hecho dañoso".

⁸ PLANOL referido por Alessandri Arturo, en Teoría de las Obligaciones, pág. 17.

Ilos calificados como puramente penales, que solamente son sancionados con una pena, sin embargo, existen actos o hechos ilícitos que no siendo sancionados con pena producen daños que la doctrina los denomina puramente civiles como el caso referido en el Art. 1444 del Código Civil por un acto de ingratitud del donatario (ante cualquier hecho ofensivo que le hiciera indigno de recibir herencia del donante). Lo cierto es que el acto (con voluntad) o hecho (sin voluntad) ilícito civil que produce obligaciones, es definido como acto doloso o culposo que genera a otra persona un daño. Se conceptualiza como daño el detrimento que sufre un sujeto de derecho pudiendo ser en su individualidad, como en sus bienes¹². Se constituye en injusto el daño que no tiene justificación desde el ámbito del derecho. Este se lo determina por el valor del daño causado, aunque no existe una fórmula para medir el daño como ocurre con el daño moral.

En el daño patrimonial se pueden clasificar el lucro cesante y daño emergente¹³. En el no patrimonial la doctrina cita el biológico (esfera corporal) y moral (esfera ideal de la persona).

d. La ley:

Esta es una de las fuentes fundamentales de las obligaciones, existiendo posiciones que sostienen que la ley es la fuente primigenia. El Título Preliminar del Código Civil inicia estableciendo que "La ley es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite. Son leyes las normas generalmente obligatorias de interés común" (Art. 1). Se destaca el ámbito imperativo, prohibitivo y permisivo de normas obligatorias, elaboradas en la función legislativa, por asambleístas que responden a la voluntad popular ejercida en el marco de una democracia representativa.

En este análisis interesa la ley como fuente de las obligaciones. El Art. 1453 de la legislación sustancial civil señala que "Las obligaciones nacen...ya por disposición de la ley, como entre padres e hijos de familia". Esta norma guarda correspondencia con lo dispuesto para los derechos personales o créditos en el Libro Segundo del Código Civil, que señala "son los que sólo pueden reclamarse de ciertas personas que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído obligaciones correlativas; como el que tiene el prestamista contra su deudor, por el dinero prestado, o el hijo contra el padre por alimentos. De estos derechos nacen las acciones

"personales". Como se puede analizar existen dos fuentes claras de obligaciones, aquellas que se dan por "un hecho suyo" y las que se generan por la "sola disposición de la ley" como en el caso de la prestación de alimentos a la que está obligado a dar el alimentante al alimentario. Es la ley como fuente de las obligaciones, la que regula de manera directa y clara esta obligación y varias otras.

CONCLUSIONES

- La obligación es un *vínculo jurídico entre dos partes, en virtud del cual el deudor está en la capacidad de cumplir con una prestación en favor de otra que se constituye en el acreedor, que está en condiciones de exigir su cumplimiento*.
- El objeto de la obligación es la prestación positiva de dar (entregar la cosa) o hacer (prestar un servicio); y, la prestación negativa de no hacer (abstenerse de aquello no permitido por la ley).
- La diferencia entre contrato y convención radica en que el primero crea obligaciones y el segundo crea, modifica y extingue obligaciones civiles.
- Los delitos y cuasidelitos constituyen actos o hechos ilícitos cuyas obligaciones civiles están dirigidas a la reparación del daño patrimonial o extra patrimonial.
- Los cuasicontratos son actos voluntarios, lícitos y no convencionales que generan obligaciones
- La ley como fuente fundamental determina las características de las obligaciones civiles que le corresponden asumir al deudor.
- En las relaciones sujetos de derecho y objetos de derecho, las obligaciones civiles son una constante en los actos jurídicos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALESSANDRI Rodríguez Arturo, Teoría de las Obligaciones, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1983.
- ALESSANDRI Rodríguez Arturo, SOMARRIVA Manuel, Contratos, Imprenta Universal, Santiago Chile, 1992.
- BARRAGÁN Romero Gil, Elementos del Daño Moral, Edino, Guayaquil, Ecuador, 1995.
- CLARO Solar Luis, Explicaciones del Derecho Civil Chileno y Comparado, De las Obligaciones, Tomo Duodécimo, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile 1979.
- COELLO Serrano Rafael, Efectos de las Obligaciones, Talleres Gráficos Nacionales, Casa de la Cultura Ecuatoriana, Quito, Ecuador 1947.
- Código Civil (actualizado), Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito Ecuador, 2016.
- GUEVARA Luis Ernesto, Manual de Obligaciones, Ediciones Universidad de Boyacá, Boyacá, Tunja, Colombia, 2013
- LARREA Holguín Juan, Derecho Civil del Ecuador, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito Ecuador, 2001
- MONROY Cabra Marco, Introducción al Derecho, Editorial Temis, Bogotá Colombia, 2006
- PARRAGUEZ Luis, Manual de derecho Civil ecuatoriano, Teoría de las obligaciones, Gráficas Mediavilla, Quito, Ecuador, 1986.
- VALDIVIESO Carlos, Tratados de las Obligaciones y Contratos, Grafimundo Loja, Ecuador, 2005
- VODANOVIC H. Antonio, SOMARRIVA Manuel y ALESSANDRI Arturo, Tratado de las Obligaciones, volumen de las obligaciones en general y sus diversas clases, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1992.

