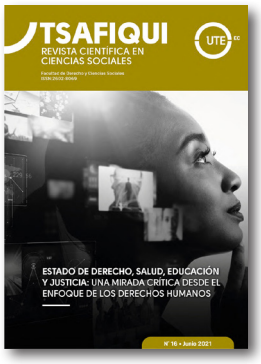
TSAFIQUI
REVISTA CIENTÍFICA EN CIENCIAS SOCIALES
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
ISSN:2602-8069

ESTADO DE DERECHO, SALUD, EDUCACIÓN Y JUSTICIA: UNA MIRADA CRÍTICA DESDE EL ENFOQUE DE LOS DERECHOS HUMANOS

N° 16 • Junio 2021

TSAFIQUI | Revista Científica en Ciencias Sociales
Nº 16, 2021 | ISSN **1390-5341** - eISSN **2602-8069** | Universidad UTE
www.revistas.ute.edu.ec/index.php/tsafiqui/index



Editorial

El nuevo modelo paradigmático de derechos ecuatoriano busca garantizar la igualdad más allá de un mero formalismo jurídico, estableciendo la prohibición de no discriminación, sobre la que se despliega todo el ordenamiento jurídico. Determinados condicionamientos sociales han generado mayores fragilidades en torno a la igualdad material durante el confinamiento y el estado de emergencia; asimismo, al limitar el ejercicio pleno de determinados derechos sociales. Se analizan los derechos humanos como atributos inherentes y universales de la propia dignidad humana, en tiempos de pandemia. Se trata de un contexto político, económico, social y cultural regional que se extiende a lo largo de toda Latinoamérica, donde quedan expuestas y se profundizan importantes desigualdades sociales alrededor de diversas categorías articuladas sobre sujetos vulnerables como raza/etnia, clase, género, condición migratoria, entre otros.

La Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad UTE tiene el agrado de presentar el número 16 de *Tsafiqui*, *Revista Científica en Ciencias Sociales*. En esta edición las reflexiones giran alrededor del tema central "Estado de derechos, salud, educación y justicia. Una mirada crítica desde el enfoque de los derechos humanos"; además se cuenta con la participación de la Defensoría del Pueblo del Ecuador como coeditor institucional.

El primer artículo reflexiona sobre el derecho a la educación superior en el contexto de la pandemia, en donde un componente esencial es la 'Calidad'. El siguiente manuscrito analiza la convención colectiva o contrato colectivo y sus alcances en el campo laboral de Venezuela. El tercer trabajo explora el impacto en el derecho a la educación superior por la disminución presupuestaria a las universidades y escuelas politécnicas públicas durante la pandemia de la Covid-19. El siguiente envío revisa la Protección jurídica en relación con las transmisiones radiales de juegos deportivos en el entorno digital en Ecuador. El quinto artículo analiza la Vulneración de derechos humanos por el extravío de cuerpos durante la pandemia por la Covid-19 en Ecuador. La siguiente investigación aborda la situación de la calidad de la educación superior en 2020, durante la declaratoria del estado de excepción derivada de la emergencia sanitaria en Ecuador. El séptimo manuscrito aborda la manera como y a qué nivel impactan las restricciones que recaen sobre la difusión de la publicidad de productos farmacéuticos de venta con prescripción médica en el Perú. En el último ensayo se analiza el derecho a la protección del trabajo adolescente entre 15 y 17 años, dado el reconocimiento de la Constitución del Ecuador al derecho al trabajo en este grupo etario.

Como apertura a la sección Mosaico, se explora el desarrollo histórico del Ecuador enmarcado en un proyecto nacional hegemónico caracterizado por expresiones y practicas de exclusión basadas en la clase, la raza y el color de la piel, originadas en concepciones coloniales de ordenamiento social. El último artículo estudia la dinámica de la relación e influencia del llamado Movimiento de No Alineación respecto a la política exterior del Ecuador.

EDITORES TEMÁTICOS

Mgtr. Elena Fernández Torres. Maestra en Sociología por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, sede Ecuador, con Beca Completa y Premio de Beca de Investigación; diplomante en Derecho Civil por la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana; especialista en Derecho al Consumo por la Universidad de Castilla-La Mancha; licenciada en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana; profesora a tiempo completo y coordinadora de la Carrera de Derecho de la Universidad UTE, sede Santo Domingo.

PhD Lina Victoria Parra. Doctora en Estudios Avanzados en Derechos Humanos por la Universidad Carlos III de Madrid; magíster en Derecho (mención en Derecho Constitucional) por la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador; máster en Estudios Avanzados en Derechos Humanos por la Universidad Carlos Tercero de Madrid; especialista en Negociación, Conciliación y Arbitraje por la Universidad del Rosario. Docente de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

COLABORADORES ASOCIADOS

Mgtr. María José Benítez Hidalgo. Máster en Análisis Político y Política Pública con enfoque en Derechos Humanos y Gobernanza Democrática por el Instituto Nacional de Investigación "Escuela Superior de Economía (HSE)", Moscú, Federación de Rusia, 2017-2019; becada por el Ministerio de Educación de la Federación de Rusia para estudios de Maestría, graduada con honores: Condecoración al mérito con Diploma Rojo; licenciatura en Ciencias Políticas por la Universidad Rusa de la Amistad de los Pueblos, Moscú, Federación de Rusia, 2012-2017, Becada por el IFTH-SENESCYT para estudios en el exterior. Docente a Tiempo Parcial de la Universidad UTE, Carrera de Derecho, sede Santo Domingo.

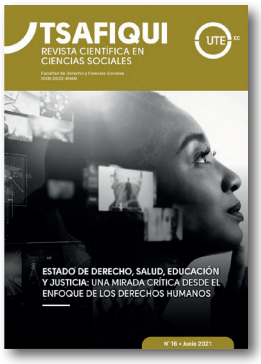
Mgtr. Javier Arcentales Illescas. Abogado especializado en Derechos Humanos y Movilidad Humana (por la Universidad Andina Simón Bolívar); magíster en Derecho Constitucional (por la Universidad Andina Simón Bolívar). Profesor invitado del Programa Andino de Derechos Humanos de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

Juan Sebastián Gómez. Editor Tsafiqui Revista Científica en Ciencias Sociales, Docente y responsable de investigación de la Carrera, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad UTE, Líder del Grupo de Investigación Comunicación, Medios Publicidad y Cultura Digital

COEDITORES INSTITUCIONALES

Defensoría del Pueblo
ECUADOR
Tierra de derechos

TSAFIQUI | Revista Científica en Ciencias Sociales
Nº 16, 2021 | ISSN **1390-5341** - eISSN **2602-8069** | Universidad UTE
www.revistas.ute.edu.ec/index.php/tsafiqui/index



Índice

Editorial 3

TEMA CENTRAL

Estándares mínimos de calidad de la educación superior en Ecuador durante la pandemia por COVID-19, como medio de protección del derecho a la educación superior
Minimum quality standards for higher education in Ecuador during the COVID-19 pandemic as a means of protecting the right to higher education
Nathaly Sánchez Caicedo, Daniel Ricardo Ruiz Calvachi 7

La convención colectiva y sus implicaciones en el campo laboral venezolano
The Collective Labor Agreement and its Iplications in the Venezuelan Labor Field
Juan Ávila Urdaneta 19

Afectación presupuestaria a las universidades y escuelas politécnicas públicas en la Covid-19: impacto en la realización del derecho a la educación superior y su débil protección
Budgetary impact on universities and public polytechnic schools in Covid -19: impact on the realization of the right to higher education and its weak protection
Leonidas Salomón Chiliquinga Castillo, Rina Catalina Pazos Padilla 29

Protección de emisiones de radiodifusión de juegos deportivos en el entorno digital: propuesta legislativa penal para el Ecuador
Broadcast's protection of sports games on digital space: criminal legislative proposal for Ecuador
Oscar Alberto Pérez Peña, Fabricio Hernán Nazareno Mejía, María Luisa Bossano Cruz 41

Vulneración de derechos humanos por el extravío de cuerpos durante la pandemia por la Covid-19 en Ecuador
Violation of human rights due to the loss of bodies during the covid-19 pandemic in Ecuador
Freddy Vinicio Carrión Intriago 59

Las competencias básicas como derecho a una educación de calidad en los aspirantes a la universidad
Basic skills as a right to a quality education for university applicants
Daniel Espinosa, Santiago Cóndor, Vanessa Calvas 71

Regulación de publicidad de productos farmacéuticos en Perú
Regulation on Advertising of Pharmaceuticals in Peru
Alex Ever Sosa Huapaya 83

Aportes al derecho a la protección del trabajo en adolescentes entre 15 y 17 años en Ecuador
Contributions to the right to work protection in adolescents between 15 and 17 years old in Ecuador
Andrea Rojas *95*

MOSAICO

Importancia de las luchas populares, desde la Época Colonial, en la configuración del Estado-nación ecuatoriano
The importance of the popular masses in the development of ecuador's national state since the colonial period
Jorge Almeida *109*

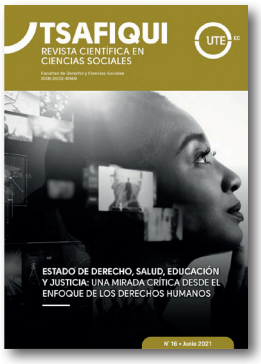
El Movimiento de los No Alineados (MNOAL) como foro y brújula de las relaciones internacionales del Ecuador
The Non-Aligned Movement (NAM) as a forum and compass for Ecuador's international relations
Jorge Gonzalo Fabara Espín *119*

TSAFIQUI
REVISTA CIENTÍFICA EN CIENCIAS SOCIALES

TEMA CENTRAL

TSAFIQUI
REVISTA CIENTÍFICA EN
CIENCIAS SOCIALES

TSAFIQUI | Revista Científica en Ciencias Sociales
Nº 16, 2021 | ISSN **1390-5341** - eISSN **2602-8069** | Universidad UTE
www.revistas.ute.edu.ec/index.php/tsafiqui/index



Estándares mínimos de calidad de la educación superior en Ecuador durante la pandemia por COVID-19, como medio de protección del derecho a la educación superior

Minimum quality standards for higher education in Ecuador during the COVID-19 pandemic as a means of protecting the right to higher education

https://doi.org/10.29019/tsafiqui.v12i16.877

Nathaly Sánchez Caicedo
Daniel Ricardo Ruiz Calvachi

RESUMEN

Esta investigación aborda la situación de la calidad de la educación superior en 2020, durante la declaratoria del estado de excepción derivada de la emergencia sanitaria en Ecuador por la COVID-19, a fin de identificar los esfuerzos estatales para el cumplimiento de la obligación de protección del derecho a la educación superior de calidad en el contexto de la pandemia. Esta investigación, de carácter cualitativo y documental, se realizó mediante la revisión bibliográfica de publicaciones especializadas, normativa nacional e internacional, documentos técnicos relacionados con criterios y parámetros para el aseguramiento de la calidad a nivel nacional y global, así como de instrumentos normativos emitidos por universidades y escuelas politécnicas ecuatorianas. A partir de la revisión de información se encontró que a escala internacional existen instrumentos que definen criterios para la educación no presencial, como: asegurar los mismos resultados de aprendizaje que en la modalidad presencial; contar con infraestructura tecnológica adecuada; organizar una estructura de acompañamiento y monitoreo; desarrollar en los docentes las capacidades para la modalidad en línea; adaptar la metodología y técnicas de evaluación al entorno virtual garantizando la seguridad; y, comunicar con oportunidad y claridad a los estudiantes todos los aspectos del programa educativo. En el ámbito nacional, se evidenció que la normativa transitoria expedida por el Consejo de Educación Superior asegura parcialmente estos parámetros mínimos, siendo el punto de partida para superar dificultades y asegurar el derecho a la educación superior de calidad durante la pandemia por parte de las universidades y escuelas politécnicas del Ecuador.

ABSTRACT

This research addresses the situation of the quality of higher education in 2020, during the state of exception due to health emergency in Ecuador by covid-19, in order to know government efforts in compliance with the obligation to protect the right quality higher education in the context of the pandemic. This qualitative and documental research was carried out through a bibliographic review of specialized publications, national and international regulations, technical documents related to criteria and parameters for quality assurance in the local and global context, as well as normative instruments issued by Ecuadorian universities. From the analysis carried out, it was found that at the international field there are different instruments that define some criteria for on line and distance learning which are summarized in the following aspects: to ensure the same learning results as in presential education; to have adequate technological infrastructure; to organize an accompaniment and monitoring structure; to develop in teachers the capacities for the online modality; to adapt the evaluation methodology and techniques to the virtual environment; and to communicate to students all of the aspects of the educational program. Regarding the national scope, it was evidenced that the transitory regulations issued by the Higher Education Council approach to these minimum parameters, which is a starting point that contributes to overcoming difficulties and to ensure the right to online and distance higher education during the pandemic on the part of ecuatorian universities.

PALABRAS CLAVE | KEYWORDS

Estándares de calidad, COVID-19, educación superior, educación en línea, derechos humanos, evaluación.
Standards of quality, COVID-19, higher education, online education, humans rights, evaluation.

Recibido: 13/04/21 - **Aceptado**: 05/05/21 - **Publicado**: 01/06/21 | Páginas: 7-17

INTRODUCCIÓN

Con la llegada de la COVID-19 durante el primer trimestre de 2020, las instituciones de educación superior en el mundo tuvieron que migrar a la educación en línea para garantizar la continuidad del proceso de enseñanza-aprendizaje (Mendoza, 2020; Mogaji, 2020; Banco Mundial, 2020; Unesco, 2020). Sin embargo, los países que no contaban con estrategias de digitalización previas a la pandemia, especialmente aquellos que habían experimentado una disminución de la inversión en educación universitaria, se enfrentaron a dificultades que van más allá de este aspecto. Algunas de estas dificultades fueron la falta de recursos financieros y de condiciones necesarias para que el personal académico respondiera al nuevo e inesperado escenario (Mogaji, 2020; Banco Mundial, 2020; Unesco, 2020). Según el Banco Mundial (2020), el sector de la educación es uno de los más golpeados durante la pandemia, principalmente, por la transformación de las interacciones mientras se daban las adaptaciones necesarias o incluso después de ellas, lo que la situación supone desafíos globales y comunes asociados a la infraestructura tecnológica, así como, los aspectos logísticos y psicosociales.

Además de los desafíos relacionados con la enseñanza y el aprendizaje, también se han observado otros aspectos en varios países. Por ejemplo, se evidenció que no todo el personal académico contaba con las habilidades necesarias y formación previa para impartir un plan de estudios en modalidad virtual (Mojagi, 2020; Banco Mundial). Esto a pesar de que hace varios años ha existido un interés generalizado por la educación a distancia o en línea; sin embargo, parecería que los recursos disponibles pudieron no ser suficientes durante la pandemia. Asimismo, ocurrió con las actividades de orientación académica, asesoramiento psicológico y orientación profesional para graduados que enfrentaronmuchas dificultades para desarrollarse de manera remota. Adicionalmente, se vieron afectados los procedimientos relacionados con la admisión, la titulación y otras actividades, generando demoras y postergación en el desarrollo de las actividades académicas ¿en qué? (Banco Mundial, 2020).

Es necesario recordar que la educación, y dentro de ella la educación superior, es un derecho humano, según tratados internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966, art. 13). Además, conforme lo establece la Constitución de la República del Ecuador (CRE) es un derecho de las personas a lo largo de su vida y un deber ineludible e inexcusable del Estado (CRE, 2008), art. 26). La realización de este derecho se alcanza, entre otros aspectos, cuando la educación superior impartida por las instituciones correspondientes es de calidad. Con base en lo mencionado, la necesidad ineludible de migrar la ejecución de las carreras y programas originalmente presenciales a la modalidad en línea debe incluir en su proceso la obligación de observar estos criterios de calidad (Mendoza, 2020; Mogaji; 2020), para de esta forma, no solamente garantizar el elemento del derecho correspondiente a la accesibilidad, en este caso por medios digitales, sino también asegurar el elemento de aceptabilidad a través del resguardo de la calidad en la educación en línea.

Tal como está constituido el sistema de educación superior en Ecuador, la garantía de una educación en línea de calidad le corresponde al Estado, a través del Consejo de Educación Superior (CES) y el Consejo de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Superior (CACES). El CES tiene la atribución de emitir la regulación necesaria para que las instituciones cumplan con unos criterios mínimos de calidad, mientras que al CACES le corresponde la evaluación y aseguramiento del cumplimiento de esos criterios (LOES, 2018, arts. 93-95). En ejercicio de estas competencias, el CES emitió una regulación transitoria dirigida a las instituciones de educación superior para lograr la continuidad de los estudios durante la pandemia.

En este contexto global adverso, las universidades y escuelas politécnicas ecuatorianas realizaron grandes esfuerzos para garantizar la continuidad de los estudios de los y las jóvenes del país, aportando así a la realización del derecho a la educación superior. No obstante, cabe preguntarse si los esfuerzos estatales han sido suficientes y adecuados para mitigar las afectaciones al derecho a la educación superior y, sobre todo, para garantizar su calidad. A partir de esta pregunta, se trabajó en una revisión del concepto de calidad en la educación superior y de las condiciones mínimas que se deben observar en las modalidades no presenciales a las que asisten en la actualidad los y las jóvenes universitarios. Además, se analizó el marco regulatorio expedido por los órganos competentes relativos a la educación superior durante la pandemia, para identificar el estado del cumplimiento de la obligación estatal de protección del derecho fundamental a la educación superior de calidad.

DESARROLLO

Calidad en la educación superior

Al hablar de *calidad* en general, incluso en el ámbito educativo, suele afirmarse que este término es relativo para quien lo usa y en lo que respecta al contexto en el que se encuentra. De esta manera, el marco de comprensión de la calidad está sujeto al contexto académico, político y social de los actores públicos y privados que participan en su construcción. Con relación a lo expuesto, Días Sobrinho (2006) plantea que la calidad es una construcción social, que varía según los intereses de los grupos de dentro y de fuera de las instituciones. Para González (1989), la calidad de la educación es un "vector sincrónico en el espacio social que es el entorno sociocultural, económico y político en el cual se inserta el proceso educativo". Más allá de esta visión relativista, la calidad de la educación en términos de Harvey (1998) significa la transformación cualitativa que va de un estado a otro, que se centra en los estudiantes y tiene como propósito mejorar sus condiciones y ahondar en sus habilidades reflexivas.

Así pues, la calidad es un valor que determinados actores asignan a ciertas características de una entidad dada a través de la aplicación de un conjunto de criterios preestablecidos (Backhouse et al., 2007). Sin dejar de lado la naturaleza dinámica y cambiante de la educación (González y Espinoza, 2008), de manera congruente a la misma evolución y necesidades de la sociedad se plantea la cuestión sobre quiénes son los actores legitimados para asignar el valor de calidad a las instituciones de educación superior. Al respecto, la Declaración de la Conferencia Regional de Educación Superior señala expresamente la necesidad de que los Estados se comprometan a regular y evaluar a las instituciones y carreras, tanto públicas como privadas, atendiendo a una formación de calidad con pertinencia local y regional (CRES, 2018).

En Ecuador, esto se encuentra contenido en la CRE de 2008 y desarrollado en la Ley Orgánica de Educación Superior (LOES). En estas normas jurídicas la calidad se ubica como un principio del Sistema de Educación Superior y determinan, como órgano competente para realizar la evaluación y asegurar este principio, al Consejo de Evaluación, Acreditación y Aseguramiento de la Calidad de la Educación Superior (CACES, 2018; LOES, 2010). En 2018, se reformó la LOES e incluyó la definición del principio de calidad de la educación superior como "la búsqueda continua, autoreflexiva del mejoramiento, aseguramiento y de construcción colectiva de la calidad educativa superior [...], basada en el equilibrio de sus tres funciones sustantivas: la docencia, la investigación e innovación y la vinculación con la sociedad" (LOES, 2018, art. 93). Paralelamente, se eliminó el sistema de categorización y estableció un nuevo marco referencial para el aseguramiento de la calidad que no considera criterios internacionales, ni incorpora la categorización con fines de acreditación como lo establecía la LOES antes de la reforma (LOES, 2010); sino que involucra parámetros contextuales que las instituciones de educación superior, carreras y programas deben conseguir para acreditarse (CACES, 2018; 2019). En esta nueva comprensión, el fin último no es la acreditación, sino la calidad, asignando un rol protagónico a los procesos de evaluación interna (LOES, 2018, arts. 93 y 95).

Evaluación de la Calidad en la Educación Superior en Ecuador antes de la pandemia

El órgano rector de la evaluación de la calidad en Ecuador ha establecido criterios y estándares cuantitativos y cualitativos para la acreditación, así como los instrumentos para su medición que se orientarán en la mejora continua, observando, entre otros aspectos, el nivel y la modalidad de la educación; el proceso de acceso y relación con el sistema nacional de educación; las actividades para la movilidad, permanencia y titulación; los ambientes de aprendizaje; la formación e innovación pedagógica y los resultados de aprendizaje (LOES, 2018, art. 95).