Principios Constitucionales del procedimiento civil



Principio dispositivo, de inmediación y concentración

Dispositivo, versa sobre la actividad procesal y su impulso; corresponde esta acción a las partes procesales el iniciar y determinar un objeto.

Es decir que la tutela jurisdiccional de los derechos e intereses solo puede ser iniciada a petición de parte

El principio dispositivo ubica al juzgador en un papel de conocedor, y a las partes como sujetos con el derecho a iniciar un proceso judicial.

Inmediación, este es un principio que tiene mucha práctica en un sistema judicial como el ecuatoriano basado en la oralidad. Es garantía de un línea de comunicación directa entre las partes y el juzgador y de este con los medios probatorios.

Por medio de este principio se obliga al juzgador a presenciar todo acto procesal.

Concentración, se basa en la facultad para que se realicen la mayor cantidad de actos procesales en una unidad de actos.

Con base a este principio dentro del proceso se deben plantear todas las cuestiones, excepciones y peticiones para ser resueltas en un solo pronunciamiento del juzgador.

Principio de celeridad

La celeridad procesal tiene un campo de aplicación en las propias instituciones que conforman el sistema de justicia, regulando la imposición de plazos innecesarios que no sean otros de los que ya se encuentran fijados por la ley y de esta forma se otorga al juzgador el poder de sancionar todo tipo de acto tendiente a retardar y a perjudicar el proceso.



Principio de economía procesal



Este principio busca el menor desgaste posible de la actividad jurisdiccional para resolver un proceso, el ahorro de energía, tiempo y dinero, de los participantes en las audiencias; este principio procura obtener el mejor resultado posible con la mínima intervención jurisdiccional y de gastos para las partes litigantes.

Principio de transparencia y publicidad



Consiste en el respetar y procurar la publicidad de resoluciones, procedimientos y documentos dentro de un proceso, lo que permite evitar procesos oculto o justicia secreta.

Principio de gratuidad



Consideremos que la gratuidad facilita el acceso a la justicia para el ejercicio de sus derechos y satisfacción de sus pretensiones planteadas. "Por lo tanto, es un beneficio de carácter social y humanístico, basado en el principio Constitucional de que la justicia se debe aplicar a todas las personas sin discriminación alguna" (López , 1990, p. 16).

Principio de contradicción

Este principio, establece el derecho a un proceso con todas las garantías. Y establece un acceso a la defensa de las acciones en contra de los sujetos partes de proceso, para que se pronuncien en contra de las pruebas y actuaciones.

Este principio de contradicción da la facultad de rebatir y exponer las argumentaciones sobre su proceso.



Principio de simplificación y uniformidad

Este principio tiene su finalidad que sean omitidos todo tipo de solemnidades innecesarias en un proceso, que sean tendientes a retrasar o interferir en su pronta resolución.

La administración de justicia debe regirse por trámites sencillos, considerando vías más rápidas y alternas para la solución de conflictos.



Principio de oralidad

La aplicación de la oralidad en el sistema judicial , permite que los actos de un proceso sea realizados de manera oral, siendo los medios escritos únicamente los necesarios.

La oralidad es fundamental para la inmediación en la administración de Justicia.



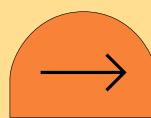
Ejemplo de redacción de una demanda según el COGEP



Ejemplo de redacción de una demanda, según el COGEP



SEÑOR/A JUEZ/A DE LA UNIDAD
JUDICIAL DE LA FAMILIA, MUJER,
NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DE LOJA.



Encabezado de la demanda

Requisito # 1:
La designación de la o del
juzgador ante quien se la
propone.