De este modo, el aseguramiento de la calidad en la educación superior, así como su evaluación, se estructura en tres procesos fundamentales: la autoevaluación realizada por cada institución de acuerdo con sus propósitos y procesos internos; la evaluación externa (con y sin fines de acreditación) y, la acreditación. Estas dos últimas llevadas a cabo por el órgano rector (CACES, 2018; 2019).

En 2019, en colaboración con los miembros de las universidades y escuelas politécnicas, el CACES diseñó un nuevo Modelo de Evaluación de Universidades y Escuelas Politécnicas que establece el proceso de evaluación externa con fines de acreditación, bajo los siguientes objetivos: "brindar elementos a las instituciones para su

mejora continua; ofrecer información sobre el Sistema de Educación Superior para ajustar la política pública; y sobre todo, garantizar a la sociedad las condiciones de calidad esenciales que estas deberían alcanzar" (CACES, 2018; 2019).

Este modelo de evaluación se estructura en torno a cuatro ejes de la evaluación, por un lado, las tres funciones sustantivas de la educación superior: docencia, investigación y vinculación con la sociedad. Por otro, el eje vinculado con las condiciones institucionales. Además, contiene 20 estándares vinculados a las condiciones básicas para la acreditación que deben ser cumplidas por las universidades y escuelas politécnicas (CACES, 2019).

La función sustantiva de *docencia* es el proceso que involucra el desarrollo de capacidades y habilidades, la construcción de conocimientos, la investigación y la vinculación con la sociedad. Este se deriva de la interacción entre personal docente y estudiantes que sucede en entornos de enseñanza-aprendizaje. La función sustantiva de *investigación* alude al proceso creativo, sistémico y sistemático que da lugar a conocimientos científicos y saberes ancestrales e interculturales. La función sustantiva de *vinculación con la sociedad* hace referencia a la manera en que los proyectos y/o programas democratizan el conocimiento y promueven el desarrollo de la innovación social, a partir de su articulación con las otras dos funciones sustantivas, integrando al estudiantado a través procesos de enseñanza-aprendizaje vivenciales y reflexivos. Además de estas tres funciones, el modelo se apoya en la evaluación del eje *condiciones institucionales*, el cual se refiere a los aspectos tangibles e intangibles que posibilitan la realización de las funciones sustantivas (CACES, 2019).

A finales de 2019 y principios de 2020, la aplicación de la evaluación para universidades y escuelas politécnicas fue realizada por la Comisión de Universidades y Escuelas Politécnicas del CACES. Los informes de evaluación fueron publicados en octubre de 2020 y la acreditación fue otorgada por un período de cinco años (CACES, 2019; CACES, 2020).

Considerando que este proceso fue desarrollado previamente a la pandemia y que a nivel nacional no existe un marco regulatorio de evaluación de la calidad en la nueva realidad, será necesario orientarse por definiciones y estándares internacionales para lograr una mejor comprensión del impacto de la pandemia en la calidad de la educación superior en Ecuador, que dado el contexto responde a lo no presencial en un sentido más estricto. Lo que representa un reto mayor para la política pública y el encuadre normativo como respuesta a los efectos de la COVID-19 en la educación superior (El Masri y Sabzalieva, 2020).

Estándares mínimos de calidad en la educación no presencial

En los últimos años, con el avance de las tecnologías de la información y el incremento de la educación no presencial, los modelos y estándares de calidad de la educación superior que se imparten en modalidades no presenciales, han empezado a tener relevancia, especialmente, por las oportunidades que ofrecen y las particularidades que representan (Mendoza, 2020). En 2015, el International Council for Open and Distance Education realizó un estudio sobre los distintos modelos de calidad en la educación abierta y en línea alrededor del mundo, en el que identificó la coincidencia entre tres áreas principales: 1. servicios que incluyen soporte para profesores y estudiantes; 2. productos en los que se considera el diseño del currículo, de los cursos y la vía de ejecución de estos; y, 3. gestión que involucra la planificación estratégica y su desarrollo (ICDE, 2015). Las áreas mencionadas para garantizar la calidad en la educación no presencial deben estar diseñadas y ejecutadas considerando las necesidades de las modalidades no presenciales, con el propósito de lograr al menos los mismos resultados de aprendizaje o perfil de egreso que los esperados en la modalidad presencial. Por ejemplo, la empresa Quacquarelli Symonds (QS), que oferta una certificación en educación en línea a las instituciones universitarias del mundo, considera que, entre los aspectos a evaluar, se encuentra que la tecnología disponible por parte de la institución sea compatible con distintos sistemas operativos, dispositivos electrónicos y acceso a una limitada capacidad de ancho de banda; además que la institución provea acceso a bibliotecas digitales, adaptado a estudiantes con necesidades especiales, así como a asesores de la carrera en línea, clases y tutorías en vivo por medios digitales, videos pregrabados, soporte veinticuatro horas los siete días de la semana, punto de contacto permanente (QS, 2021).

Ante el arribo de la pandemia, las instituciones educativas en el mundo estuvieron forzadas a migrar a modalidades no presenciales en un tiempo extremadamente corto, lo cual implicó garantizar condiciones mínimas para la continuidad de estudios en un plazo reducido. Las recomendaciones iniciales frente a los cambios forzados de modalidad, por parte de organismos como la Red Española de Agencias de Calidad Universitaria (REACU, 2020),

se centran en que las instituciones garanticen a los estudiantes la adquisición de las competencias y resultados de aprendizaje ofrecidos en la modalidad original, para ello recomienda una adecuada comunicación a los estudiantes sobre los cambios metodológicos de enseñanza aprendizaje y evaluación de los aprendizajes. En este último campo también sugieren una adaptación de la metodología de evaluación y el uso de distintas técnicas que permitan valorar los resultados de aprendizaje de cada asignatura. Por su parte, la Agencia de Garantía de Calidad del Reino Unido para la Educación Superior (QAA) ha emitido la guía temática para apoyar al sector de la educación superior en la COVID-19 que consta de cuatro áreas: 1. Aseguramiento de los estándares académicos y apoyo a los estudiantes; 2. prácticas y evaluaciones basadas en laboratorios mediante el uso de simuladores y el uso de alternativas creativas; y, 3. Aprendizaje basado en el trabajo colaborativo (Brown y Salmi, 2020; QAA, 2020).

Luego de los primeros ajustes frente a la acelerada migración a la modalidad virtual, en mayo de 2020, la Organización de Estados Iberoamericanos (2020) expidió la *Guía Iberoamericana para la Evaluación de la Calidad de la Educación a Distancia*, este instrumento define cuatro criterios para la evaluación de la calidad: estudiantes, personal académico y de servicios, infraestructuras y evaluación. En el primer criterio se destacan las precondiciones que debe tener el estudiante para lograr los objetivos de aprendizaje, particularmente identifica las competencias digitales, el acceso a internet, la autodisciplina y la organización para cumplir la demanda de trabajo autónomo de los programas. También se hace referencia a las adaptaciones que debe realizar la institución frente a necesidades especiales de aprendizaje de los estudiantes. Otro elemento clave es la información clara y oportuna que debe brindar la institución sobre las exigencias del programa, en cuanto a la carga de trabajo, metodología de enseñanza aprendizaje, evaluación y requerimientos tecnológicos. Además, indica que debe establecerse e informar las medidas para garantizar servicios de tutoría y seguimiento que evite la deserción, así como la capacitación en el uso de las plataformas de enseñanza-aprendizaje y los canales de comunicación, así como la disposición de recursos y bibliotecas en línea y servicios de apoyo como la orientación vocacional, los servicios administrativos, el apoyo en el empleo, entre otros. En el segundo criterio, enfocado al personal académico y de servicios, se señala la importancia de contar con personal destinado a acompañar el desempeño del estudiante para evitar la deserción, realizando una clasificación deseable entre el profesorado titular y colaborador. El primero encargado de coordinar y diseñar las asignaturas o programas y, el segundo, encargado de tutorizar a los estudiantes y el personal de apoyo que acompaña al estudiante en los procesos administrativos y académicos. Otro aspecto que se menciona es la constante revisión de los materiales para la enseñanza-aprendizaje en coherencia con los enfoques metodológicos del programa. La capacitación del profesorado en competencias digitales orientadas a la enseñanza virtual debe garantizarse y ser actualizada constantemente al ritmo de las innovaciones tecnológicas. El tercer criterio corresponde a la infraestructura tecnológica, la cual tiene una importancia especial por ser la base del entorno de aprendizaje virtual. Consiste en programas de ordenador con una robustez que permite responder a las actividades educativas para un gran número de usuarios conectados de manera simultánea, así como por su capacidad para lograr conectividad permanente y tener un diseño pensado en la experiencia del usuario. Además, esta infraestructura debe estar acompañada de medidas de seguridad, con mecanismos que controlen la existencia de fraude y un sistema centralizado de soporte y mantenimiento. Finalmente, el cuarto criterio se refiere a la evaluación de los aprendizajes. En este se enfatiza la necesidad de informar claramente a los estudiantes sobre los métodos de evaluación y de aplicar varias técnicas y actividades para medir el avance de los estudiantes. Para verificar la identidad de los estudiantes en las evaluaciones individuales, el documento sostiene que es posible combinar tecnología y personas que apliquen la evaluación a través de pruebas en tiempo real sincrónico o exámenes orales.

Este breve recorrido por los instrumentos referidos a la calidad en la educación en modalidades no presenciales, permite identificar algunos aspectos coincidentes concentrados en: 1. asegurar los mismos resultados de aprendizaje que en la modalidad presencial, incluyendo simuladores u otros mecanismos que permitan la adquisición de las competencias prácticas, así como adaptaciones para las personas con necesidades especiales de aprendizaje; 2. contar con infraestructura tecnológica adecuada y soporte permanente, incluyendo biblioteca en línea; 3. organizar una estructura de acompañamiento y monitoreo al desempeño de los estudiantes, y a la vez brindar servicios de apoyo y asesoría permanentes; 4. desarrollar en los docentes las capacidades digitales, pedagógicas y de creación de materiales y recursos adaptados a la modalidad en línea; 5. adaptar la metodología y técnicas de evaluación al entorno virtual garantizando la seguridad; y 6. comunicar con oportunidad y claridad a los estudiantes todos los aspectos del programa educativo con énfasis a las metodologías de enseñanza aprendizaje y evaluación.

Esta síntesis de los criterios de calidad más recurrentes en los distintos modelos, en términos metodológicos permitirá verificar el cumplimiento de la obligación estatal de protección del derecho a la educación superior de calidad por medio de la normativa expedida por el CES, durante la pandemia.

Regulación en el campo de la educación superior emitida por el CES a consecuencia de la emergencia sanitaria ocasionada por la COVID-19 y su implementación

Frente a la emergencia sanitaria producida por la COVID-19, el Estado a través del CES emitió una regulación transitoria en el campo de la educación superior durante la pandemia. El 25 de marzo de 2020, el CES expidió la "Normativa transitoria para el desarrollo de actividades académicas en las instituciones de educación superior, debido al estado de excepción decretado por la emergencia sanitaria ocasionada por la pandemia de COVID-19"[1]. Esta normativa transitoria se expidió con el objetivo de garantizar el derecho a la educación de los estudiantes ecuatorianos. Entre los aspectos que regula se encuentra la posibilidad de que las instituciones de educación superior cambien la modalidad de estudios de las carreras y programas presenciales a las modalidades no presenciales o en modalidad híbrida (CES, 2020, arts. 4 y 4.a).

Las reglas específicas para la ejecución de la oferta académica en las modalidades no presenciales o híbrida incluyeron la elaboración e implementación de guías de estudio en reemplazo de los sílabos de asignatura, a fin de que los estudiantes que no tengan acceso a medios tecnológicos puedan continuar con el plan de estudios (CES, 2020, art. 4.b). También se estableció que las instituciones que cuenten con herramientas tecnológicas para la educación en línea que incluya la impartición de clases de manera sincrónica entre el profesor y el estudiante, deben conservar las grabaciones y ponerlas a disposición de los estudiantes (CES, 2020, art. 4.c). Los componentes prácticos del aprendizaje, incluidas las prácticas preprofesionales y de servicio a la comunidad, según la normativa pueden ser organizados y ejecutados a través de herramientas tecnológicas de aprendizaje virtual (CES, 2020, artículos 5 y 8). En cuanto a la evaluación para la promoción, se faculta a las instituciones a definir parámetros alternativos para la evaluación y aprobación de las asignaturas (CES, 2020, art. 11). Respecto a los estudiantes con discapacidad, la normativa establece que las instituciones deben adaptarse y tomar medidas necesarias para que estas personas puedan continuar con sus estudios (CES, 2020, art. 12).

Por un lado, sobre la organización de paralelos y asignación de carga horaria a los y las docentes de las instituciones de educación superior públicas, en la primera versión de la normativa se estableció un incremento de las horas de clase. En el caso del profesorado a tiempo completo, el número mínimo de horas pasó de 3 a 14 horas, significando un aumento del 467 %, mientras que el máximo subió de 20 a 26 horas semanales de clase. Menores incrementos en proporción se observan en la dedicación horaria del profesorado a medio tiempo y a tiempo parcial (CES, 2020, art. 14). Este abrupto cambio implicó que los y las docentes deban asumir las clases de un mayor número de paralelos o de asignaturas, para las que no necesariamente se encontraban preparados, poniendo en riesgo la calidad del proceso de enseñanza aprendizaje. No obstante, esta parte de la regulación fue declarada inconstitucional, justamente por ser considerada atentatoria al mejoramiento pedagógico y académico del personal docente y, por tanto, estar en desacuerdo con el principio de calidad.[2] Por otro lado, la normativa estableció un número mínimo de cuarenta estudiantes por paralelo en las instituciones de educación superior públicas (CES, 2020, art. 16), sin determinar un número máximo. En referencia con los servicios administrativos, la normativa se refiere únicamente a la adaptación de los procedimientos de ingreso y admisión a la modalidad virtual (CES, 2020, art. 7).

Las universidades y escuelas politécnicas del país han aplicado de distintas formas esta normativa, en algunos casos rigiéndose estrictamente a las exigencias y, en otros casos, ampliando las medidas en el marco de la autonomía universitaria. Instituciones como la Universidad Andina Simón Bolívar (UASB) (2020), la Escuela Politécnica Nacional (EPN) (2020), la Universidad UTE (UTE) (2020), la Universidad de las Fuerzas Armadas ESPE (ESPE) (2020), la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (PUCE) (2020) y la Universidad Central del

[1] Resolución RPC-SE-03-No.046-2020, de 25 marzo de 2020, esta resolución ha sido reformada por cuatro ocasiones a través de RPC-SE-04-No.056-2020, de 30 de abril de 2020; RPC-SO-12-No.238-2020, de 06 de mayo de 2020; RPC-SO-16-No.330-2020, de 15 de julio de 2020; RPC-SE-12-No.112-2020, de 30 de julio de 2020. Además, fue declarada parcialmente inconstitucional por la Corte Constitucional, a través de la Sentencia n° 9-20-IA/20, de 31 de agosto de 2020, punto 3 de la parte resolutiva.

[2] Sentencia n.° 9-20-IA/20, de 31 de agosto de 2020, puntos 171 y 179.

Ecuador (UCE) (2020) migraron su oferta a la modalidad en línea y determinaron la impartición de su oferta académica por medio de herramientas tecnológicas tales como Microsoft Teams o Zoom para el desarrollo de clases sincrónicas, así como el uso de plataformas de enseñanza aprendizaje como Moodle y E-educativa, Classroom y Cisco Web.

En el caso de la UASB (2020)[3] la elección entre las dos herramientas de videoconferencia se dejó a libre decisión de los docentes, mientras que en la UTE (2020) se estableció como obligatorio el uso de Zoom. Además, en esta institución se dispuso la grabación de las clases y su puesta a disposición en la plataforma Moodle. Un aspecto remarcable de la UTE es que además de poner a disposición sistemas institucionales, también aportó a la continuidad de estudios a través de la entrega gratuita de *tablets* con conexión a internet a sus estudiantes pertenecientes a los quintiles 1 y 2 de ingresos.[4] La obligatoriedad de grabar las clases también se observó en el caso de la EPN (2020).

La ejecución de prácticas preprofesionales fue adaptada a entornos virtuales en la UTE (2020), mientras que la UCE (2020), por el contrario, suspendió las prácticas preprofesionales a excepción de las del área de la salud, dado que los estudiantes se encuentran prestando apoyo en la emergencia nacional. En el caso de la PUCE (2020) las prácticas preprofesionales en el área de la salud fueron suspendidas.

Sobre las actividades orientadas a la titulación se observa la ampliación de alternativas de graduación para los programas de maestrías profesionales y especializaciones superiores en la UASB (2020). Por su parte, la UCE (2020) dispuso el acompañamiento para titulación a través de tutorías y el uso de medios electrónicos para la defensa oral de los trabajos de titulación (los exámenes de carácter complexivo fueron suspendidos).

La evaluación con fines de promoción es un aspecto en el que se observó modificaciones. Por ejemplo, la EPN (2020) estableció cierta flexibilidad en las condiciones de evaluación, cambiando la ponderación de las actividades de evaluación e incorporando parámetros alternativos para la promoción.[5] En la UTE (2020) se desarrollaron lineamientos de evaluación que abren el abanico de instrumentos para lograr una verificación adecuada de los aprendizajes en los entornos virtuales. La UCE (2020) flexibilizó la evaluación para los estudiantes de nivelación, ya que el examen del segundo hemisemestre quedó cancelado de forma definitiva. Para el cálculo de la calificación final del curso asumió la nota más alta posible para todos los estudiantes.

La asignación de carga horaria de los docentes a tiempo completo en la UCE se estableció entre 16 a 24 horas efectivas de clase, mientras que el profesorado con proyectos de investigación durante la pandemia, deben realizar entre 14 a 18 horas efectivas de docencia.

Respecto a la disponibilidad de los servicios de admisión en línea, se observó que la UTE (2020) migró los servicios de admisión y otros servicios estudiantiles a esa modalidad.

Adicionalmente a estos aspectos, se observa que varias instituciones le dieron importancia a la capacitación en el uso de las plataformas, aunque esta no es una obligación establecida en la regulación del CES. Entre estas, la UASB (2020), UTE (2020), ESPE (2020) y UCE (2020)[6] dispusieron que sus profesores y estudiantes se entrenen en el manejo de los sistemas para la educación en línea. Otro aspecto no identificado en la normativa del CES, es la organización tutorial. Sobre ello, la UASB (2020) dispuso a sus docentes mantener una flexibilidad para organizar las tutorías con los estudiantes de acuerdo a cada necesidad y establecer mecanismos claros para su cumplimiento. La EPN (2020) por su parte señaló expresamente que las horas de tutoría para el apoyo académico deben programarse por medio de las plataformas de enseñanza aprendizaje.

DISCUSIÓN

Si bien las disposiciones contenidas en la normativa transitoria expedida por el CES, según la propia resolución, tienen por objeto garantizar el derecho a la educación de los estudiantes durante la pandemia (CES, 2020),

[3] UASB, Resolución n.° CCA-01-IV-01/2020, de 03 de abril de 2020.

[4] Resolución rectoral n.º 064-R-UTE-2020 se expidió el Plan de acción para garantizar el desarrollo de las actividades académicas, el derecho a la educación, la continuidad de estudios de las y los estudiantes de la Universidad UTE, en el marco del estado de excepción decretado por la emergencia sanitaria ocasionada por la pandemia de la covid-19, de 23 de marzo de 2020.

[5] EPN, Resolución n.° CD-181-2020, de 28 de octubre de 2020.

[6] UCE, Resolución n.º RHCU.SE.09, emitido por el Consejo Universitario y el circular n.° 009-2020, de 01 de abril de 2020.

a la fecha de realización del presente estudio no existe un modelo de evaluación para las modalidades no presenciales, expedido por el CACES, que permita conocer los estándares, criterios, dimensiones y otros elementos de calidad oficiales que deberían cumplirse en estas modalidades. No obstante, tal como se ha señalado en este trabajo, distintos organismos y agencias nacionales e internacionales han elaborado instrumentos para evaluar la calidad de la educación en línea. La revisión de esos instrumentos ha permitido identificar seis criterios de calidad para la mencionada modalidad educativa en el nivel superior que contrasta con el contenido de la regulación nacional. En esta línea se observa que la normativa transitoria expedida por el CES aborda algunos de estos criterios, mientras que otros no son recogidos en la misma. Sin embargo, algunas instituciones en el marco de su autonomía si han incorporado estos criterios en sus acciones internas.

El primer criterio referente al aseguramiento de los mismos resultados de aprendizaje o perfil de egreso de la modalidad presencial, por medio de distintos mecanismos incluyendo simuladores que permitan la adquisición de distintas competencias, especialmente aquellas prácticas o adaptaciones para las personas con necesidades especiales de aprendizaje, se encuentra contemplado parcial y tácitamente en los artículos 3, 4b, 12 y disposición general primera de la normativa transitoria (CES, 2020). El artículo 3 menciona que las instituciones pueden modificar la organización de los aprendizajes y la implementación de acciones que permitan garantizar la continuidad de los estudios, en las modalidades de estudio presencial, semipresencial, a distancia y en línea. Este texto leído a la luz de la disposición general primera que señala el cumplimiento de los planes académicos, implica que se debe precautelar los resultados de aprendizaje de la carrera o programa. Un instrumento para lograr esto se encuentra expresado en el artículo 4b que obliga al diseño de una guía de estudio con un nivel de detalle que permita al estudiante con dificultades de acceso a conexión de internet educarse de manera autónoma. Si bien, la normativa no menciona el uso de simuladores, el artículo 5 sí hace referencia al uso de tecnologías interactivas y multimedia entre las que podrían incluir este tipo de herramientas para desarrollar las habilidades prácticas de los estudiantes. Además, sobre las garantías para las personas con necesidades especiales de aprendizaje, el artículo 12 de la normativa transitoria menciona que las instituciones de educación superior deberán realizar las acciones necesarias que permitan garantizar la accesibilidad a los recursos de aprendizaje virtual o herramientas telemáticas para los estudiantes con discapacidad (CES, 2020).

El segundo criterio tiene que ver con los entornos de aprendizajes virtuales, específicamente con la infraestructura tecnológica adecuada para el desarrollo de las distintas actividades de aprendizaje, incluyendo bibliotecas digitales y el respectivo soporte con el que deben contar las universidades y escuelas politécnicas. Al respecto, se observa que dentro del marco regulatorio ya mencionado, en el artículo 5 (CES, 2020) se plantea que las instituciones de educación superior podrán adecuar las distintas actividades de aprendizaje, tanto en sus componentes teóricos como prácticos y experimentales, a través del uso de distintas tecnologías que estén disponibles para todos los estudiantes y personal académico, incluso en aquellas carreras y programas que previo a la emergencia no podían ser impartidas de manera no presencial. Además, contempla que aquellas instituciones que posean recursos tecnológicos deberán contar con una biblioteca virtual, un repositorio digital de apoyo y un repositorio que contenga las grabaciones de las sesiones de clase (CES, 2020, arts. 4a, 4b y 4c). Finalmente, en el artículo 17 alude a las alianzas entre instituciones de educación superior particulares o públicas, nacionales o extranjeras, que permitan el acceso a una oferta más amplia en modalidad virtual a todos los estudiantes del país (CES, 2020). De los ejemplos citados en la sección 2.4 se puede colegir que las instituciones sí han implementado este tipo de tecnologías y puesto a disposición bibliotecas virtuales, entre otros recursos. No obstante, la normativa no contempla precisiones sobre las condiciones de disponibilidad de las tecnologías ni de su soporte, por lo que es posible señalar que a nivel normativo existe una protección parcial de este criterio. Esto podría generar tratos diferenciados a los estudiantes según la institución en la que se cursa la carrera o programa, pues unas de manera autónoma podrán haber implementado tecnologías y soporte con disponibilidad 24/7, mientras que otras lo habrán hecho de manera más limitada. Esto incide en la interacción con las y los estudiantes a la hora de realizar las actividades de enseñanza aprendizaje, entrega de tareas y otras actividades de evaluación que tienen efectos en la promoción.

El tercer criterio o aspecto se refiere a la organización de una estructura de acompañamiento y monitoreo al desempeño de los estudiantes, así como a brindar servicios de apoyo y asesoría permanentes. Las actividades relacionadas, además de ciertos requerimientos técnicos, demandan el establecimiento de procesos y la disponibilidad de personal académico o administrativo para lograr este acompañamiento. Respecto a ello, la normativa transitoria no establece parámetros específicos. Algunas instituciones por decisión propia han diseñado estruc-

turas de acompañamiento y monitoreo, tales como la UTE (2020) y la UASB (2020). Sin embargo, tal como se señaló en el párrafo anterior, al no existir regulación al respecto este criterio de calidad podría no ser contemplado por todas las instituciones y por lo tanto no todo el estudiantado podrá gozar de él. Otro efecto es el trato desigual que podrían recibir las y los estudiantes, además del agravamiento de la situación en aquellas instituciones que no contemplen estructuras de acompañamiento, monitoreo y apoyo, sobre todo en las instituciones públicas, puesto que la propia normativa transitoria establece en el artículo 16 que este tipo de instituciones podrán establecer paralelos de mínimo cuarenta estudiantes (CES, 2020). Este o un número superior dificulta la tarea del docente para llevar un adecuado sistema de monitoreo o tutoría que propicie y fortalezca la relación enseñanza-aprendizaje, afectando la calidad educativa.

El cuarto criterio, referente al desarrollo de capacidades digitales y pedagógicas adaptadas a la educación en línea en los docentes no se observa de manera expresa en la regulación establecida por el CES. Esta es una debilidad de la regulación, puesto que si bien señala que las instituciones deben adoptar medidas sin afectar la calidad académica y cuidando la rigurosidad (CES, 2020), no considera la heterogeneidad de las instituciones con respecto al nivel de experiencia y experticia en la educación en línea. Esto abre un espacio a la discrecionalidad de los planes de contingencia institucionales frente a la pandemia, que podrían omitir el desarrollo de este tipo de capacidades en los docentes. La implementación de plataformas de enseñanza-aprendizaje y sistemas de videoconferencia sin contar con destrezas para su manejo, así como el mero traslado de clases magistrales o el uso de metodologías no adaptadas a la educación en línea, disminuye las posibilidades de lograr un aprendizaje significativo para las y los estudiantes universitarios. En el punto 2.4 se observa efectivamente que, mientras algunas instituciones contemplan en sus regulaciones internas con mucho énfasis la capacitación de profesores y estudiantes, como es el caso de la UASB (2020), UTE (2020), ESPE (2020) y UCE (2020), otras no lo hacen, lo que ratifica que la ausencia de regulación genera diferencias de calidad entre las instituciones.

En cuanto a la adaptación de los métodos y técnicas de evaluación, no se observan disposiciones al respecto. La regulación de la evaluación se orienta a la promoción, permitiendo a las instituciones modificar escalas de calificación para la aprobación de los niveles, en lo demás ratifica el régimen ordinario que determina que la evaluación debe ser planificada, continua y transparente. Asimismo, las disposiciones sobre este punto contempladas en la normativa transitoria están más enfocadas en lograr la continuidad de estudios más que consolidar los aprendizajes durante la pandemia. Al respecto, corresponde señalar la necesidad de inclusión de parámetros alternativos para la promoción, puesto que en una situación tan extraordinaria como la de la pandemia es trascendental para la realización del derecho a la educación superior evitar al máximo la deserción y el rezago en la educación superior. No obstante, también se debe considerar que la evaluación no solo tiene fines de promoción, sino también de formación, y por tanto es importante que los profesores apliquen instrumentos adaptados a la educación en línea que permitan verificar los aprendizajes incluyendo medidas de seguridad que garanticen la honestidad académica, pues esto permite identificar las deficiencias del proceso educativo y concentrar los esfuerzos en los aspectos necesarios para lograr su objetivo.

Finalmente, respecto a la oportunidad y claridad en la comunicación entre la institución y los estudiantes sobre los diferentes aspectos del programa, las metodologías de enseñanza aprendizaje y evaluación, la normativa transitoria sí establece en la disposición general sexta que es necesario que las instituciones deben implementar mecanismos efectivos para comunicarse con los estudiantes (CES, 2020), aunque no define los aspectos que obligatoriamente deben transmitirse, quedando nuevamente, su definición a discreción de las instituciones. Esto alcanza especial importancia en el contexto de la pandemia, sobre todo, tomando en cuenta que la comunicación personalizada y presencial parte de la dinámica cotidiana en el proceso educativo presencial. Por ejemplo, las consultas a fin de clase, en el pasillo, en las oficinas de las unidades académicas eran complemento de las actividades de aprendizaje en el aula. Ante la imposibilidad de seguir manteniendo este tipo de interacción, es indispensable para el éxito de la formación determinar canales e instrumentos de comunicación efectiva y a la medida de los estudiantes.

CONCLUSIONES

Siendo la calidad de la educación superior un elemento indispensable para la satisfacción del derecho humano y fundamental de las personas a la educación superior, es necesario que en tiempos de pandemia las medi-

das de protección del derecho por parte del Estado contemplen su aseguramiento. En tal virtud, la normativa transitoria expedida por el CES es un instrumento que, además de viabilizar la continuidad de estudios, debe contemplar al menos criterios básicos de calidad en las modalidades no presenciales.

Según distintos instrumentos sobre calidad en la educación en línea se puede sintetizar que los criterios mínimos de calidad en esta modalidad son: 1. asegurar los mismos resultados de aprendizaje que en la modalidad presencial, incluyendo simuladores u otros mecanismos que permitan la adquisición de las competencias prácticas, así como adaptaciones para las personas con necesidades especiales de aprendizaje; 2. contar con infraestructura tecnológica adecuada y soporte permanente, incluyendo biblioteca en línea; 3. organizar una estructura de acompañamiento y monitoreo al desempeño de los estudiantes, tales como brindar servicios de apoyo y asesoría permanentes; 4. desarrollar en los docentes las capacidades digitales, pedagógicas y de creación de materiales y recursos adaptados a la modalidad en línea; 5. adaptar la metodología y técnicas de evaluación al entorno virtual garantizando la seguridad; y, 6. comunicar con oportunidad y claridad a los estudiantes todos los aspectos del programa educativo con énfasis a las metodologías de enseñanza aprendizaje y evaluación.

La normativa transitoria expedida por el CES asegura parcialmente estos criterios mínimos de calidad. Las debilidades regulatorias se identifican en el criterio dos, al no contemplar precisiones sobre las condiciones de disponibilidad de las tecnologías ni de su soporte, lo cual abre la posibilidad a un trato desigual a las y los estudiantes según la institución en la que este cursando su carrera o programa, en relación con la interacción a la hora de realizar las actividades de enseñanza-aprendizaje, entrega de tareas y otras actividades de evaluación que tienen efectos en la promoción. Sobre los criterios tres y cuatro no existe regulación, aunque se observa que algunas instituciones de educación superior si han contemplado la implementación de estructuras de acompañamiento y planes de capacitación en competencias digitales y pedagógicas adecuadas para la educación en línea. Sobre el criterio cinco, la regulación se concentra únicamente en adaptar la evaluación con fines de promoción y no de formación, por lo que se considera insuficiente en este punto. Los criterios uno y seis son suficientemente desarrollados y dan claridad a las instituciones de cómo actuar.

A pesar de las debilidades de la normativa, es necesario reconocer que esta es un punto de partida que aporta a superar las dificultades y a asegurar en gran medida el derecho a la educación superior. Además, varias instituciones de educación superior han abarcado todos los criterios mínimos en sus planes internos, contemplando al menos en términos formales condiciones de calidad en la educación en línea durante la pandemia.

REFERENCIAS

Backhouse, P., Grünewald, I., Letelier, M., et al. (2007). Un modelo de sistema institucional de aseguramiento de la calidad. En H. Ayarza, J. Cortadillas, et al. (Eds.), *Acreditación y dirección estratégica para la calidad*. CINDA.

Banco Mundial. (2020). *Tertiary Education and COVID-19: Impact and Mitigation Strategies in Europe and Central Asia*. https://bit.ly/3dT4NPM

Brown C. y Salmi J. (8 de abril de 2020). *Readying for the Future: COVID-19, Higher Ed, and Fairness.* Medium. https://bit.ly/3uPW0Fh

Consejo de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Superior. (2018). *Política de Evaluación Institucional de Universidades y Escuelas Politécnicas en el marco del Sistema de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Superior*. CACES. https://bit.ly/3tdAmdJ

Consejo de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Superior. (2019). *Modelo de Evaluación Externa de Universidades y Escuelas Politécnicas 2019*. CACES. https://bit.ly/3da2Zme

Consejo de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Superior. (25 marzo de 2020). *Normas Transitorias para el Desarrollo de Actividades Académicas de las IES Debido al Estado de Excepción Decretado por la Emergencia Sanitaria por la Pandemia del COVID 19*. RPC-SE-03-No.046-2020.

Días Sobrinho, J. (2006). Acreditación de la Educación Superior en América Latina y el Caribe. *En La Educación Superior en el Mundo 2007. Acreditación para la garantía de la calidad: ¿Qué está en juego?* Ediciones Mundi-Prensa.

El Masri, A. y Sabzalieva, E. (2020). Dealing with disruption, rethinking recovery: Policy responses to the COVID-19 pandemic in higher education. *Policy Design and Practice*, 3(3), 312-333. https://doi.org/10.1080/25741292.2020.1813359

Escuela Politécnica Nacional. (26 de octubre de 2020). *Plan Emergente. Período Académico 2020-B*. https://bit.ly/3saPjvK

González, L. E. (9 al 11 de octubre de 1989). *Calidad de la Docencia Superior*. Ponencia presentada al V Seminario Técnico del Programa Latinoamericano de Pedagogía Universitaria CINDA, Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, Chile.

González, L. y Espinoza, O. (2008). *Calidad en la educación superior: concepto y modelos. Calidad en la Educación*, (28), 248-276. https://doi.org/10.31619/caledu.n28.210

Mendoza, L. (2020). Lo que la pandemia nos enseñó sobre la educación a distancia. *Revista Latinoamericana de Estudios Educativos*, 50(especial), 343-352. https://doi.org/10.48102/rlee.2020.50.ESPECIAL.119

Mogaji, E. y Jain, V. (8 de junio de 2020). *Impact of the Pandemic on Higher Education in Emerging Countries: Emerging Opportunities, Challenges and Research Agenda*. http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3622592

Pontificia Universidad Católica del Ecuador. (6 de marzo de 2020). *Comité de Prevención Sanitaria, Plan Operativo de emergencia COVID-19.* https://bit.ly/3sdCLUb

Quality Assurance Agency for Higher Education [QAA]. (2020). *COVID-19: Thematic Guidance*. *Practice and Lab-based Assessment.* https://bit.ly/3aoaioT

Red Española de Agencia de Calidad Universitaria [REACU]. (3 de abril de 2020). *Acuerdo de REACU de 3 de abril de 2020, ante la situación de excepción provocada por el COVID-19*. https://bit.ly/3thJRIS

Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura [OEI]. (2020). *Guía Iberoamericana para la evaluación de la Calidad de la Educación a Distancia*. https://bit.ly/39eCoCn

Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia [UNESCO] y la Cultura e Instituto Internacional de para la Educación Superior en América Latina y el Caribe. (14 de junio de 2018). *Declaración de la III Conferencia Regional de Educación Superior en América Latina y el Caribe. CRES 2018*. https://bit.ly/3wQuoS9

Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura [UNESCO]. (2020). COVID-19 Impact on Education. https://bit.ly/32d06e0

Universidad Andina Simón Bolívar. (3 de abril de 2020). *Comité de Coordinación Académica, Resolución No. CCA-01-IV-01/2020.* https://bit.ly/2Rww7fh

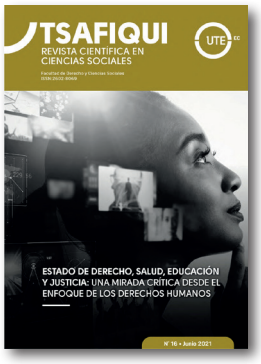
Universidad Central del Ecuador. (1 de abril de 2020). *Plan de contingencia de la Universidad Central del Ecuador.* https://bit.ly/3mSwnAZ

Universidad de las Fuerzas Armadas. (16 de marzo de 2020). *Resolución Rectorado - Instructivo n.º UDED-INS-V1-2020-002, Plan de contingencia para el pleno desarrollo académico de los contenidos de las asignaturas de grado y tecnología en la modalidad presencial empleando herramientas pedagógicas y didácticas utilizadas en educación modalidad virtual.*

Universidad UTE. (23 de marzo 2020). *Resolución rectoral n.º 064-R-UTE-2020, Plan de acción para garantizar el desarrollo de las actividades académicas, el derecho a la educación, la continuidad de estudios de las y los estudiantes de la Universidad UTE, en el marco del Estado de excepción decretado por la emergencia sanitaria ocasionada por la pandemia de covid-19.*

TSAFIQUI
REVISTA CIENTÍFICA EN
CIENCIAS SOCIALES

TSAFIQUI | Revista Científica en Ciencias Sociales
Nº 16, 2021 | ISSN **1390-5341** - eISSN **2602-8069** | Universidad UTE
www.revistas.ute.edu.ec/index.php/tsafiqui/index



La convención colectiva y sus implicaciones en el campo laboral venezolano

The Collective Labor Agreement and its Iplications in the Venezuelan Labor Field

https://doi.org/10.29019/tsafiqui.v12i16.885

Juan Ávila Urdaneta

RESUMEN

En el devenir de la actividad laboral surgen relaciones enmarcadas dentro de la normativa vigente que permiten, de acuerdo al reconocimiento del Derecho Constitucional, la realización de Convenciones Colectivas en las que participan trabajadores, empleadores y funcionarios públicos. El presente trabajo tiene como finalidad analizar el marco teórico de las convenciones colectivas y su adaptación a la realidad en Venezuela, tomando las normas constitucionales y legales que rigen al derecho laboral, bajo un recorrido histórico, empleando enfoques de diversos autores sobre la convención colectiva, intangibilidad de las convenciones, régimen modificatorio, así como la normativa que rige la materia. La situación problemática se identifica por los efectos de las convenciones en sus diferentes fases, tanto de preparación como de ejecución, al igual que por la autocomposición o conciliación. Se ha aplicado un tipo de investigación descriptiva, con diseño no experimental, documental. Los resultados de la investigación evidenciaron que, en Venezuela, en el marco del derecho laboral existe una normativa relacionada con las convenciones colectivas, a las cuales están sujetos el sector público y el privado, aplicándose esta desde la promulgación de la Ley del Trabajo (1936), sujeto a las modificaciones que han permitido contar con instrumentos legales acorde con la realidad contemporánea. Por ello, se afirma que la convención colectiva es el instrumento más adecuado para el establecimiento de relaciones de trabajo equilibradas.

ABSTRACT

Different relations of the labor activity arise in the existing regulations and these allow, in accordance with the recognition of the Constitutional Law, the conduction of collective labor agreement in which workers, employers and public officials participate. Therefore, the aim of this article is to analyze the theoretical framework of the collective labor agreement and its adaptation to the reality in Venezuela by taking the constitutional and legal norms that govern the Labor Law under a historical route, using approaches of various authors on the collective agreement, intangible agreement, amending agreement, and the regulations governing the matter. The problematic situation is identified by the effects of the agreements in their different phases, both in the preparation and in the implementation, as well as in the conciliation. A descriptive, non-experimental, documentary research design has been applied. The results of the investigation showed that in Venezuela, in the framework of Labor Law, there is a regulation related to collective agreements to which both the public and private sectors are subjected to, and this has been applied since the promulgation of the Labor Law (1936), that is subjected to modifications that have allowed the use of legal instruments in regards to the contemporary reality. It is therefore stated that the collective convention is the most appropriate instrument for the establishment of balanced working relations.

PALABRAS CLAVE | KEYWORDS

Convención colectiva, intangibilidad, convención blindada, régimen modificatorio.
Collective Labor Agreement, Intangibility, Armored Convention, Amending Agreement.

CC BY

Recibido: 06/04/21 - **Aceptado:** 28/05/21 - **Publicado:** 01/06/21 | Páginas: 19-27

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo trata sobre el marco legal de las convenciones colectivas y su adaptación histórica a la realidad en Venezuela corresponde al área de Derecho Laboral, debidamente establecida en la normativa vigente, específicamente en la Ley Orgánica del Trabajo, Trabajadores y Trabajadoras y su Reglamento y sustentada por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en el contenido del art. 96, donde se establece el derecho de los trabajadores y los empresarios de reunirse y realizar convenciones colectivas. La importancia del tema se establece por el conocimiento que deben tener sobre la materia los trabajadores, los empleadores y funcionarios públicos que laboran en las Inspectoría del Trabajo, siendo esta una Institución del derecho laboral de gran importancia, tanto por los beneficios que la misma otorga en el ámbito laboral como por el procedimiento que en muchas oportunidades se ve afectado por asuntos políticos o por beneficios unilaterales.

ENFOQUE GENERAL

La convención colectiva es una herramienta de las Instituciones del Derecho Laboral y ha sido materia de importantes ajustes a lo largo del tiempo. El seguimiento de estas variaciones puede brindar un valiosísimo aporte a la comprensión del modelo de convención colectiva existente en un lugar y momento determinados.

Particular interés juega la necesidad de conocer las opciones de revisión de los pactos contenidos en una convención colectiva, siendo así como el término revisión, en este marco, alude a las posibilidades de reestudio y redefinición de las condiciones de trabajo acordadas por la convención colectiva y es utilizado como sinónimo de modificación, por los ajustes requeridos por la realidad económica puede afectar los más variados aspectos de la convención colectiva; definición, modalidades, requisitos, entre otras.