JORGE LUIS RAMON PALACIO, titular de la cédula 110399663-1, de nacionalidad ecuatoriano, de estado civil casado, de treinta y ocho años de edad, de profesión Abogado, domiciliado en la ciudad de Loja, en el Barrio La Pradera de la Parroquia San Sebastián, con correo electrónico gargerol1@hotmail.com; y, ANA BELÉN ABAD VILLA, titular de la cédula de ciudadanía Nro. 110378935-8, de nacionalidad ecuatoriana, de estado civil casada, de treinta y seis años de edad, de profesión Profesora, domiciliada en la ciudad de Loja, en el Barrio La Pradera de la Parroquia San Sebastián, , con correo electrónico lalitabadvilla@hotmail.com,

a usted, muy respetuosamente, decimos:

Requisito #2:
Los nombres y apellidos completos, número de cédula de identidad o ciudadanía, estado civil, edad, profesión u ocupación, dirección domiciliaria y electrónica, casillero judicial .

Requisito #5:
La narración de los hechos detallados y pormenorizados que sirven de fundamento a las pretensiones, debidamente clasificados y numerados

I.FUNDAMENTOS DE HECHO.

- 1.1.Los comparecientes trajimos matrimonio civil el 26 de mayo del 2011, en la parroquia el Sagrario del cantón y provincia de Loja, el mismo que se encuentra inscrito mediante Acta Nro. 032389, de la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación.
- 1.2.Durante nuestro matrimonio procreamos una hija que lleva por nombre ANA JENELL RAMON ABAD, que frisa en la actualidad, ocho años cinco meses de edad.
- 1.3.Dentro de la sociedad conyugal que hemos conformado se han adquirido los siguientes bienes:
 - 1.3.1. Una casa de habitación que se encuentra ubicada en el Barrio La Pradera de la Parroquia San Sebastián del cantón y provincia de Loja, mediante un préstamo que nos concediera el Banco del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social BIESS, que se encuentra signado con el Nro. 8208, repertorio 11458, de 10 de septiembre del 2019;
 - 1.3.2. Un automóvil marca Chevrolet Modelo Sail 1.4, año 2012, color dorado; y,
 - 1.3.3. Enseres propios del hogar.

Requisito #6: Los fundamentos de derecho que justifican el ejercicio de la acción, expuestos con claridad y precisión.

Requisito #7: •El anuncio de los medios de prueba que se ofrece para acreditar los hechos

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Fundamentamos nuestra demanda en lo previsto en el Art. 105, numeral 4, 106, 107 y 115 del Código Civil; y, Art. 334 numeral 3 y 340 del Código General de Procesos.

ANUNCIO DE PRUEBA.

La prueba que presentamos y con la cual justificamos nuestros asertos, que la produciremos en la Audiencia Única es la siguiente:

- 1.1. Partida de nuestro matrimonio celebrado en Loja con fecha 26 de mayo del 2011.
- 1.2. Partida de nacimiento de nuestra hija Ana Jenell Ramón Abad, ocurrido el 18 de julio del 2012;
- 1.3. Certificado de la señora Registradora de la Propiedad del cantón Loja, que acredita que somos propietarios de un inmueble en el barrio La Pradera de la parroquia San Sebastián del cantón Loja, de fecha 6 de enero del 2021;
- 1.4. Copia de matrícula de nuestro vehículo.

Requisito #9:
La pretensión clara y precisa que se exige

I.DEMANDA Y PRETENSIÓN.

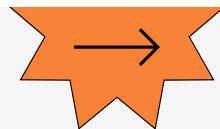
Con los fundamentos de hecho expuestos anteriormente, comparecemos ante usted, para demandar como en efecto lo hacemos, nuestro DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO, a fin de que, en sentencia, se digne declarar disuelto nuestro matrimonio por divorcio y disponer que la misma, una vez que cause efecto, se mande a inscribir en el Registro Civil de Loja, de conformidad a lo previsto en los Arts. 10 y 12 de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles y Arts. 47 48 del Reglamento de dicha Ley.

ACUERDOS SOBRE TENENCIA, RÉGIMEN DE VISITAS Y PENSIÓN ALIMENTICIA.

Conforme hemos expuesto en el punto 1.2, hemos procreado una hija en común de nombres ANA JENELL RAMON ABAD, respecto de quien los proponentes hemos arribado a los siguientes acuerdos: 5.1. El padre JORGE LUIS RAMON PALACIO, asumirá el cuidado y protección de la menor, es decir la Tenencia quedará a su cargo; 5.2. La madre ANA BELÉN ABAD VILLA, tendrá acceso a un Régimen de Visitas abierto, es decir podrá visitar a su hija cualquier día de la semana, previo aviso a su progenitor con la debida antelación; 5.3. La madre ANA BELÉN ABAD VILLA, aportará una pensión alimenticia mensual de DOSCIENTOS CINCUENTA DÓLARES MENSUALES más beneficios de ley, que servirá para su alimentación, vestuario y educación.