De acuerdo con el orden de ideas expuesto, una convención blindada, cerrada a cualquier opción de revisión o redefinición se definirá como una convención colectiva intangible.

Asumiendo que los mecanismos para la modificación de la convención colectiva pueden provenir de distintos frentes, el interés de este trabajo no se agota en las posibilidades que podría ofrecer la celebración de una nueva convención colectiva, por lo que explorará vías alternas. Vale en tal sentido hacer acotaciones en relación con el análisis que se presenta: primero, que se concentra en las oportunidades de revisión que puedan derivarse por un análisis exegético de la ley, segundo, que los esfuerzos girarán en torno a la convención colectiva descentralizada, quedando fuera de su ámbito de interés la convención colectiva generada en el marco la reunión normativa laboral.

También se presentan oportunidades, dentro del marco de la convención colectiva que han permitido concentrarse en la revisión exegética de la ley, el análisis que se orienta al estudio de la convención colectiva descentralizada, quedando fuera de su ámbito de interés la convención colectiva generada en el marco de la reunión normativa laboral y la orientación del análisis de la convención colectiva celebrada en el ámbito privado, quedando fuera de su marco la convención colectiva celebrada por funcionarios públicos.

Partiendo del presente análisis se llegó a la conclusión que en Venezuela, la Ley Orgánica del Trabajo Trabajadores y Trabajadoras tiene establecidas normas que rigen la revisión de las convenciones colectivas, cuya aplicabilidad se ha visto interferida por el carácter político, particularmente en el sector público, que toman las convenciones colectivas, siendo evidente que en la mayoría de los casos no son revisadas a tiempo, lo cual motiva reclamos por parte de los sindicatos y preocupación a los trabajadores, así como también se aprecia que las convenciones son revisadas sin tomar en cuenta la participación del obrero.

De igual forma se hace referencia de decisiones que permiten apreciar un nivel de capacidad de los inspectores bastante cuestionado, por el efecto mismo del texto de las decisiones en las cuales el funcionario debe estar inspirado en razones de conveniencia y equidad, específicamente en los casos en los cuales las partes requieren de la conciliación, encontrándose el inspector del Trabajo facultado, en tales casos, para hacer las observaciones legales que considere conveniente.

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA CONVENCIÓN COLECTIVA EN VENEZUELA

En Venezuela, el modelo legal de convención colectiva precedente estaba recogido en la Ley del Trabajo de 1936 y el Reglamento de 1973. Entre este modelo y el vigente, es posible identificar las consideraciones plasmadas en el Anteproyecto de la Ley Orgánica del Trabajo, acogido con modificaciones por el Proyecto de Ley Orgánica del Trabajo de 1988. Al respecto, es posible ubicar cada modelo en una de las tres últimas décadas, las de los setenta, ochenta y noventa, con un escenario económico diverso, que posiblemente reprodujo las tendencias internacionales. Ello hace el caso venezolano particularmente atractivo para un análisis que intente explicar las variaciones de la intangibilidad de la convención colectiva, en términos del escenario económico que asistió a las mismas.

De igual forma, la convención colectiva concebida por la Ley del Trabajo de 1936 y el Reglamento de 1973 puede decirse es la propia de un modelo estático de negociación caracterizándose por: destacar lo restringido del espacio negociar de las partes y las amplias posibilidades otorgadas al Ejecutivo para intervenir en el proceso de su sanción.

El Reglamento de 1973 ordenaba la extensión de los beneficios de la convención colectiva a todos los trabajadores de la empresa(s) pactante(s). Con ello, descartó algunas interpretaciones que, basadas en la Ley de 1936 y el Reglamento de 1938, abogaban por la exclusión de los trabajadores que no habían sido parte en la negociación.

Según el art. 48 de la Ley de 1936, la convención colectiva solo vinculaba a los pactantes, a saber: uno o varios grupos o sindicatos de trabajadores y uno o varios patronos o uno o varios sindicatos patronales. El art. 49 de la misma ley ordenaba la inclusión de las normas del contrato colectivo en los contratos individuales que se celebran durante su vigencia, debe asumirse que estarían amparados por la convención colectiva aquello trabajadores que, siendo miembros del (los) sindicato(s) con posterioridad a la firma de dicho contrato colectivo.

A decir de Alfonzo Guzmán (1999), la particular redacción dada a este artículo probablemente fue un error del legislador que suprimió de la disposición la indicación del alcance del contrato colectivo a la totalidad de los trabajadores de la empresa. El mismo fue materia de interpretaciones judiciales que intentaron ampliar su espectro. Probablemente en base al art. 31 del Reglamento de 1973, que ordenaba incorporar las normas del contrato colectivo a los contratos individuales que se celebren en una empresa, se impuso un criterio según el cual, las normas del contrato colectivo a los contratos individuales que se celebren en una empresa se impuso un criterio según el cual, las normas del contrato colectivo regían para todos los trabajadores de la empresa, firmantes y no firmantes.

La definición del ámbito personal de la convención colectiva quedó, por esta vía, fuera de la esfera de negociar de las partes. En adelante, todos los trabajadores que prestaran servicios a la empresa quedaban inexorablemente incorporados a su amparo, con dos excepciones. La primera, los trabajadores de dirección, confianza y de inspección y vigilancia, cuya exclusión era permitida por el art. 49 de la ley, la segunda, los trabajadores que por pertenecer a un grupo profesional dado podían celebrar con su patrono una convención colectiva distinta.

Es así como en el régimen en estudio, la convención colectiva era concebida como un mecanismo para establecer treguas dentro del permanente conflicto de los actores laborales. Un pacto por el cual el patrono y trabajadores acordaban las reglas del juego que habrían de regir sus relaciones por un período de tiempo, a los fines de garantizar ciertos espacios de paz necesarios para la producción. Para asegurar el mantenimiento de los espacios de paz logrados por la convención colectiva, se imponía proscribir cualquier intento de revisión de las condiciones acordadas, durante el período de duración fijado al pacto.

De allí que, por mandato legal, las normas de la convención colectiva se incorporaban como cláusulas obligatorias a los contratos individuales celebrados o que se celebraren con la empresa. Y como ni la Ley del 36 ni su reglamento preveían la posibilidad de que las pautas previstas por la convención colectiva pudieran ser enervadas por otra norma más favorable, dicho mandato legal podía considerarse absoluto.

Lo antes expuesto, equivale a que las normas previstas por la convención colectiva se hacían parte integrante del contrato individual, al punto que este no podía alterar aquellas, ni siquiera cuando ello conllevaba un beneficio para el trabajador.

La vocación absoluta de mejoramiento profesional atribuida a la convención colectiva encuentra apoyo en la interpretación de que fue objeto del art. 376 del reglamento. Este artículo abría un espacio para la redefinición del contenido de la convención colectiva, cuando asentaba que...podrán modificarse las condiciones de trabajo vigentes, si durante las negociaciones de un contrato colectivo, las partes convinieren en modificar a sustituir por otras las cláusulas establecidas, aún de distinta naturaleza, que consagren, colectiva o profesionalmente considerados, beneficios más favorables para los trabajadores.

La previsión seguramente respondía al hecho que los términos contenidos en una convención colectiva sólo podían ser revisados por otra y era imperativo permitir a la nueva convención colectiva alguna modificación de las contenidas en la anterior. Más, según asienta Hands Días (1997), la reforma incorporada por el artículo 376 del Reglamento de la Ley de Trabajo de 1973 tuvo poco impacto sobre el principio de intangibilidad de la convención colectiva pues, a... la mayoría de las sentencias que se conoce tendieron a no admitir la posibilidad de modificar la convención colectiva... (siendo que además) no fue utilizada de acuerdo al fin previsto, (por) su errónea interpretación, tendiente solo a modificar unas cláusulas por otras cuantitativamente más favorables, y no orientadas hacia cláusulas que consagren colectiva o profesionalmente consideras beneficios más favorables para los trabajadores siendo el caso, que era este último el fin perseguido.

Imperturbable en lo que se refiere a su ámbito personal y material, la convención colectiva exhibe sin pudor otra rigidez. La norma del art. 380 del reglamento le otorga fijeza en el tiempo por dos vías. Una que excluye por dos años cualquier intento de revisión. Otra, que le establece una duración máxima de tres años, proscribiendo las convenciones por tiempo indeterminado. Ello, aunado a la inexistencia de normas que permitan una revisión anticipada de la convención colectiva, hacen de ella un instrumento intocable, perdurable en el tiempo al punto que vencido el término de un contrato colectivo de trabajo, las estipulaciones económicas y sociales que beneficien a los trabajadores continuarán vigentes hasta tanto se celebre otro que las sustituya (art. 371 del Reglamento de la Ley del Trabajo).

En sintonía con las limitaciones impuestas a las posibilidades negociables de las partes, el procedimiento de sanción de la convención colectiva se encontraba muy intervenido por el Estado. Se iniciaba por presentación de un proyecto a la Inspectoría del Trabajo, al cual podían hacérsele observaciones, si se consideraban incumplidos los requisitos exigidos por la ley y el reglamento. Admitido el pliego con carácter conciliatorio, el inspector notificaba a las partes el día y hora de inicio de las negociaciones. Estas eran presididas por el inspector del Trabajo, quien tenía atribuido el rol de conciliador.

El inspector decidiría los alegatos esgrimidos por las partes sobre la improcedencia de la negociación y recibiría el depósito de la negociación y recibiría el depósito de la convención colectiva, debiendo homologarla cuando fuera celebrada por un grupo de trabajadores no sindicalizados, o cuando sus cláusulas hubieran sido modificadas o sustituidas por otras. Si bien es cierto que, de acuerdo con el reglamento, el referido procedimiento era opcional, devenía obligado por cuanto la inamovilidad de los trabajadores interesados en la negociación estaba inexorablemente ligada a la presentación del proyecto ante la inspectoría del trabajo.

En un entorno mundial que postula la concertación como modelo idóneo de ordenación de las relaciones laborales, el proyectista de la ley orgánica del trabajo propone sindicalizar la convención colectiva. Producto del apoyo brindado a los sindicatos, se adiciona el reconocimiento de atribuciones sindicales a las Cámaras que agrupan patronos, necesario es concluir que el proyectista no hizo más que satisfacer una de las exigencias propias de la propuesta que fluctuaba en el ambiente en esos años. Tal es el robustecimiento de las instituciones consideradas portadoras del interés colectivo. En el caso específico de los sindicatos, este robustecimiento se vio reforzado dentro del articulado de la convención colectiva, con dos normas, una que acuerda la vigencia de las cláusulas sindicales, aún vencido el término del contrato colectivo art. 435 LOTTT. Otra, que impone a los trabajadores beneficiados por una convención colectiva, la obligación de realizar un aporte por concepto de solidaridad a la organización sindical pactante, aun cuando no fueren miembros de ella. De esta manera, el movimiento sindical es dotado del poder económico que requiere el cual debe provenir, fundamentalmente de las contribuciones de sus miembros y de los beneficiarios de sus actividades.

Vale decir, una cláusula sería más favorable que otra solo si significaba un beneficio cuantitativamente mayor para cada uno de los trabajadores de la empresa. Luego, si una norma devenía sustituida por otra cualitativamente más favorable, pero que significara una reducción de los beneficios del trabajador en términos cuantitativos, normalmente era calificada de menos favorable y anulada, a favor de la anterior.

Por lo demás, cabe destacar que la intención de atenuar la rigidez del tiempo de las convenciones es corroborada por el proyectista en la misma norma donde le establece los lapsos mínimos y máximos de duración, favoreciendo la inclusión de cláusulas revisables en períodos menores.

Es así que en las disposiciones preliminares afirma la prevalencia de la convención colectiva sobre toda otra norma, contrato o acuerdo, pero sujetando esto a la circunstancia de que ella resulte más beneficiosa para los trabajadores. Con ello, rompe el orden jerárquico de las fuentes, concediendo a acuerdo individual la oportunidad

de establecer condiciones de trabajo más favorables a las contenidas en la convención colectiva, lo que permite vulnerar su ámbito material.

En otro orden de ideas, una lectura apresurada de los textos que sirvieron de base a la vigente Ley Orgánica del Trabajo Trabajadores y Trabajadoras, puede llevar a concluir que, en todo caso, la convención colectiva será celebrada con la organización que representa la mayoría absoluta de los trabajadores de le empresa o de la respectiva profesión. Tal es el sentido que puede atribuírsele a la norma según la cual, el patrono estará obligado a negociar.

Una lectura más reflexiva da cuenta que la intención del proyectista no fue restringir las posibilidades de negociar convenciones colectivas. Ello iría en contra de los principios constitucionales que rigen la materia (art. 90, Constitución de 1961). Su intención parece haber sido la de facilitar dicho proceso, estableciendo al patrono la obligación de negociar y celebrar convenciones colectivas con las organizaciones sindicales que representen la mayoría absoluta de los trabajadores de la empresa cuando ellas lo propongan. No obstante, puede derivarse una prohibición de negociar y celebrará convenciones colectivas con organizaciones sindicales que representen intereses minoritarios, si el patrono consiente en ellos.

Sin embargo, esta condición no opera respecto a todas las negociaciones que involucren una convención colectiva, sino solo aquellas solicitadas por el sindicato que representen la mayoría absoluta de los trabajadores de una empresa. De esta manera, se pasa a permitir que las organizaciones sindicales minoritarias negocien convenciones colectivas. Lo dicho no conlleva a afirmar que el proyectista permitió la existencia de convenciones distintas para grupos de trabajadores similares. De existir en la empresa una convención colectiva celebrada con un sindicato mayoritario, la celebrada por un sindicato representante de intereses minoritarios, entraría a competir con aquélla en término de mayor favorabilidad para los trabajadores.

Determinada la mayor favorabilidad de un conjunto respecto al otro, sería éste el que se incorporaría a los contratos individuales para regir todo el universo de trabajadores de la empresa, en virtud del efecto erga ommne acordado por el proyectista a las convenciones colectivas. Los sindicatos minoritarios no son los únicos contendientes que deberá enfrentar el sindicato mayoritario en defensa de su rol negociador. Quizá en un sentido contrario a lo deseado por el legislador, los grupos de trabajadores no quedaron excluidos como interlocutores en las negociaciones colectivas.

En apoyo de la norma trascrita, acude otra, según la cual las autoridades de trabajo tienen el deber de procurar la solución pacífica y armónica de las diferencias que surjan entre patronos y trabajadores, aún antes de que ellas revistan carácter conflictivo por la presentación del pliego consiguiente. Esta última disposición, ofrece dos aportes interesantes a la discusión relativa al rol negociador de los grupos de trabajadores. El primero se concreta en el reconocimiento de la posibilidad de que los patronos mantengan diferencias de carácter colectivo con sus trabajadores.

El segundo aporte, radica en revelar que la intención del legislador no fue sindicalizar la negociación colectiva. Su deseo fue restringir, en lo posible, la huelga. Y dado que el proyectista hace de la huelga una prerrogativa exclusiva de los sindicatos, es fundamental para él regular los procedimientos negociadores en intervienen un sindicato.

No puede ser otro el sentido de un conjunto normativo que, por un lado, afirma el derecho a la negociación colectiva de los trabajadores en tanto que, por otro lado, sujeta el ejercicio del derecho a huelga, que se inicia por presentación del pliego aun procedimiento que declara potestad exclusiva de los sindicatos.

Las opiniones en torno al particular se polarizan entre quienes afirman que dicha opción concretaría un despido indirecto y quienes apelan a la autonomía colectiva para sustentar su procedencia. Es evidente que esta última postura tentó al redactor del anteproyecto, quien admite en forma indirecta la posibilidad de negociar in peius, al plasmarla como un escenario para el ejercicio del *lock-out*. La aceptación, sin embargo, no fue plena. La modificación *in peius* de las condiciones de trabajo quedó sujeta a la existencia de una crisis económica de magnitud tal que logre poner en peligro la actividad o aun la existencia de la empresa.

Tal como quedó plasmada en el Proyecto, la norma presentaba lagunas. Por la remisión que hacía al Capítulo relativo a las negociaciones y conflictos colectivos, no quedaba claro si, finalmente, esta negociación podía o no devenir en conflicto, con el consecuente cese de actividades por parte del patrono. Más importante aún, toda vez que integrada al articulado específico de la convención colectiva, generaba dudas sobre su aplicabilidad en aquellos casos en que esta no existe.

EL RÉGIMEN DE LA LEY ORGÁNICA DEL TRABAJO Y SU REGLAMENTO

Por el debate que generó, la nueva ley laboral demoraría algunos años en ser aprobada. Los albores de la década de los 1990 asistieron a la puesta en vigencia de un instrumento legal que, concebido en un entorno concertado, tendría que desenvolverse en un medio que reivindica la autonomía individual. No debe extrañar, entonces, que el nuevo texto haya mantenido y, en ocasiones, profundizado, los avances flexibilizadores del proyectista.

Así, al abordar el problema de la negociación *in peius* de las condiciones de trabajo, la Ley Orgánica del Trabajo sigue la lógica de Kotroschin (1987); si la inderogabilidad de la convención colectiva se apoya en la ley, también es posible sustentar en ella su derogabilidad. Y al recoger la norma del proyecto en su seno le incorpora una sola modificación. Elimina la remisión a la normativa propia de las negociaciones y conflictos colectivos, limitándose a ordenar el agotamiento de una etapa conciliatoria, dentro el procedimiento de negociación *in peius* Carvallo (1.996).

Será el intérprete quien deba resolver el vacío dejado por la ley en lo relativo a los pasos a seguir, una vez culminada dicha fase conciliatoria y la aplicabilidad de dicho procedimiento a situaciones en las que no exista una convención colectiva. La tarea del intérprete no será ardua, pues las claves dejadas para la solución de estos enigmas son abundantes.

Dicha interpretación es coherente con la afirmación relativa a las posibilidades de negociación de grupos de trabajadores no sindicalizados, previstas por el proyectista y ratificadas por Ley Orgánica del Trabajo. Es de hacer notar que la capacidad negociar de los grupos de trabajadores vienen corroborada no solo por la inclusión en la Ley de las normas del Proyecto que la posibilitan. Si, pese a lo dicho, alguna duda persistía en torno a la posibilidad de negociación de los grupos de trabajadores, esta fue allanada por el reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo. Este reconoce a los grupos no sindicalizados de trabajadores como sujetos colectivos, con opción de negociar colectivamente (arts. 144 y 164).

Al mismo tiempo, el reglamento de la Ley del Trabajo le impone a los grupos de trabajadores una limitación, inexistencia en la Ley Orgánica del Trabajo: el ejercicio de su capacidad negocial estará sujeta a la inexistencia, en la empresa, de trabajadores sindicalizados en un número suficiente para constituir una organización sindical. Vale decir que, en los términos del reglamento, la convención colectiva celebrada con el sindicato no podrá devenir modificada o derogada por un acuerdo colectivo, dado que existe una prohibición para su celebración. La limitación impuesta por el reglamento a los acuerdos colectivos no será un obstáculo insalvable.

El reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo toca un ámbito de la convención colectiva que había logrado resistir los embates de la flexibilización: el personal. En efecto, si bien el proyectista y el legislador se mostraron abiertos a la posibilidad de permitir ciertas vías que vulneraban el ámbito materia y temporal de la convención colectiva, no mostraron la misma disposición frente a su ámbito personal.

Demás está decir que la norma ofrece amplias oportunidades para pactar de manera individual condiciones de trabajo con los trabajadores peculiares. Pero no es su única oferta. La norma también abre nuevas perspectivas a la propia condición de pactos colectivos, facilitando la coexistencia de varias convenciones o acuerdos colectivos.

En efecto, al vincular la ambigua noción de peculiaridad con el contenido del art. 167 del reglamento, es posible derivar para la empresa la posibilidad de proponer a cada grupo de trabajadores peculiares la negociación de una convención colectiva o acuerdo colectivo distinto al que rige para el resto de sus trabajadores. Este, sería perfectamente válido en cuanto aprobado por la mayoría de trabajadores interesados. Tales no serían otros que A...aquellos que se encontraren incluidos en el ámbito personal de validez del respectivo proyecto de convención o acuerdo colectivo, vale decir, los trabajadores en situación de peculiaridad.

No es necesario hilar muy fino para concluir que el reglamento, por vía de los citados artículos permiten negociar colectivamente con tantos grupos como peculiaridades tenga el trabajo dentro de unja unidad de producción dada. El resultado del proceso será una negociación planteada a nivel de grupos tan diminutos que nada tendrá que envidiarle a la captación individual, pero que contribuirá a vencer las reservas que pudieren existir contra ésta.

La apertura de nuevas opciones a los pactos individuales y colectivos frente a la convención colectiva no es lo fundamental de la norma en análisis. El aporte más importante, en términos de flexibilización, radica en que involucra trabajadores sustraídos de la convención colectiva y, por tanto, fuera de su ámbito de protección. Ello los hace susceptibles de un pacto de condiciones de trabajo que puede prescindir del requisito de mayor favor: la nueva norma no se erige frente a otra, que debe derogar. Ella viene a llenar un espacio no ocupado por la conven-

ción colectiva que ampara al resto de los trabajadores y, por tanto, susceptible de ser regulado en forma paralela, con total independencia de ella.

Como puede apreciarse en las líneas precedentes, el modelo de convención colectiva vigente ofrece múltiples posibilidades para su reestudio y redefinición. En torno a cada una de ellas surgen no pocas interrogantes vinculadas, fundamentalmente, con sus alcances y los procedimientos a atender en cada caso.

INTANGILIDAD DEL TIEMPO DE LAS CONVENCIONES COLECTIVAS

La vigencia de la convención colectiva en el tiempo tiene tres modalidades posibles por tiempo indeterminado (Cabanella 1989), por tiempo determinando y para una obra determinada, siendo esta última más bien una rareza la discusión se ha centrado en la mayor pertinencia de una de las otras dos. Cabe acotar que son dos los aspectos que intervienen en la discusión relativa a la duración de la convención colectiva. El primero de ellos tiene que ver con la necesidad de asegurar en el tiempo las condiciones pactadas en la convención colectiva. Con ello, se cierra el paso a nuevas peticiones, por lo menos en lo que a las materias contenidas en la convención colectiva se refiere con lo cual se restringe el espacio a los conflictos y se le abre a la planificación. El segundo aspecto que interviene en el debate tiene que ver con la necesidad de permitir que las condiciones de trabajo pactadas puedan ser ajustadas a las variaciones de la política y la economía tanto empresarial como nacional. Si el énfasis se pone en el primer aspecto, se favorecerá la indeterminación del tiempo de duración de la convención colectiva. Por el contrario, otorgar preponderancia a la posibilidad de ajustar la convención colectiva a la realidad político-económica, favorecerá a la celebración de convenciones colectivas por tiempo determinando.

Más interesante que la discusión relativa a la extensión en el tiempo de la vigencia de la convención colectiva, es la relacionada al sujeto de dicha determinación. Así hay quienes consideran que la duración de la convención colectiva debe ser libremente determinada por las partes. Se argumenta que las convenciones colectivas son pactadas atendiendo a ciertas condiciones que afectan la vida de la empresa: políticas, económicas, tecnológicas, entre otros; y que solo las partes pueden determinar cuándo esas condiciones han variado en forma tal que justifiquen la celebración de un nuevo contrato.

Según se concluye del análisis que antecede, el apoyo que el Estado brindaría a la convención colectiva en un esquema de concertación, se orientaría a asegurar la ordenación no impuesta del sistema de relaciones laborales que deriva de ella. Este aseguramiento concreta una trama legal que hace del mismo un instrumento invariable, en lo que a sujetos, condiciones de trabajo y tiempo se refiere. Como finalización de este proceso, la convención colectiva deviene dotada con las características de generalidad, seguridad y previsibilidad que le permiten al Estado asegurar la gobernabilidad de la fuerza laboral y el comportamiento del aparato productivo de un estado.

RÉGIMEN MODIFICATORIO. REVISIÓN ORDINARIA Y EXTRAORDINARIA

El modelo de convención colectiva vigente ofrece múltiples oportunidades y posibilidades para el reestudio y redefinición de las condiciones de trabajo pactadas en ella. Estas posibilidades derivan en dos vertientes. Una que abre amplios espacios para la modificación de una convención colectiva por otra. Otra que se empeña en la búsqueda de mecanismos de revisión alternos.

La revisión ordinaria legal: procede una vez vencido el lapso de duración fijado a la convención colectiva o su prórroga, la convención colectiva tendrá una duración mínima de dos años y una máxima de tres, pudiendo ser prorrogada hasta un máximo de tres años más. art. 435 Ley Orgánica del Trabajo Trabajadoras y Trabajadores. La revisión ordinaria convencional: La cual tendrá lugar una vez vencido el menor plazo de duración fijado por las partes a ciertas cláusulas de la convención colectiva.

El procedimiento a seguir para la revisión de la convención colectiva es el mismo para las dos modalidades presentadas. En ese sentido, las partes pueden optar por una de dos vías: la autocomposición: la negociación será adelantada por las partes, sin la presencia de funcionarios del Trabajo y atendiendo al procedimiento que ellas establezcan. La Conciliación: De conformidad con el art. 437 LOTTT "El patrono o la patrona estará obligado

u obligada a negociar y celebrar una convención colectiva de trabajo, o a negociar y acordar un pliego de peticiones de carácter conciliatorio... con la organización sindical de mayor representatividad entre los trabajadores y las trabajadoras bajo su dependencia". Según Paolomequel (1972) la Conciliación es un procedimiento de composición de conflictos, caracterizado por la intervención de un tercero heterocomopsición -que intenta avenir a las partes, sin proponer soluciones.

Este procedimiento normalmente —aunque no necesariamente— se iniciará con la presentación del proyecto de convención colectiva, los autores Villasmil, Goizueta y Hernández (1999) han sido contestes en sostener que la atribución de esta facultad no conlleva la de rechazar el pliego. Hechas las observaciones, si la parte interesada manifestare su decisión de no incorporar al texto las correcciones sugeridas, el Inspector deberá continuar con el procedimiento pautado por la Ley, transcribiendo a la parte contraria el proyecto presentado, con indicación del día y hora en que se iniciarán las negociaciones, Ello porque, a decir de Villasmil H. 1.994 "las observaciones o defensas de fondo deben ser formuladas por el patrono o patronos /o los trabajadores) en la oportunidad de su primera comparecencia para atender la convocatoria del funcionario del trabajo".

Llegados el día y la hora fijados para la primera reunión, corresponderá a la parte a quien se propuso el proyecto de convención colectiva, formular los alegatos y defensas sobre la improcedencia de las negociaciones. Tales pueden ser, según Villasmil H. 1.994.

Nótese que, a diferencia de lo que hacen los textos legales referidos, en este documento no se alude al patrono o a los trabajadores, sino a el (los) interesado(s), por cuanto, de conformidad con el artículo 167 del reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, la convención colectiva podría ser propuesta por el patrono.

Presentada la convención colectiva para su depósito, el Inspector del Trabajo, dentro de los diez (10) días siguientes, verificará el cumplimiento de las normas de orden público que rigen la materia. El Inspector procederá al depósito de la convención, si no encontrare observación alguna que hacer; o si, hecha alguna observación, las partes procedieron las correcciones necesarias o manifestaren su intención de insistir en el depósito de la convención. En caso de que el inspector considere incumplido algún requisito legal y, hecha la observación a las partes, si estas insistieren en el depósito, el Inspector podrá asentar sus observaciones a las partes en la respectiva providencia administrativa de acuerdo con los arts.171 y 172 del reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo.

Por último, es necesario acotar que los trabajadores involucrados en la negociación de una convención colectiva, estarán amparados por inamovilidad, durante todo el procedimiento.

CONCLUSIONES

La evolución histórica de la convención colectiva se pudo determinar que la misma en Venezuela, desde la perspectiva de su intangibilidad revela una adecuación a la tendencia general. De pacto entre actores contrarios sellados por ley, la convención colectiva devino en herramienta de negociación que la ley pone a disposición de actores, en pleno ejercicio de su autonomía individual.

El acuerdo colectivo, aun cuando sujeto al mismo procedimiento de la negociación colectiva, no tiene sus limitaciones. No se le acuerda efectos, ni la extensión de los beneficios consagrados por él a trabajadores no pactantes, ni la inserción de las normas previstas por él en los contratos individuales.

Al establecer el régimen modificatorio de la convención colectiva conforme a la Ley Orgánica del Trabajo, se puede apreciar, y así se estima que el acuerdo colectivo se puede constituir en opción modificatoria de la convención colectiva y a tales efectos, es viable si resulta más favorable que aquella, quedando sus efectos sujetos a la aprobación por la mayoría absoluta de los trabajadores interesados.

La convención colectiva reviste un carácter importante dentro del sistema de contrataciones colectiva, propiciando condiciones favorables para los trabajadores en comunidad con la empresa y en lo que respecta al resultado de la investigación, el contenido teórico se considera que puede ser utilizado por, trabajadores, empleadores y funcionarios del Ministerio del Trabajo que participen en la realización de la convención colectiva.

REFERENCIAS

Alfonzo-Guzmán, R. (1999). *Nueva Didáctica del Derecho del Trabajo*. 18.ª ed. Litografía Melvin.

Cabanellas, G. (1989). *Tratado de derecho laboral*. Editorial Heliastra S.R.L.

Carballo, C. (1996). La Reforma In Peius de la Convención Colectiva. En *Jornadas Internacionales "Diálogo Social y Desarrollo"*. Caracas, 14 al 16 de julio de 1996.

De la Cueva, M. (1991). El nuevo derecho mexicano del trabajo. Porrúa.

Goizueta H., N., y Hernández A., Oscar. (1999). Título VII, Capítulo IV. De la Convención Colectiva de Trabajo. En Hernández A., Oscar. *Comentarios a la Ley Orgánica del Trabajo* "2ª. ed. Barquisimeto, Tipografía y Litografía Horizonte.

Handis Diaz, R. (1997). Del Régimen Modificatorio de la Convención Colectiva Vigente y su Procedimiento. En *III Congreso Venezolano de Relaciones de Trabajo*. Universidad del Zulia / Asociación de Relaciones de Trabajo.

Hernández, O. (1998). Los despidos colectivos. Ponencia presentada en el Congreso Internacional sobre Relaciones de Trabajo y Seguridad Social: Tendencias y Desafíos. Caracas, 25 al 28 de octubre de 1998.

Kotroschin, E. *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*. vol. II. 4.ª ed. Depalma.

Lucena, H. (1990). Contratación Colectiva. En H. Lucena (ed.). *Relaciones de Trabajo*. Asociación de Relaciones de Trabajo.

Montoya Melgar, A. (1981). *Derecho del Trabajo*. 4.ª ed. Tecnos.

Palomeque, C. (1992). *Derecho Sindical Español*. Notas sl/se/sp.

Rodríguez C., V. Caso de los Descuentos Inconsultos. CSJ dará la razón a los Sindicatos en el Nacional. Caracas, martes 13 de abril de 1993.

Torres, I. D. (1992). *Negociaciones y Conflictos Colectivos*. Italgráficas S.R.L.

Villasmil P., H. (1994). Introducción a la Libertad Sindical. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. No. 91.

Leyes

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial extraordinaria. 30 de diciembre de 1999. Caracas, Venezuela.

Constitución de la República de Venezuela. Palacio Federal Legislativo, en Caracas, a los veintitrés días del mes de enero de mil novecientos sesenta y uno. Año 151 de la Independencia y 102 de la Federación.

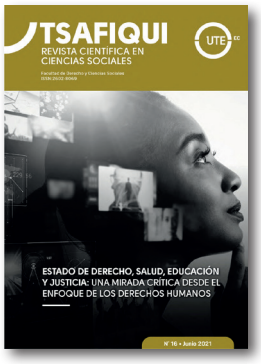
Ley Orgánica del Trabajo Trabajadores y Trabajadoras (LOTTT) Gaceta Oficial 6.076 Extraordinario del 7 de mayo de 2012. Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela.

Ley Orgánica del Trabajo. Legislación Laboral Práctica. Gaceta oficial No. 5152 Extraordinaria del 19 de junio de 1997. (derogada)

Reglamento de la Ley del Trabajo de Venezuela del 31 de diciembre de 1973. (derogado)Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, Gaceta Oficial 38.426 del 28 de abril de 2006.

TSAFIQUI
REVISTA CIENTÍFICA EN
CIENCIAS SOCIALES

TSAFIQUI | Revista Científica en Ciencias Sociales
Nº 16, 2021 | ISSN **1390-5341** - eISSN **2602-8069** | Universidad UTE
www.revistas.ute.edu.ec/index.php/tsafiqui/index



Afectación presupuestaria a las universidades y escuelas politécnicas públicas en la Covid-19: impacto en la realización del derecho a la educación superior y su débil protección

Budgetary impact on universities and public polytechnic schools in Covid -19: impact on the realization of the right to higher education and its weak protection

https://doi.org/10.29019/tsafiqui.v12i16.882

Leonidas Salomón Chiliquinga Castillo
Rina Catalina Pazos Padilla

RESUMEN

La presente investigación examinó la afectación presupuestaria a las universidades y escuelas politécnicas públicas durante el estado de excepción por la emergencia sanitaria de la Covid-19 en Ecuador, en 2020; así como, la activación de vías jurisdiccionales para evitar las restricciones en el uso de los recursos a las instituciones de educación superior públicas. Para esta investigación de carácter cualitativo, se realizó una revisión bibliográfica y documental, que incluye normativa nacional e internacional, tomando sentencias de la Corte Constitucional, autores relevantes, entre otras fuentes. Se evidenció que el presupuesto para la educación se afectó debido a las decisiones estatales antes y durante la pandemia, reduciendo las posibilidades de lograr la plena realización del derecho a la educación superior gratuita y de calidad. También se analiza la decisión de la Corte Constitucional frente a las acciones planteadas por distintos actores para frenar y revertir las restricciones y disminución del presupuesto universitario durante la pandemia. Se concluye que existe un amplio desarrollo normativo a nivel nacional sobre el derecho a la educación superior, que supera el cumplimiento de los tratados internacionales, incluyendo recursos preasignados para el financiamiento de la educación superior, además, se prevé vías de exigibilidad del derecho. No obstante, el reconocimiento formal no es suficiente para la plena satisfacción del derecho; además, las vías jurisdiccionales de protección activadas durante la pandemia no lograron evitar la disminución de recursos públicos, resultando poco efectivos para proteger al sistema de educación superior público e indirectamente al derecho a la educación superior.

ABSTRACT

This research examined the budgetary impact on Ecuadorian universities during the state of emergency due COVID-19 in 2020, as well as jurisdictional proceedings displayed in order to avoid restrictions on the expenditure on higher education institutions. For this qualitative research, a bibliographic and documentary review was addressed, which includes national and international regulations, taking into account judgments of the Constitutional Court, relevant authors, among other sources. It was shown that the budget for education was affected by governmental decisions before and during the pandemic, reducing the possibilities of fulfilling the right of free and quality higher education. The decision from the Constitutional Court to the actions proposed by different actors to arrest and reverse the restrictions and reduction of the university budget during the pandemic is also analyzed. It was concluded that there is an extensive normative development at the national level on the right to higher education that even exceeds compliance with international treaties including earmarked resources for the financing of higher education and enforceability of this right. However, formal recognition is not enough to fully satisfy the right; furthermore, the jurisdictional protection proceeding displayed during the pandemic failed to prevent the decrease in public resources being ineffective to protect the public higher education system and indirectly the right to higher education.

PALABRAS CLAVE | KEYWORDS

Derechos económicos, sociales y culturales, derecho a la educación, educación, universidades, Covid-19, política económica.
Economic, social and cultural rights, education rights, education, universities, COVID-19, economic politics.

CC BY

Recibido: 01/04/21 - **Aceptado:** 27/05/21 - **Publicado:** 01/06/21 | Páginas: 29-40

INTRODUCCIÓN

La pandemia provocada por la Covid-19 ha golpeado fuertemente a la economía mundial. Los Estados afrontan una crisis sanitaria, económica y social sin precedentes con serias repercusiones en los derechos humanos, entre ellos los países en vías de desarrollo sufren las consecuencias más devastadoras. El derecho a la educación superior es uno de los derechos afectados (Gurukkal, 2020), a pesar de estar contemplado en distintos instrumentos internacionales suscritos y ratificados por el Ecuador, así como en la Constitución del Ecuador.

El Gobierno nacional en respuesta a la emergencia sanitaria y a las dificultades económicas modificó el presupuesto público para 2020. En este trabajo se plantea un análisis crítico sobre cómo esas decisiones impactaron negativamente en los presupuestos universitarios al reducirlos, su relación con la afectación al ejercicio del derecho a la educación superior pública, antes y durante la pandemia, y los mecanismos jurisdiccionales constitucionales para proteger el derecho a la educación superior en cuanto derecho económico, social y cultural (DESC).

El presente estudio describe y analiza la afectación presupuestaria a las universidades y escuelas politécnicas públicas del Ecuador durante la Covid-19, enfatizando en su impacto en la realización del derecho a la educación superior y su débil protección. El primero de ellos aborda el análisis de distintos instrumentos internacionales y nacionales, como el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC); el Protocolo de San Salvador y otras normas específicas de estos tratados internacionales. A nivel nacional, se incorpora la Constitución de la República del Ecuador de 2008 y la Ley Orgánica de Educación Superior (LOES).

En segunda instancia se analizan los desafíos del derecho a la educación superior en el contexto de la pandemia y las respuestas del Gobierno ecuatoriano frente a la crisis. El tercer tema abordado responde a las afectaciones presupuestarias para la educación superior en Ecuador como consecuencia de las decisiones gubernamentales adoptadas. En un último momento se desarrolla el uso de los mecanismos jurisdiccionales en el ámbito constitucional para la protección del derecho a la educación superior, por medio de los cuales se plantearon posibles violaciones a este derecho como efecto de la disminución de los presupuestos de las universidades y escuelas politécnicas públicas. Finalmente, los cuatro ejes temáticos se integran en un debate en la discusión, principalmente referido a los mecanismos jurisdiccionales de protección activados que intervinieron en la posible rebaja de la asignación de recursos públicos, resultando poco efectivos para proteger al sistema de educación superior público e indirectamente al derecho a la educación superior.

MATERIALES Y MÉTODOS

Para el desarrollo de este trabajo cualitativo se utiliza el método analítico sintético a través de la revisión documental de fuentes primarias (normativa, documentos oficiales y sentencias) sobre el derecho a la educación superior; y, de fuentes secundarias (bibliografía especializada e informes de organismos de derechos humanos y educación superior). A partir de estos materiales se busca dar un marco de referencia sobre el contenido del derecho a la educación superior en Ecuador y las obligaciones estatales, para efectuar un análisis sobre las posibles afectaciones al derecho, a través de las medidas gubernamentales sobre los recursos para la educación superior. Así también se revisará la respuesta de la justicia constitucional como medio de protección del derecho.

Con este propósito, entre la normativa internacional se ha seleccionado los tratados internacionales de derechos humanos que el Ecuador ha suscrito y ha ratificado, esto es el PIDESC y el Protocolo de San Salvador, así como otros instrumentos internacionales relativos al derecho a la educación. En el caso de la normativa nacional se ha seleccionado la Constitución de la República del Ecuador, que en su parte dogmática reconoce el derecho a la educación superior gratuita y de calidad; la LOES que desarrolla este derecho y define con precisión las obligaciones estatales para su garantía; así como otras leyes que regulan la actividad pública. En cuanto a los documentos oficiales, se trabajará con la información y las decisiones tomadas por el Ministerio de Finanzas en cuanto al presupuesto de las universidades y escuelas politécnicas públicas durante el año 2020 y pronunciamientos de la Asamblea del Sistema de Educación Superior del Ecuador en torno a esta temática. Además, se ha identificado dos sentencias expedidas por la Corte Constitucional durante la pandemia sobre la reducción y limitaciones presupuestarias al sistema público de educación superior, a fin de analizar la efectividad del sistema de protección del derecho durante la pandemia de la Covid-19.

Respecto a las fuentes secundarias, el análisis se apoya en autores que han realizado trabajos teóricos sobre los derechos humanos y fundamentales en general y su protección; así como autores que han aportado a la conceptualización del derecho a la educación superior y sus elementos: Finalmente, el trabajo se apoya en informes y comentarios de organismos como la Unesco, CEPAL y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC), que aportan en el alcance del derecho a la educación superior; así como, el estado y recomendaciones en tiempos de Covid-19.

DERECHO A LA EDUCACIÓN SUPERIOR EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES Y EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO: ALCANCES Y OBLIGACIONES

En términos teóricos el derecho a la educación superior forma parte de los denominados DESC. Esta categoría de derechos humanos, al igual que otras, conforme señala Miranda (1986) se fundamenta en la dignidad humana, pero, adicionalmente, parte del reconocimiento de las desigualdades producidas por las estructuras sociales, económicas y culturales, y se orienta a su superación con el propósito de alcanzar el mayor grado de igualdad material posible. Así, la educación superior como un derecho aporta en la construcción de capacidades, en el sentido dado al término por Amartya Sen (2005) y Martha Nussbaum (2006), es decir que brinda un conjunto de oportunidades y libertades a las personas para que sean capaces de hacer y ser.