Sobre los bienes adquiridos dentro de nuestro matrimonio, lo resolveremos posteriormente.

En cumplimiento de lo previsto en el Art. 32 del Código Orgánico General de Procesos, nos permitimos sugerir como Curadora ad-litem de nuestra hija, para que la represente en este procedimiento a su abuela paterna, señora. MARÍA ROSA PALACIO CARRION.



Requisitos #10 y 11:

La cuantía del proceso cuando sea necesaria para determinar el procedimiento.

- La especificación del procedimiento en que debe sustanciarse la causa

CUANTÍA Y TRÁMITE.

Se imprimirá el trámite voluntario.

La cuantía es indeterminada al tenor de lo previsto en el Art. 144, numeral 6 del Código General de Procesos.

Requisito #12:

Las firmas de la o del actor o de su procuradora o procurador y de la o del defensor salvo los casos exceptuados por la ley

NOTIFICACIONES.

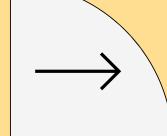
Para efecto de notificaciones señalamos el casillero judicial No. 1160 y correo electrónico jgperalta_2000@yahoo.es del Abogado Juan Gabriel Peralta Venegas, a quien autorizamos para que suscriba peticiones en nuestro nombre hasta la culminación del presente asunto.

Encareciéndole atendernos.

Atentamente

Jorge Luis Ramón Palacio.
C.C. No.: 110399663-1

Ana Belén Abad Villa.
C.C.No.: 110378935-8





MODELO DE CONTESTACIÓN A LA DEMANDA, SEGÚN EL COGEP



Requisitos formales:

SEÑOR JUEZ DE LA UNIDAD JUDICIAL PRIMERA ESPECIALIZADA
DEL TRABAJO DEL CANTÓN Y PROVINCIA DE LOJA [SACJ1]
CARLOS RAMIRO MONTAÑO CARRIÓN, de 54 años de edad, de
estado civil casado , con número de cédula 1100641765,
domiciliado en la parroquia de Malacatos, con correo
electrónico carlosmontano@gmail.com y dentro del juicio
laboral No. 2345-2021, que se tramita en mi contra la señora
MARÍA JOSÉ TORRES OCAMPO, a usted con el debido respeto
comparezco y doy contestación a la citada demanda, en los
siguientes términos:



Pronunciarse en forma expresa sobre cada una de las pretensiones de la parte actora, sobre la veracidad de los hechos alegados en la demanda:

Primero: Antecedentes.

Rechazo contundentemente la aseveración realizada dentro de los fundamentos de hecho de su demanda en todo su contenido.

Segundo:

Por lo tanto, deviene en total y absolutamente improcedente su reclamo sobre los rubros establecidos en su demanda, ya que señor Juez, con la actora del juicio hemos celebrado un contrato civil de prestaciones servicios profesionales, en razón de que la actora, jamás ha estado bajo dependencia o subordinación mía, y más aún cuando el juez competente es el área civil, y no laboral, ya que jamás ha existido subordinación, ni dependencia, ya que ella disponía en forma libre de su tiempo, por su labor de profesional, y por ello recibía exclusivamente honorarios en forma variable.



Deducir todas las excepciones de las que se crea asistida contra las pretensiones de la parte actora, con expresión de su fundamento fáctico:



Tercero: Excepciones.

Dentro del contexto de todo lo manifestado, y expresando mi rechazo e impugnación a la demanda, y deduzco las siguientes excepciones:

Falta de competencia en razón de materia, ya que no ha existido vínculo laboral, sino civil.
Niego pura y simple los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda.

Medios de prueba de los que se cree asistido:

Cuarto: Anuncio de prueba.

Que en audiencia se recepte la declaración de parte de la actora, en forma personal y no por interpuesta persona o procuración judicial, tanto en la primera fase de saneamiento y en la segunda fase de producción de la prueba.

Que agrego al proceso en 4 fojas debidamente certificadas el contrato de prestación de servicios profesionales, documento que servirá para probar mi excepción de falta de competencia de su autoridad.

Para notificaciones:

Designo como mi defensor al Doctor Richard Velez, profesional del derecho al que de manera expresa autorizo para que a mi nombre presente documentos o cuantos escritos sean necesarios en defensa de mis derechos. Notificaciones que me correspondan las recibiré en su casillero judicial electrónico 1104362616

richar.abg@gmail.com

Por cuanto la actora, me ha obligado a comparecer a juicio solicito a usted que se sirva condenarla al pago de costas y honorarios de mi abogado.

**DR.RICHARD VÉLEZ
Mat- 1234**

**CARLOS MONTAÑO CARRIÓN
CC. 1100641765**