En el ámbito jurídico, el derecho a la educación, en general, y a la educación superior, en particular, como un subderecho (Serrano y Vásquez, 2013), se encuentran reconocidos en el ordenamiento jurídico, tanto a nivel internacional como nacional ecuatoriano. En el ámbito internacional, este derecho forma parte de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el PIDESC y el Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos, conocido como el Protocolo de San Salvador. El Ecuador es suscriptor y ha ratificado los instrumentos mencionados, aunque, son los dos últimos señalados los que, conforme al principio *Pacta sunt servanda*, tienen fuerza vinculante, pues la validez de sus normas se asienta en la costumbre internacional (Kelsen, 1976; Nino, 2003).

El PIDESC reconoce el derecho de las personas a la educación y plantea como su objetivo, el pleno desarrollo de la personalidad, la dignidad humana, la formación para el respeto a los derechos humanos y la participación en una sociedad libre y tolerante. Según esta norma, el derecho a la educación comprende: a) la obligatoriedad y gratuidad de la enseñanza primaria, b) la accesibilidad y progresiva gratuidad de la educación secundaria, c) la accesibilidad y progresiva gratuidad de la educación superior. Para lograr esta accesibilidad el mismo artículo plantea que es necesario la implementación de un sistema adecuado de becas y mejorar las condiciones de los profesores. Con ello se pretende la eliminación de barreras económicas para el acceso, así como la mejora de la calidad (ONU, 1976, art. 13).

Esta disposición fue desarrollada por medio de la Observación General n.º 13 emitida por el CDESC de las Naciones Unidas. En primer lugar, el órgano considera que los Estados deben velar para que la educación cumpla con los propósitos establecidos en el párr.. 1 del art. 13 del PIDESC, esto es, el pleno desarrollo de la personalidad humana, el sentido de dignidad, el respeto a la los derechos humanos, capacitar a las personas para que participen en una sociedad libre, fomentar el mantenimiento de la paz, la tolerancia, la comprensión y la amistad de las naciones; además, de procurar la igualdad entre los sexos y el respeto por el medio ambiente (ONU, 1999). Estos dos últimos coinciden con desarrollos efectuados por otros instrumentos de derechos humanos[1] tales como el art. 1 de la Declaración Mundial sobre Educación para Todos, el párr. 1 del art. 29 de la Convención sobre los Derechos del Niño, la parte I, párr. 22 y parte II, párr. 80 de la Declaración y Plan de Acción de Viena y el párrafo 2 del Plan de Acción para el decenio de las Naciones Unidas para la educación en la esfera de los derechos humanos (CDESC, 1999).

En segundo lugar, determina cuatro características que la educación debe cumplir para la garantía del derecho entre ellas: a) disponibilidad, que comprende la existencia de instituciones, infraestructura, instalaciones sanitarias, docentes calificados y bien remunerados, bibliotecas, tecnologías de la información entre otros ele-

1 Artículo 1 de la Declaración Mundial sobre Educación para Todos; párr. 1 del art. 29 de la Convención sobre los Derechos del Niño; parte I, párrafo 22 y parte II, párr. 80 de la Declaración y Plan de Acción de Viena; y párr. 2 del Plan de Acción para el decenio de las Naciones Unidas para la educación en la esfera de los derechos humanos.

mentos que permitan gozar del derecho a la educación; b) accesibilidad, que cuenta con tres dimensiones, la no discriminación por alguno de los motivos prohibidos en el mismos PIDESC, la accesibilidad material, que implica que las instituciones deben encontrarse en el territorio o deben ser accesibles a través de tecnologías de la información; y, la accesibilidad económica que tiene que ver con la superación de las barreras económicas por los medios establecidos en el párrafo 2 del artículo 13, diferenciando entre la gratuidad de la educación primaria y la implantación gradual de la gratuidad en la educación secundaria y superior; y, c) aceptabilidad, reflejada en que los contenidos y métodos sean pertinentes y culturalmente adecuados (CDESC, 1999).

Las obligaciones generales del Estado, en relación con los DESC, atraviesan el contenido del derecho a la educación. Una de estas obligaciones es tomar medidas adecuadas usando el máximo de recursos que disponga (ONU, 1976, art. 2; OEA, 1999, art. 1). Estos recursos, conforme a los Principios de Limburgo[2] incluyen los de carácter nacional y de la cooperación internacional, así como otros de naturaleza no financiera como los recursos humanos, naturales y técnicos (Robertson, 1994). No obstante, los recursos financieros nacionales siguen siendo de central importancia para la satisfacción de este tipo de derechos, por lo que la priorización de la inversión y gasto público debe contemplar el cumplimiento de las obligaciones internacionales en materia de DESC. En esta línea, el CDESC (2007) para evaluar el cumplimiento de esta obligación planteó algunos criterios a observar: 1) las decisiones de los Estados de no disponer de los recursos de acuerdo con los estándares internacionales de derechos humanos, 2) las medidas no deben ser discriminatorias o arbitrarias, 3) en caso de que existan varias opciones de política pública a adoptar, se debe escoger aquella que menos restrinja los DESC, 4) las medidas deben considerar la situación precaria de desventaja y marginalización individual o grupal.

A nivel nacional, la Constitución reconoce este derecho. De manera específica, establece el deber del Estado de garantizar el goce del derecho a la educación sin discriminación alguna, siendo concebida la educación como un derecho de las personas a lo largo de su vida y un deber ineludible e inexcusable del Estado. Constituye un área prioritaria de la política pública y de la inversión estatal, garantía de la igualdad e inclusión social y condición indispensable para el buen vivir, y en su proceso debe participar la sociedad en su conjunto. (CRE, 2008, arts. 3, 26).

Siendo la educación centrada en el ser humano y garantista del desarrollo holístico, en el marco de los derechos humanos y de la naturaleza, es de carácter participativa, obligatoria, intercultural, democrática, incluyente y diversa, de calidad y calidez, con enfoque de género, justicia, solidaridad y paz. Estimula el sentido crítico, el arte y la cultura física, la iniciativa individual y comunitaria, y el desarrollo de competencias y capacidades para crear y trabajar (CRE, 2008, art. 27).

En este sentido, "la educación es indispensable para el conocimiento, el ejercicio de los derechos y la construcción de un país soberano y constituye un eje estratégico para el desarrollo nacional" (CRE, 2008, art. 27). La educación debe responder al interés público, y no a intereses individuales y corporativos, garantizando su acceso universal, permanencia, movilidad y egreso sin discriminación alguna (CRE, 2008, art. 28). La educación pública entonces es concebida como universal y laica en todos sus niveles, y gratuita hasta el tercer nivel de educación superior.

El sistema de educación superior en Ecuador está integrado por universidades y escuelas politécnicas; institutos superiores técnicos, tecnológicos y pedagógicos; y conservatorios de música y artes, debidamente acreditados y evaluados (CRE, 2008, art. 352) por los órganos rectores que actualmente son el Consejo de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Superior (CACES) y el Consejo de Educación Superior (CES).

Es tal la importancia de la educación superior en el contexto del desarrollo nacional que, junto con la salud, la investigación, ciencia, tecnología e innovación, la educación y los gobiernos autónomos descentralizados, son los únicos sectores en los cuales se contempla la preasignación presupuestaria (CRE, 2020, art. 298).

Los mandatos constitucionales indicados en los párrafos precedentes son desarrollados en la LOES que establece los fines de la educación superior, recalcando su carácter humanista, intercultural y científico, y que constituye un derecho de las personas, así como un bien público social que no estará al servicio de intereses individuales y corporativos (LOES, 2010, art. 3).

En este sentido, la ley ratifica el precepto constitucional por el cual se establece que el derecho a la educación superior consiste en el efectivo ejercicio de la igualdad de oportunidades, en función de la meritocracia, para acceder a una formación académica y profesional (LOES, 2010, art. 4).

2 Estos principios tienen como propósito aportar en la interpretación y aplicación del PIDESC; fueron adoptados en la ciudad de Maastricht en 1986 por un grupo de 29 expertos de distintos países y organizaciones internacionales. El Consejo Económico y Social recogió los Principios de Limburgo en el documento E/C.12/2000/13 de 2 de octubre de 2000.

Este desarrollo normativo nacional en Ecuador, así como la definición de la institucionalidad y mecanismos de protección forman parte del avance paulatino en el reconocimiento y la protección del derecho a la educación superior en países de diversos sistemas jurídicos y regiones geopolíticas (Ortiz, 2006) que fortalece, con la práctica estatal, su carácter como derecho humano.

DESAFÍOS FRENTE AL DERECHO A LA EDUCACIÓN SUPERIOR EN EL CONTEXTO DE LA PANDEMIA COVID-19

A nivel mundial, en el primer trimestre de 2020, los establecimientos educativos suspendieron sus actividades presenciales a causa de la Covid-19. Los efectos de la pandemia han generado una crisis sistémica global, frente a la cual, los Estados han reaccionado con distintos niveles de eficacia.

Una de las aristas de la crisis se relaciona con la satisfacción del derecho a la educación superior. El Instituto Internacional para la Educación Superior en América Latina y el Caribe (IESALC) (2020) expidió un informe sobre la situación de la educación superior en el contexto de la pandemia Covid-19, en el que realiza un diagnóstico de las dificultades que la educación superior enfrenta en la pandemia. Entre los hallazgos señala que, a causa del cese de las actividades presenciales, el estudiantado universitario y quienes están culminando el bachillerato se encuentran en una situación de incertidumbre en torno a la continuidad o acceso a la educación superior. Además, la crisis económica también pone en duda la capacidad de soportar la carga financiera de las familias para continuar o acceder a los estudios superiores. Otro aspecto detectado es que la suspensión de las actividades presenciales ha causado una disrupción en el funcionamiento de las instituciones, lo cual pone en riesgo la capacidad de continuar la actividad académica y su sostenibilidad. Frente a ello, este mismo organismo plantea algunos principios y recomendaciones para la adopción de políticas orientadas a enfrentar los desafíos de la crisis.

Entre los principios se señala que las políticas a implementarse deben tener como primera prioridad, asegurar el derecho a la educación de todas las personas con igualdad de oportunidades y no discriminación. Esto implica no dejar a ningún estudiante atrás, considerando que la crisis ha profundizado y creado nuevas desigualdades. En ese marco recomienda a los gobiernos, entre otros aspectos, "forjar un consenso nacional para una estrategia de fomento de la recuperación y de la innovación de la educación superior" (IESALC, 2020, p. 11). A la par, recomienda a las instituciones de educación superior, prever que la suspensión de la presencialidad será de larga duración y, por lo tanto, asegurar la continuidad de los estudios, diseñar medidas pedagógicas que apoyen el aprendizaje de estudiantes en situación de desventaja, escalar la digitalización, hibridación y aprendizaje ubicuo y promover una reflexión en torno a la renovación de la enseñanza aprendizaje.

Muchas de estas recomendaciones, que apelan a la capacidad y voluntad de trabajar e innovar en conjunto entre el Estado y las instituciones de educación superior para garantizar el derecho a la educación superior, requieren indispensablemente contar con recursos presupuestarios. No obstante, el Instituto Internacional de Planeamiento de la Educación de la Unesco (IIPE) (2020) sostiene que, en términos de financiamiento de la educación, la pandemia provocará disminución de la inversión en educación con un alto costo; así como una reducción de recursos en este sector, en el futuro. Frente a ello, CEPAL y nesco (2020) señalan que es necesario salvaguardar y priorizar el financiamiento del sector educativo para proteger los sistemas de educación nacionales del incremento de las desigualdades, tanto en el acceso como en el aprendizaje, y garantizar el derecho a la educación como derecho humano fundamental considerando además su potencial para contribuir en la recuperación social.

Lo señalado da cuenta de la importancia del financiamiento para lograr superar los desafíos que la pandemia ha conllevado en el campo de la educación superior y, por tanto, permitir que el estudiantado universitario y quienes están por graduarse del bachillerato accedan a la educación superior, sin discriminación alguna, particularmente por falta de disponibilidad de los servicios educativos, medios tecnológicos, barreras económicas, entre otras. Además, lograr la adaptación de la educación a las modalidades híbrida o virtual, cumpliendo con estándares de calidad que garanticen los resultados de aprendizaje y perfil de egreso de las y los profesionales, implica un gran esfuerzo de trabajo y recursos económicos de las instituciones educativas para desarrollar rápidamente competencias digitales en el profesorado y el estudiantado, así como, la implementación de plataformas tecnológicas para la enseñanza aprendizaje, implementar metodologías adecuadas a la modalidad híbrida o virtual, y la automatización de sus procesos administrativos, entre otros aspectos.

En tal sentido, dado que, desde la perspectiva de los tratados internacionales de derechos humanos, los Estados son los obligados a respetar, proteger y realizar el derecho a la educación, estos deben establecer políticas públicas y financiamiento para tal propósito.

AFECTACIONES PRESUPUESTARIAS PARA LA EDUCACIÓN SUPERIOR EN ECUADOR

El presupuesto para las instituciones de educación superior públicas creció significativamente entre 2016 y 2018, no obstante, a partir de 2019, la inversión pública en este sector se redujo considerablemente, llegando a su punto más crítico durante la pandemia como se muestra en la Tabla 1.

Tabla 1. Asignaciones presupuestarias a Universidades y Escuelas Politécnicas Públicas del Ecuador periodo 2016-2020

2016	2017	2018	2019	2020
USD 1 412 356 265	USD 1 399 889 180	USD 1 437 635 929	USD 1 424 199 069	USD 1 246 167 854

Nota. Ministerio de Finanzas (2020); Observatorio del Gasto Público; (2020). Los datos presentados corresponden a la asignación presupuestaria para cada año. Es decir, el dato 2020 corresponde a la asignación realizada previa a la pandemia. Se incluyen 31 universidades y escuelas politécnicas sin considerarse al Instituto de Altos Estudios Nacionales (IAEN).

Con la declaratoria de estado de excepción por calamidad pública, el Ministerio de Economía y Finanzas (2020a y 2020b) emitió las directrices presupuestarias para el segundo trimestre del ejercicio fiscal 2020 que debían ser implementadas por todas las entidades que conforman el sector público. Esta acción supuso una disminución al presupuesto de las instituciones de educación superior públicas asignado en la proforma presupuestaria para el 2020. El 1 de mayo de 2020, el Ministerio de Economía y Finanzas aplicó un ajuste al presupuesto de cada institución de educación superior pública, reduciéndolo en alrededor del 10 %. Las partidas presupuestarias afectadas fueron las del pago de remuneraciones y honorarios profesionales del personal.

Cabe señalar que el presupuesto de 2020 ya había decrecido con relación al 2019 en 178 millones de dólares antes de la pandemia y esta nueva decisión gubernamental produjo que la diferencia negativa en el presupuesto para la educación superior entre los dos años sea de 274 millones de dólares (Asamblea del Sistema de Educación Superior Ecuatoriano, 2020; Ministerio de Finanzas, 2020c; Observatorio del Gasto Público, 2020). Además, las directrices presupuestarias limitaron el uso de los recursos de las universidades y escuelas politécnicas públicas, bajo el principio de autonomía universitaria, principalmente, por medio de restricciones al gasto en personal, negando la posibilidad de contratar nuevo profesorado y obligando a terminar los contratos de servicios ocasionales y nombramientos provisionales existentes.

Si se considera que las universidades y escuelas politécnicas son entidades centradas en el talento humano, es decir, la docencia e investigación, la restricción presupuestaria gubernamental agrede al corazón del sistema de educación superior público, en un contexto ya adverso para la satisfacción del derecho a la educación superior, que supone un impacto negativo en la accesibilidad, adaptabilidad y aceptabilidad de la educación como elementos del derecho. En este mismo sentido, la Asamblea del Sistema de Educación Superior del Ecuador (ASESEC) (2020a y 2020b) advirtió sobre las graves consecuencias que el recorte puede traer al sistema de educación, perjudicando a las funciones sustantivas de la educación superior, principalmente a la docencia e investigación, por la imposibilidad de disponer de personal necesario para el desarrollo de las actividades académicas, afectando así a miles de estudiantes. Esta afectación reportada por 32 universidades y escuelas politécnicas asciende a 96 775 584 dólares de los Estados Unidos de América (ASESEC,2020).

Es preciso indicar que el Gobierno nacional, a través de un comunicado oficial del4 de mayo de 2020 emitido por la Secretaría de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación, indicó que el justificativo de esta reducción se debe a que la educación superior pública se financia con un porcentaje de recursos de la recaudación del IVA y del Impuesto a la Renta (Ley que crea el Fondo Permanente de Desarrollo Universitario y Politécnico, 1996, lits. b y c del art. 1) y que; si estos disminuyen, el presupuesto se actualizará. Así la reducción al presupuesto

de las instituciones de educación superior públicas se veía temporal como resultado de la afectación económica que tuvo el Ecuador producto de la pandemia. Sin embargo, el presidente de la república, basándose en sus atribuciones exclusivas para presentar proyectos de ley con el carácter de económicos urgentes presentó ante la Asamblea Nacional el denominado *proyecto de Ley Orgánica para el Ordenamiento de las Finanzas Públicas (LOOOFP)*, en el que finalmente, luego de su tratamiento legislativo se aprobó una modificación al art. 107 referente a los presupuestos prorrogados en el que se estableció que hasta que se apruebe el Presupuesto General del Estado del año en que se posesiona la o el presidente de la república regirá el presupuesto codificado al 31 de diciembre del año anterior (LOOOFP, 2020, art. 24).

Aunque efectivamente el financiamiento de universidades y escuelas politécnicas se encuentra previsto en la Ley del Fondo Permanente de Universidades y Escuelas Politécnicas, el cual está condicionado a las recaudaciones tributarias, existe la posibilidad de que el Estado complemente tal financiamiento con otras fuentes, puesto que es su responsabilidad y obligación garantizar el derecho a la educación. Aún más, en un contexto en el que las afectaciones económicas de las familias disminuyen su capacidad adquisitiva produciendo una presión mayor en los sistemas educativos públicos.

En ese contexto, el Estado debe diseñar políticas públicas y destinar los recursos que ayuden a disminuir las afectaciones de la pandemia, y así brindar oportunidades a las y los jóvenes para acceder, continuar y concluir sus estudios superiores. Para cumplir con esa obligación debe proveer a las instituciones educativas de infraestructura tecnológica y capacitar al talento humano para migrar a la modalidad en línea y no paralizar las actividades, tomando en consideración que una gran cantidad de la población no cuenta con acceso a internet para continuar sus estudios en esa modalidad.

Además, a pesar de que a la fecha no se conocen con precisión los efectos de la pandemia sobre la calidad de la educación superior en Ecuador, es posible inferir que, además de las condiciones globales derivadas de la Covid-19, las afectaciones reportadas por las universidades y escuelas politécnicas públicas, como resultado de las decisiones gubernamentales, han impactado negativamente en esta dimensión.

USO DE LOS MECANISMOS JURISDICCIONALES PARA LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN SUPERIOR

Entre los mecanismos idóneos para la protección de los derechos fundamentales se encuentran las vías jurisdiccionales por medio de las cuales es posible exigir que cese la violación o que se satisfaga un derecho (Hachem, 2019) también estas vías abonan en la delimitación del núcleo intangible de los derechos (Carbonell, 2005). Lo que en palabras de Ferrajoli (Pisarello, 2001) se denomina fortalecimiento de las garantías secundarias para proteger los derechos fundamentales. Optando por estos caminos, a partir del 20 de mayo de 2020 se presentaron varias acciones jurisdiccionales de control constitucional cuyo objeto fueron las decisiones gubernamentales que afectaron el presupuesto de las universidades y escuelas politécnicas públicas.

El fundamento principal de estas acciones fue que tanto las circulares como los recortes en los sistemas financieros de las IES públicas realizados por el Ministerio de Economía y Finanzas incumplieron, principalmente, el num. 3 del Dictamen 1-20-EE/20 que declaró la constitucionalidad del estado de excepción dispuesto por el presidente de la república a causa de la pandemia y que hacía referencia a que cualquier medida tomada, en el marco del estado de excepción, se la deberá realizar mediante decreto ejecutivo, alegando además el incumplimiento del num. 2 del art. 165 de la Constitución que permite al presidente de la república usar los fondos públicos, excepto los correspondientes a salud y educación. La Corte Constitucional, resolvió desestimar estas demandas bajo el argumento de que emitir directrices presupuestarias es una medida ordinaria que se ajusta a los criterios de pertinencia y oportunidad que considere el ente rector del Sistema Nacional de Finanzas Públicas (Sentencia n.º 34-20-IS y acumulados, 31 de agosto de 2020, punto 121) precisando además que las modificaciones presupuestarias realizadas a las universidades públicas a través del Sistema de Administración Financiera e-SIGEF, en cuanto al Dictamen 1-20-EE/20 no revisten una medida excepcional que requiera efectuarse a través de decreto ejecutivo, pues se realizaron en ejercicio de una atribución del régimen constitucional y legal ordinario de competencia del Ministerio de Economía y Finanzas (Sentencia n.º 34-20-IS y acumulados, 31 de agosto de 2020, punto 144).

Paralelamente, el 20 de mayo de 2020, un grupo de docentes de la Universidad Central del Ecuador, propusieron una nueva demanda, esta vez presentando una acción pública de inconstitucionalidad por la forma y por el fondo de las circulares del Ministerio de Economía y Finanzas, y adicionalmente en contra de la reforma a la normativa transitoria[3] del CES para el desarrollo de actividades académicas en las instituciones de educación superior, debido al estado de excepción decretado por la emergencia sanitaria ocasionada por la pandemia de Covid-19.

En este caso la Corte Constitucional (2020b, parte resolutiva, punto 1) resolvió declarar la inconstitucionalidad de la Circular n.º MEF-VGF-2020-0003-C, de 16 de abril de 2020, exclusivamente en relación con las medidas aplicables a las universidades y escuelas politécnicas públicas. Esto es con relación a los procesos sustantivos de la educación superior como la contratación de personal docente y académico, las actividades de docencia, de investigación y de vinculación con la colectividad, y de la misma manera procedió a declarar la inconstitucionalidad del artículo único numerales 1, 2 y 5 de la Resolución n.º RPC-SO-012-No.238-2020 del CES que aumentaba de manera injustificada la carga horaria semanal del personal académico; así como la limitación a la contratación exclusiva del personal académico ocasional, solamente bajo la escala de auxiliar, por no garantizar el mejoramiento pedagógico y académico del personal docente de todos los niveles educativos, establecido en el art. 349 de la Constitución (CCE, 2020b, parte resolutiva, punto 3).

En esta sentencia se identifican algunas consecuencias de los actos públicos declarados inconstitucionales, entre ellas la afectación al personal académico y administrativo, a las actividades académicas y a otros aspectos financieros y administrativos. En lo que respecta al personal académico y administrativo, se identifica que algunas instituciones tuvieron dificultades para efectuar nuevas contrataciones;[4] mientras que otras se vieron obligadas a realizar desvinculaciones en su planta docente.

En este mismo sentido, otro impacto suscitado se dio con respecto a la modificación de la dedicación, de tiempo completo a medio tiempo o tiempo parcial y la reducción salarial que ello implica.[5] En otros casos, se paralizaron los procesos de recategorización docente.[6] En cuanto a las actividades académicas, el incremento a las horas de docencia afectó el tiempo dedicado a la investigación, a la ejecución de posgrados y actividades de vinculación.[7] A este aspecto se suman el retraso del inicio de clases ante la falta de recursos necesarios y el incremento de estudiantes por paralelo,[8] identificándose que en algunos casos este sobrepasa los 60 asistentes,[9] disminuyendo sustancialmente la calidad.

En lo que respecta a otros aspectos financieros y administrativos, se imposibilitó la compra de paquetes informáticos necesarios en el contexto de la migración a la modalidad en línea,[10] la suspensión de obras de infraestructura;[11] la afectación a becas y ayudas económicas e incluso el posible cierre de sedes, carreras y programas,[12] lo cual incide negativamente en el acceso a la educación superior (CCE, 2020b, punto 62, Informes de las instituciones de educación superior IES; Asamblea del Sistema de Educación Superior Ecuatoriano, 2020).

Finalmente, es de gran importancia resaltar que esta sentencia puso nuevos límites y requisitos para las decisiones venideras del Ministerio de Economía y Finanzas y del CES:

3 Resolución n.º RPC–SO-012 -No.238-2020, expedida por el Consejo de Educación Superior, el 6 de mayo de 2020.

4 De acuerdo a la Sentencia n.º 9-20-IA/20 y al informe presentado por las IES: Escuela Politécnica Nacional, Escuela Superior Politécnica del Litoral, Universidad Agraria del Ecuador, Universidad Nacional de Loja, Universidad Politécnica Estatal del Carchi, Universidad Estatal del Sur de Manabí, Universidad Estatal de Bolívar, Universidad Técnica de Babahoyo, Universidad Técnica de Machala y Universidad Técnica del Norte.

5 De acuerdo a la Sentencia n.º 9-20-IA/20 y al informe presentado por las IES: Universidad Agraria del Ecuador, Escuela Superior Politécnica del Litoral, Universidad de Cuenca y Universidad Nacional del Chimborazo.

6 De acuerdo a la Sentencia n.º 9-20-IA/20 y al informe presentado por las IES: Universidad Central del Ecuador.

7 De acuerdo a la Sentencia n.º 9-20-IA/20 y al informe presentado por las IES: Universidad Agraria del Ecuador, Universidad Central del Ecuador, Universidad Estatal de Bolívar, Universidad Nacional de Educación y Universidad Técnica del Norte.

8 De acuerdo a la Sentencia n.º 9-20-IA/20 y al informe presentado por las IES: Escuela Superior Politécnica del Litoral, Universidad de Investigación de Tecnología Experimental Yachay y Universidad Central del Ecuador.

9 De acuerdo a la Sentencia n.º 9-20-IA/20 y al informe presentado por las IES: Universidad Central del Ecuador.

10 De acuerdo a la Sentencia n.º 9-20-IA/20 y al informe presentado por las IES: Universidad Técnica del Norte.

11 De acuerdo a la Sentencia n.º 9-20-IA/20 y al informe presentado por las IES: Universidad Estatal de Bolívar.

12 De acuerdo a la Sentencia n.º 9-20-IA/20 y al informe presentado por las IES: Escuela Politécnica del Chimborazo.

> [...] cualquier forma de racionalización del gasto, optimización fiscal o reprogramación presupuestaria aplicable a las instituciones de educación superior públicas:
>
> a. Deben considerar primariamente la autonomía universitaria, la calidad de la educación superior y las especificidades de las IES públicas expresadas en esta sentencia.
>
> b. Deben realizarse de manera coordinada, participativa y de ser posible consensuada con los diversos actores del sistema de educación superior.
>
> En este sentido, quedan proscritas aquellas medidas que impidan, de manera unilateral e inconsulta, la contratación de profesores y la adquisición de ciertos bienes y servicios indispensables para el ejercicio del derecho a la educación en el nivel superior.
>
> c. Deben observar el principio de progresividad, no transgredir la prohibición de regresividad y abstenerse de afectar los procesos sustantivos de la educación superior.
>
> d. No deben anular las garantías de mejoramiento pedagógico y académico del personal de las IES públicas (CCE, 2020b, parte resolutiva, punto 4).

Es preciso indicar que esta sentencia apoya su argumentación en el principio de autonomía universitaria, consagrado a nivel constitucional, particularmente respecto a su dimensión financiera (Pazos, 2015), reconociendo que la autonomía se constituye como un medio para la garantía del derecho a la educación superior (Unesco, 1997). Esto impedirá que en el futuro el Ministerio de Economía y Finanzas ejerza arbitrariamente su atribución de modificar el Presupuesto General del Estado en un 15 % en relación con las cifras aprobadas por la Asamblea Nacional (Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, 2010, art. 74, nums. 6, 7, 10), en lo que concierne a los presupuestos de las universidades y escuelas politécnicas públicas y deberá observar los criterios definidos en la sentencia para la optimización de recursos.

Aunque, tales reglas constituyen un avance y desarrollo del principio constitucional de la autonomía universitaria al establecer límites a la Función Ejecutiva con contornos más definidos para interferir en las finanzas universitarias, al mismo tiempo resultan insuficientes, porque reconocen que la Función Ejecutiva sí tendría capacidad para recortar el presupuesto universitario, aceptando de esta manera cualquier disminución unilateral efectuada en el pasado. Además, aunque la sentencia establece una conexión entre las directrices del Ministerio de Economía y Finanzas y la disminución presupuestaria de las universidades y escuelas politécnicas ejecutada durante la pandemia, esta no fue objeto del control abstracto de constitucionalidad, por lo que las instituciones no han recuperado los recursos.

Aclarando que no es objeto de este trabajo referirse a cuestiones procesales en materia constitucional ni determinar la corrección en la actuación de la Corte Constitucional o de los accionantes, es preciso señalar que tanto las acciones planteadas como las sentencias respectivas plantean su argumentación desde la perspectiva de las garantías institucionales (Schmitt, 1958), en este caso, la autonomía universitaria que constituye una conquista histórica que otorga un espacio de poder a las instituciones universitarias con finalidades concretas (Pazos, 2015). Una de estas finalidades es la realización del derecho a la educación superior; no obstante, esta no se expresa con claridad en las sentencias ni tampoco logra ese efecto, pues al limitarse a establecer reglas para el futuro, compromete la situación actual del derecho de las y los jóvenes universitarios y de quienes van a graduarse del bachillerato.

Por otro lado, no existe registro de que se hayan iniciado acciones tendientes a obtener la protección del derecho a la educación superior de manera individual o colectiva. No es posible inferir que por la ausencia de acciones no exista vulneración en estas dimensiones, una posible respuesta se asienta en el débil empoderamiento de las personas sobre sus derechos, en la aún latente creencia de que los derechos exigibles por la vía judicial son solo los derechos civiles y políticos (DCP) y por tanto, la subordinación práctica de los DESC, a pesar que tanto los DCP como DESC son universales, indivisibles e interdependientes y no existe una jerarquía entre ellos.

Quizás es aún temprano para determinar cuantitativamente los efectos de la disminución de los recursos para la educación pública en el derecho a la educación superior, pero sin duda implicarán la exclusión, el incremento de las brechas y desigualdades y una paralización en la senda del desarrollo nacional.

DISCUSIÓN

El Ecuador como Estado plurinacional de derechos y justicia tiene obligaciones amplias y concretas para el respeto, protección y realización del derecho a la educación superior. Esto en virtud de los compromisos internacionales asumidos tanto en el PIDESC como en el Protocolo de San Salvador, desarrollados y delineados en las distintas observaciones generales del CDESC.

Para garantizar la realización del derecho a la educación superior el país se autoimpuso obligaciones inmediatas que rebasan los compromisos internacionales. Una de estas es garantizar la gratuidad de la educación superior en el sistema público. Además, definió un sistema de calidad orientado a la evaluación y mejora constante de este aspecto. De tal forma que, el derecho a la educación superior en Ecuador se caracteriza por la gratuidad (accesibilidad) y la calidad (aceptabilidad).

En este sentido, la realización del derecho requiere imprescindiblemente de recursos financieros que permitan, por un lado, el acceso gratuito hasta el tercer nivel para todas las personas, esto es la posibilidad de ingresar a una institución de educación superior pública y estudiar una carrera profesional sin costo alguno para las personas, observando el principio de responsabilidad académica.

En el contexto de la pandemia, este aspecto deja de centrarse en la accesibilidad territorial y la capacidad física de las instituciones, sino que pasa a enfocarse en la accesibilidad virtual y la capacidad digital de las instituciones, es decir, en que el estudiantado cuente con internet y dispositivos electrónicos. A su vez, en que las instituciones implementen sistemas y plataformas para la educación virtual. Además, tales recursos deben aportar al fortalecimiento de las capacidades de las instituciones para recibir a un número de estudiantes mayor al previsto en condiciones ordinarias, a causa de la migración entre el sistema privado al público o bien en financiar tal educación en el sistema privado.

Por otro lado, los recursos financieros son necesarios para que, en este nuevo escenario de educación virtual, las instituciones se adapten y cumplan estándares de calidad que implican el desarrollo de capacidades antes no previstas, tales como elevar el nivel de las competencias digitales del profesorados y estudiantado, adaptar las competencias metodológicas, definir e implementar modelos de organización de la educación que mitigue los riesgos de la brusca transición a la modalidad virtual.

La reducción en los recursos públicos asignados para 2020 a las instituciones de educación superior pública y las limitaciones a su uso se fundamentan en atribuciones de carácter administrativo del Ministerio de Economía y Finanzas, así como en la aplicación de la Ley del Fondo Permanente de Desarrollo Universitario y Politécnico, a la vez que carece de una justificación desde el enfoque de los derechos humanos. Las decisiones no están motivadas y no consideran los criterios para evaluar el cumplimiento de la obligación estatal de asignar el máximo de los recursos disponibles, puesto que fueron arbitrarias al no respetar el principio de autonomía universitaria reconocido constitucionalmente, no explican si existían otras opciones de política pública a adoptar y por qué razón esta es la que menos restringe el derecho a la educación superior. Tampoco se expone de qué manera se considerará la situación precaria de desventaja y marginalización individual o colectiva que excluye a ciertas personas del goce del derecho a la educación en el contexto pandémico.

Los mecanismos jurisdiccionales de protección del derecho, a pesar de estar claramente establecidos en la Constitución de la República, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y ser en términos teóricos uno de los pilares del Estado constitucional de derechos y justicia, no lograron evitar la reducción de los recursos públicos, aunque sí la limitación arbitraria a su uso por parte de las instituciones de educación superior públicas.

Si bien las vías jurisdiccionales utilizadas (acción de incumplimiento y acción pública de inconstitucionalidad) no constituyen mecanismos de exigibilidad directa del derecho, es esperable que la justicia constitucional logre la protección de los derechos aunque estos no sean reclamados directamente, a través de decisiones que interpreten los hechos y las normas a la luz del desarrollo del contenido de los derechos humanos y las obligaciones estatales efectuado en los distintos instrumentos internacionales sin restringir su actuación a criterios estrictamente formales.

Los efectos de la reducción y limitación del uso de los recursos de las instituciones de educación superior públicas aún no pueden ser medidos objetivamente, dada la carencia de información estadística oficial actualizada sobre acceso y calidad. No obstante, es previsible esperar que una mayor cantidad de personas en edad de realizar

sus estudios superiores, en relación a las cifras previas a la pandemia, no haya logrado ingresar a una universidad o haya abandonado su formación, también es previsible que resultará más difícil para las instituciones de educación superior, el profesorado y estudiantado lograr los resultados de aprendizaje esperados, sobre todo en lo que atañe a las habilidades y destrezas que se adquieren en actividades prácticas que necesitan de laboratorios y espacios físicos para su ejecución.

CONCLUSIONES

El derecho a la educación superior se encuentra ampliamente desarrollado en instrumentos internacionales, así como, en la Constitución de la República del Ecuador y otras normas nacionales. En estas últimas se garantiza la preasignación de recursos por parte del Estado para su efectiva realización. Además, el ordenamiento jurídico ecuatoriano prevé mecanismos de exigibilidad de los DESC y por tanto del derecho a la educación superior. Sin embargo, este reconocimiento formal no es suficiente para la plena satisfacción del derecho, para ello la inversión pública juega un papel central, por tanto, la reducción de los recursos destinados a este campo provoca un deterioro en las condiciones estructurales para que las personas puedan acceder a una educación superior pública gratuita y de calidad.

La pandemia y sus consecuencias en la economía no eximen a los Estados de cumplir sus obligaciones para la realización de los derechos, sino que deben asignar el máximo de los recursos disponibles a ese propósito. En este sentido, los efectos financieros, administrativos y académicos de las medidas presupuestarias adoptadas por el Estado a fin de optimizar el gasto público afectaron y continúan imposibilitando el pleno goce del derecho a la educación superior, particularmente en los aspectos de acceso y calidad. Esto a su vez, abona a la ampliación de brechas y vulnerabilidades que se han intensificado por la presencia de la Covid-19.

Los mecanismos jurisdiccionales de protección activados no lograron restaurar los recursos públicos para las instituciones de educación superior, resultando poco efectivos para proteger al sistema de educación superior público e indirectamente al derecho a la educación superior.

REFERENCIAS

Asamblea del Sistema de Educación Superior Ecuatoriano (2020a). *Comunicación n.° ASESEC-DE-044-2020.*

Asamblea del Sistema de Educación Superior Ecuatoriano (2020b). *Comunicación n.° ASESEC-DE-030-2020.*

Asamblea General de las Naciones Unidas (1996). *Plan de Acción para el decenio de las Naciones Unidas para la educación en la esfera de los derechos humanos. A/51/506/Add.1*. https://bit.ly/3lbHKmr

Carbonell, M. (2005). "La garantía de los derechos sociales". en Carbonell, M. y Salazar, P. (Eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, (p. 175). Trotta.

CEPAL-UNESCO (2020). *La educación en tiempos de la pandemia de COVID-19*. https://bit.ly/3rzdTH3

Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas [COPFP]. 20 de octubre de 2010 (Ecuador).

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2007). *Evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el máximo de los recursos que de que disponga de conformidad con un Protocolo Facultativo del Pacto.* E/C.12/2007/1.

Comité de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales (1999). *Observación General nº. 13 El derecho a la educación (artículo 13 del Pacto).* E/C.12/1999/10.

Consejo de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Superior (2018). *Política de Evaluación Institucional de Universidades y Escuelas Politécnicas en el marco del Sistema de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Superior*. CACES. https://bit.ly/2N92bUx

Consejo de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Superior (2019). *Modelo de Evaluación Externa de Universidades y Escuelas Politécnicas 2019*. https://bit.ly/3cowZJr

Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (2000). *Principios de Limburgo*. https://bit.ly/3veAPgY

Constitución de la República del Ecuador [CRE]. 20 de octubre de 2008. Registro Oficial nº 449. (Ecuador).

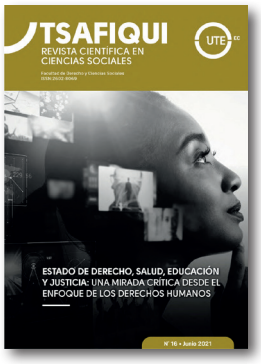
Convención sobre los Derechos del Niño. 20 de noviembre de 1989.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia n.° 34-20-IS y acumulado; 31 de agosto de 2020.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia n.° 9-20-IA/20; 31 de agosto de 2020.

Declaración de Viena y Programa de acción. 25 de junio de 1993.
Declaración Mundial sobre Educación para Todos. 9 de marzo de 1990.
Gurukkal, J. (2020). Will COVID 19 Turn Higher Education into Another Mode? *Higher Education for the Future*, *7*(2), 89-96.
Hachem, D. (2019). São os direitos sociais "direitos públicos subjetivos"? Mitos e confusões na teoria dos direitos fundamentais. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*. *11*(3), 404-436.
Instituto Internacional de Planeamiento de la Educación de la UNESCO (2020). *¿Qué precio pagará la educación por la COVID-19?* https://bit.ly/3rRdIXX
Instituto Internacional para la Educación Superior en América Latina y el Caribe (2019). *COVID-19 y educación superior: De los efectos inmediatos al día después*. https://bit.ly/38v7Rjf
Kelsen, H. (1976). *La teoría pura del derecho*. Editora Nacional.
Ley Orgánica de Educación Superior. 12 de octubre de 2010. Registro Oficial n.º 298 (Ecuador).
Ley Orgánica para el Ordenamiento de las Finanzas Públicas. 24 de julio de 2020. Registro Oficial n.º 253 (Ecuador).
Ministerio de Economía y Finanzas. (2020a). *Directrices presupuestarias para el segundo trimestre del ejercicio fiscal 2020*. https://esigef.finanzas.gob.ec/esigef/Ayuda/MEF-VGF-2020-0003-C.pdf
Ministerio de Economía y Finanzas (2020b). Alcance a la Circular No. MEF-VGF-2020-0003-C de 16 de abril de 2020. https://esigef.finanzas.gob.ec/esigef/Ayuda/MEF-SP-2020-0002.pdf
Ministerio de Economía y Finanzas. (2020c). *Información de Ejecución Presupuestaria. https://bit.ly/3lbd8lg*
Miranda, J. (1986). Os Direitos Fundamentais na Ordem Constitucional Portuguesa. *Revista Española de Derecho Constitucional*, *18*, 107-138.
Nino, C. (2003). *Introducción al Análisis del Derecho*. Astrea.
Nussbaum, M. (2006). *Frontiers of justice: disability, nationality, species membership*. Belknap Press of Harvard University Press.
Observatorio del Gasto Público (2020). *El presupuesto de las universidades, ¿dinero bien gastado?* https://bit.ly/2OmNVrY
Pisarello, G. (2001). "Ferrajoli y los derechos fundamentales: ¿qué garantías?". *Jueces para la democracia*, (41), 3-10.
Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador". 16 de noviembre de 1999.
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 3 de enero de 1976.
Ortiz Ahlf, L. (2006). Fuentes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En Claudia Martín, Diego Rodríguez-Pinzón, y José A. Guevara B. (eds.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos* (p. 33). Universidad Iberoamericana.
Pazos, R. (2015). *Alcances de la autonomía universitaria responsable en el actual marco jurídico ecuatoriano* [Tesis de maestría]. Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Quito.
Resolución nº. RPC-SO-012-NO-238-2020 [Consejo de Educación Superior]. 26 de octubre de 2020.
Resolución nº SP-001-No.21-CG-UNAE-R-2020. [Universidad Nacional de Educación] de 5 de mayo de 2020. shorturl.at/yAL37
Resolución nº 0647-CU-P-2020. [Universidad Técnica de Ambato] de 14 de mayo de 2020. shorturl.at/lpX78
Resolución nº RCP-125-2020 [Escuela Politécnica Nacional]. 27 de marzo de 2020.
Resolución nº. 20-05-237 de 2020. [Escuela Superior Politécnica del Litoral]. 07 de mayo de 2020. https://bit.ly/30y30JR.
Robertson, R. (1994). Measuring State Compliance with the Obligation to Devote the Maximum Available Resoures to Realizing Economic, Social, and Cultural Rights. *Human Rights Quarterly*,*16*, 693-714.
Schmitt, C. (1958). *Grundrechte und Grudpflichten y Freiheitsrechte und institutionelle Garantien, Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954. Materialien zu einer Verfassungslehre*. Duncker & Humblot.
Sen, A. (2005). Human Rights and Capabilities. *Journal of Human Development*, *6*, 151-166.
Serrano, S. y Vásquez, D. (2013). *Los derechos en acción. Obligaciones y principios de derechos humanos*. Flacso.
UNESCO (1997). Recomendación relativa a la Condición del Personal Docente de la Enseñanza. https://bit.ly/3sksx5o

TSAFIQUI | Revista Científica en Ciencias Sociales
Nº 16, 2021 | ISSN **1390-5341** - eISSN **2602-8069** | Universidad UTE
www.revistas.ute.edu.ec/index.php/tsafiqui/index



Protección de emisiones de radiodifusión de juegos deportivos en el entorno digital: propuesta legislativa penal para el Ecuador

Broadcast's protection of sports games on digital space: criminal legislative proposal for Ecuador

https://doi.org/10.29019/tsafiqui.v12i16.881

Oscar Alberto Pérez Peña
Fabricio Hernán Nazareno Mejía
María Luisa Bossano Cruz

RESUMEN

Este artículo tiene el objetivo de desarrollar una propuesta legislativa en materia penal, a través de la protección jurídica de las emisiones de radiodifusión de juegos deportivos en el entorno digital, para el perfeccionamiento de la legislación y práctica ecuatorianas.

El estudio se centra en la protección que existe en la legislación ecuatoriana y el uso de estas emisiones en el entorno digital en casos que violan los derechos de sus titulares. En particular, la necesidad de la tipificación de su piratería, que actualmente no se contempla en el Código Orgánico Integral Penal (COIP).

En cuanto a la metodología se emplean métodos de las ciencias sociales y de las jurídicas en particular, con aplicación del estudio comparado de las legislaciones española, chilena y peruana para evidenciar la necesidad de la criminalización primaria en Ecuador. Entre las técnicas utilizadas están la revisión documental y la entrevista a expertos. Como resultado se presenta una propuesta de modificación del art. 208 A del COIP, que tipifica la falsificación y piratería de derechos de autor y deja fuera los derechos conexos. Aunque el estudio se refiere expresamente el caso de los organismos de radiodifusión en los partidos de fútbol, la propuesta es aplicable a los otros titulares de derechos conexos. Incluye la represión a la persona que, sin autorización de los titulares de derechos, ponga a disposición del público estas emisiones mediante redes o cualquier medio informático, se reconoce así su protección en el entorno digital.

ABSTRACT

This article aims to develop a legislative proposal, in criminal law, through the legal protection of Sports Games Broadcasting Broadcasts on digital space to improve the Ecuadorian legislation and legal practice.

It focuses on the protection that exists in the Ecuadorian legal framework and the use of these broadcasts on digital space in violations cases of the holder´s rights. In particular, the need to typify its piracy is not part of the Organic Integral Criminal Code.

Regarding the methodology, we use Social Sciences and Legal Studies methods, particularly applying the comparative study of Spanish, Chilean and Peruvian legislation to demonstrate the need for primary criminalization in Ecuador. Among the techniques used are the documentary review and the interview with experts. As a result, a proposal for the modification of article 208 A of the Organic Integral Criminal Code is presented, which typifies the falsification and piracy of copyrights and leaves out related rights. Although the study expressly refers to broadcasting organizations in soccer matches, the proposal applies to other holders of related rights. It includes the repression of the person who, without the right´s holders authorization, makes these broadcasts available to the public through networks or any technological devices, thus recognizing their protection on digital space.

PALABRAS CLAVE | KEYWORDS

Propiedad intelectual, derechos conexos, organismos de radiodifusión, juegos deportivos
Intellectual property, related rights, broadcasters, sports games

CC BY

Recibido: 12/04/21 - **Aceptado:** 26/05/21 - **Publicado:** 01/06/21 | Páginas: 41-57

INTRODUCCIÓN

El tema de la protección de las emisiones de radiodifusión en el entorno digital, en particular las de espectáculos deportivos está en pleno desarrollo en el mundo, pues las competencias deportivas se han convertido en una industria mundial que produce millones de dólares debido, en gran medida, a los derechos de propiedad intelectual y a la cooperación cada vez más estrecha que existe entre los medios de comunicación, los patrocinadores y las autoridades deportivas. No obstante, las tecnologías de la comunicación, más modernas que nunca, están al alcance del público en general y permiten que las personas aficionadas sigan los deportes en directo desde cualquier lugar y, al mismo tiempo, abren nuevas posibilidades para la sustracción de señales. La transmisión de deportes en directo ha sido un blanco particular para la retransmisión no autorizada en Internet, con frecuencia recurriendo a la tecnología de intercambio de ficheros que constituye un canal para que los usuarios compartan contenido.

La comercialización de bienes y servicios de comunicación y radiodifusión se ha elevado en los últimos años considerablemente. En la actualidad es la fuente fundamental de los ingresos de la mayoría de las organizaciones deportivas. Las ganancias generadas compensan las inversiones que generan los eventos deportivos, incluso, contribuyen a mejorar las instalaciones deportivas y a fomentar el desarrollo deportivo. Existen múltiples ejemplos de la contribución de los derechos de propiedad intelectual a la cadena productiva de la producción del deporte. En los juegos Olímpicos de Río de Janeiro de 2016, por ejemplo, la aportación de los derechos de radiodifusión al suceso fue de alrededor de 2868 millones de dólares estadounidenses, por lo que el 90 % de los ingresos generados por el COI mediante acuerdos de patrocinio y las ventas de derechos de radiodifusión fueron reinvertidos en deporte a nivel mundial (—OMPI, 2019).

Esto es contradictorio con el hecho de noticias tales como: el reciente desmantelamiento por la policía española de una red de piratería con sede en España que operaba en todo el mundo y que ofrecía más de 40 000 canales de vídeo y contenido bajo demanda de eventos deportivos (El Mercurio, 2020).

En el caso ecuatoriano, debido a la popularidad que posee el deporte, principalmente el fútbol, los ingresos derivados de esta actividad son importantes y los derechos de propiedad intelectual generan un gran valor económico. Solo el fútbol en 2019, por citar un ejemplo, generó un contrato por derechos en el que el canal por suscripción GolTV, en su primer anuncio mencionó un monto fijo de USD 270 millones, que sería aumentado por regalías del negocio con reparticiones entre la Federación Ecuatoriana de Fútbol, sus clubes, un 75 %, y otra parte menor de 25 % para GolTV (El Telégrafo, 2019).

Ante este panorama, se contradicen situaciones como la identificación de actividades de piratería que cada vez son más frecuentes en la sociedad ecuatoriana, respecto a derechos sobre los juegos deportivos y que, en algunos casos, es intervenida por la acción de los entes administrativos de control de la propiedad como es el caso del Servicio Nacional de Derechos Intelectuales (SENADI).

En el país, son reconocidos los actos que afectan los ingresos de los organismos de radiodifusión como las televisoras, debido a las actividades de piratería y el subregistro de clientes. Según cálculos "el mercado ilegal en el país mueve unos USD 85 millones al año y genera un perjuicio para el Estado de USD 28.7 millones por el no pago de tributos. Unas 517 000 personas tendrían servicios ilegales" (El Comercio, 2020).

METODOLOGÍA

El proceso de investigación se ha desarrollado con un acercamiento empírico, constatando información dispersa en diarios de noticias, escuchando opiniones diversas para luego proceder a la búsqueda de información en instituciones que se relacionan al tema como el SENADI, varias bibliotecas nacionales y en soporte digital diferentes textos y bases de datos como Ebrary, que contiene tanto revistas indexadas como textos de doctrina. Respecto a la legislación se han consultado las bases de datos LEXIS y VLEX, esta última también con doctrina y estudios comparados de legislación.

Se considera que, el tipo de investigación jurídica en este caso es mixta, contempla características de una investigación teórica y empírica, como reconoce García Fernández (2015, p. 456) se basa en "las fuentes formales e históricas como en las fuentes reales del Derecho, y empleará los métodos de interpretación de la ley, las técnicas documentales, y las técnicas de campo".

La metodología utilizada ha recurrido a elementos histórico-sociológicos y jurídicos, lo que ha supuesto la combinación de métodos de las Ciencias Sociales en general y de las Ciencias Jurídicas, específicamente:

1. El método de análisis-síntesis permite descomponer el objeto de estudio en sus elementos para luego recomponerlo a partir de su integración y destacar el sistema de relaciones entre las partes y el todo. Es característico de las investigaciones en Ciencias Sociales en general (Alvarez Undurraga, 2002, p. 29) pero también tiene su expresión en las investigaciones jurídicas cuando se estudian normas, instituciones, procedimientos, y conceptos que necesitan descomponerse en sus estructuras para caracterizarlas (Villabella Armengol, 2015, p. 937).
2. El método jurídico comparado, permite contrastar dos o más objetos jurídicos (normas, instituciones, procedimientos etc., con el objetivo de descubrir sus relaciones, sus diferencias y semejanzas, lo que posibilita percibir los rasgos esenciales y hallar explicaciones. Permite perfeccionar las normas y coadyuva a la convivencia global, a partir de convertirse en un instrumento de entendimiento que ayuda a comprender el punto de vista ajeno (Atienza, 1985, 291). Su empleo se justifica en el estudio comparado de la legislación sobre la protección jurídica que los derechos conexos reconocen a las emisiones de radiodifusión en el ámbito digital en diferentes legislaciones y en el ordenamiento jurídico ecuatoriano con el fin de identificar sus limitaciones.
3. 3) El método hermenéutico, permite entender para Villabella Armengol (2015, p. 994) "los significados del objeto que se estudia a partir de una triple perspectiva a) la del fenómeno en sí mismo; b) la de su engarce sistémico-estructural con una totalidad mayor, y c) la de su interconexión con el contexto histórico-social en el que se desenvuelve". Se analizan soluciones a partir de la doctrina y la legislación comparada y ecuatoriana, a partir de la estructura sistémica del ordenamiento jurídico nacional, los instrumentos normativos internacionales en la materia y, al mismo tiempo, se valoran las consecuencias que produce su actual regulación jurídica en el contexto social nacional.

En cuanto a las técnicas empleadas para la presente investigación se encuentran: el análisis de documentos y la entrevista a expertos. El análisis de documentos permite el estudio de la evolución histórica, los criterios doctrinales y el tratamiento jurídico que se le da al tema internacionalmente y en Ecuador. Por otra parte, los expertos han aportado criterios actuales de la situación que presenta el tema abordado, coincidiendo en muchos de los aspectos con lo plateado en este trabajo.

En el caso de las entrevistas, son importantes las opiniones de docentes-investigadores universitarios expertos en la materia de varias universidades, así como especialistas del SENADI, de Sociedades de gestión de derechos ecuatorianas, de ARCOTEL, abogados en ejercicio en temas de propiedad intelectual, así como de las federaciones deportivas ecuatorianas.

ANÁLISIS Y RESULTADOS

Cuando se procede a realizar un análisis comparado de la legislación de España, Chile y Perú con la ecuatoriana, se aprecia que estos cuatro países con respecto a la protección de los organismos de radiodifusión, protegen sus derechos conexos siguiendo el espíritu de la Convención de Roma y del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, Anexo 1C del Convenio por el que se crea la OMC, firmado en 1994.

En el caso de **España** se utiliza el término "entidades de radiodifusión" (Ley de Propiedad Intelectual Real Decreto Legislativo, Título IV, 1996) y aparece reconocido en el art. 126, salvo algunas diferencias, el derecho exclusivo de autorizar:

a. La fijación de sus emisiones o transmisiones en cualquier soporte sonoro o visual (...).
b. La reproducción de las fijaciones de sus emisiones o transmisiones. Este derecho podrá transferirse, cederse o ser objeto de concesión de licencias contractuales.
c. La puesta a disposición del público, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de las fijaciones de sus emisiones o transmisiones, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija.

d. La retransmisión por cualquier procedimiento técnico de sus emisiones o transmisiones.
e. La comunicación pública de sus emisiones o transmisiones de radiodifusión, cuando tal comunicación se efectúe en lugares a los que el público pueda acceder mediante el pago de una cantidad en concepto de derecho de admisión o de entrada (...).
f. La distribución de las fijaciones de sus emisiones o transmisiones (...).

Como se puede constatar, sigue la misma técnica legislativa de los tratados internacionales y al ser un país de la Unión Europea, donde existen Directivas que armonizan la legislación comunitaria, el resto tiene normas similares en este aspecto. Ahora bien, el Código Penal, Ley Orgánica n.º 10/1995 de 23 de noviembre del propio año, dispone en el Capítulo XI *De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores Sección 1.ª De los delitos relativos a la propiedad intelectual*, art. 270 lo siguiente:

> 1. Será castigado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses el que, con ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto y en perjuicio de tercero, reproduzca, plagie, distribuya, comunique públicamente o de cualquier otro modo explote económicamente, en todo o en parte, una obra o prestación literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.

Con ello, queda clara la sanción a las actividades de piratería para quienes obtengan un beneficio económico directo o indirecto producto de la explotación sin autorización de los titulares de los derechos sobre obras e interpretaciones y ejecuciones.

En el segundo apartado de este artículo se prevé:

> 2. La misma pena se impondrá a quien, en la prestación de servicios de la sociedad de la información, con ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto, y en perjuicio de tercero, facilite de modo activo y no neutral y sin limitarse a un tratamiento meramente técnico, el acceso o la localización en internet de obras o prestaciones objeto de propiedad intelectual sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos o de sus cesionarios, en particular ofreciendo listados ordenados y clasificados de enlaces a las obras y contenidos referidos anteriormente, aunque dichos enlaces hubieran sido facilitados inicialmente por los destinatarios de sus servicios.
>
> 3. En estos casos, el juez o tribunal ordenará la retirada de las obras o prestaciones objeto de la infracción. Cuando a través de un portal de acceso a internet o servicio de la sociedad de la información, se difundan exclusiva o preponderantemente los contenidos objeto de la propiedad intelectual a que se refieren los apartados anteriores, se ordenará la interrupción de la prestación del mismo, y el juez podrá acordar cualquier medida cautelar que tenga por objeto la protección de los derechos de propiedad intelectual.

Cuando se refiere con igual sanción a las 'prestaciones' objeto de propiedad intelectual reconoce o tipifica el delito de piratería y su aplicación a los derechos conexos de los organismos de radiodifusión sobre sus emisiones, incluso en el entorno digital pues en el apartado 3, menciona la posibilidad de ordenar medidas cautelares

En cuanto a **Chile**, es la propia Ley de Propiedad Intelectual, la Ley n.º 17336 de 02 de octubre de 1970, y que ha sido actualizada en varias ocasiones, la que reconoce que regula los delitos contra la propiedad intelectual. Es ese caso, en el Título IV, Disposiciones Generales, Capítulo II De las Acciones y, Párrafo II, tipifica en el art. 79,

Comete falta o delito contra la propiedad intelectual: (...)

> b) El que, sin estar expresamente facultado para ello, utilice las interpretaciones, producciones y emisiones protegidas de los titulares de los derechos conexos, con cualquiera de los fines o por cualquiera de los medios establecidos en el Título II (...)"

En Título II de la Ley se regulan las Generalidades y en el art. 69 se recogen los derechos de los organismos de radiodifusión. Se puede considerar que, no hay una manifestación expresa del requisito del ánimo de lucro en el apartado b del art. 79, no obstante, al incluir el texto "con cualquiera de los fines" y al tenor del Título II de la Ley se regulan los derechos exclusivos de los organismos de radiodifusión donde a estos se les reconoce, el derecho

de autorizar o prohibir las utilizaciones y además el de recibir una retribución por su uso (art. 69), se configura la piratería de estas emisiones.

En cuanto a las sanciones el propio texto del art. 79 ordena:

Las conductas señaladas serán sancionadas de la siguiente forma:

1. Cuando el monto del perjuicio causado sea inferior a las 4 unidades tributarias mensuales, la pena será de prisión en cualquiera de sus grados o multa de 5 a 100 tributarias mensuales.
2. Cuando el monto del perjuicio causado sea igual o superior a 4 unidades tributarias mensuales y sea inferior a 40 unidades tributarias mensuales, la pena será de reclusión menor en su grado mínimo y multa de 20 a 500 unidades tributarias mensuales.
3. Cuando el monto del perjuicio sea igual o superior a 40 unidades tributarias mensuales, la pena será de reclusión menor en su grado mínimo y multa de 50 a 1000 unidades tributarias mensuales.

Respecto a **Perú**, está en vigor una Ley de Lucha contra la Piratería, la Ley n.º 28289 de 19 de julio de 2004, que modificó en su momento varios artículos del COIP y que describe que:

> Artículo 217.- Reproducción, difusión, distribución y circulación de la obra sin la autorización del autor. Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de seis años y con treinta a noventa días-multa, el que con respecto a una obra, una interpretación o ejecución artística, un fonograma o una emisión o transmisión de radiodifusión, o una grabación audiovisual o una imagen fotográfica expresada en cualquier forma, realiza alguno de los siguientes actos sin la autorización previa y escrita del autor o titular de los derechos:
> a. La modifique total o parcialmente.
> b. La distribuya mediante venta, alquiler o préstamo público.
> c. La comunique o difunda públicamente por cualquiera de los medios o procedimientos reservados al titular del respectivo derecho.
> d. La reproduzca, distribuya o comunique en mayor número que el autorizado por escrito.
> La pena será no menor de cuatro años ni mayor de ocho y con sesenta a ciento veinte días multa, cuando el agente la reproduzca total o parcialmente, por cualquier medio o procedimiento y si la distribución se realiza mediante venta, alquiler o préstamo al público u otra forma de transferencia de la posesión del soporte que contiene la obra o producción que supere las dos (2) Unidades Impositivas Tributarias, en forma fraccionada, en un solo acto o en diferentes actos de inferior importe cada uno.

El ejemplo de la legislación peruana considera la represión al delito de piratería de forma expresa, al reconocerlo como una conducta típica antijurídica que no solo lacera los derechos de autor, sino que también afecta el patrimonio de los titulares de derechos conexos, como es el caso de los organismos de radiodifusión cuando en la utilización sin consentimiento del titular con ánimo de lucro y a escala comercial, se vulneran los derechos que aparecen reconocidos a sus titulares en el Capítulo IV De los Organismos de radiodifusión, artículo 140, de la Ley sobre Derecho de Autor peruana, Decreto Legislativo 822 de 26 de abril de 1996.

En **Ecuador** los derechos conexos de los organismos de radiodifusión aparecen en el Capítulo IV, Sección IV De los organismos de radiodifusión, del Código Orgánico de la Economía social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, cuando contempla:

> Artículo 232.- De los derechos de los organismos de radiodifusión. - Los organismos de radiodifusión tienen el derecho exclusivo de impedir que terceras personas realicen sin su consentimiento cualquiera de los siguientes actos:
> 1. La retransmisión de sus emisiones, por cualquier medio o procedimiento;
> 2. La fijación y la reproducción de sus emisiones; y,
> 3. La comunicación al público de sus emisiones cuando éstas se efectúen en lugares accesibles al público mediante el pago de un derecho de admisión.

En cuanto a la piratería este ilícito se encuentra regulado en el COIP, en su art. 208 A, que tipifica la falsificación de marcas y la piratería lesiva contra los derechos de autor, en los siguientes términos:

> Artículo 208 A (208.1).- Falsificación de marcas y piratería lesiva contra los derechos de autor.- La persona que fabrique o comercialice, a escala comercial, mercancías o su envoltorio que lleven puesta, sin la debida autorización, una marca idéntica a la válidamente registrada para tales mercancías o que esa marca no pueda distinguirse en sus aspectos esenciales será sancionada con una multa de la siguiente manera:
> 1. Cuando el valor de la mercadería incautada sea de ciento cuarenta y dos a cuatrocientos veinticuatro salarios básicos unificados del trabajador en general, se aplicará la multa de cincuenta y cinco a ochenta y cinco salarios básicos unificados del trabajador en general.
> 2. Cuando el valor de la mercadería incautada sea mayor a cuatrocientos veinticuatro y menor a ochocientos cuarenta y siete salarios básicos unificados del trabajador en general, se aplicará la multa de ochenta y seis a ciento setenta y cinco salarios básicos unificados del trabajador en general.
> 3. Cuando el valor de la mercadería incautada sea mayor a ochocientos cuarenta y siete salarios básicos unificados del trabajador en general, se aplicará una multa de ciento setenta y seis a doscientos noventa y cinco salarios básicos unificados del trabajador en general.
> La misma pena se aplicará a la persona que produzca, reproduzca o comercialice a escala comercial, mercancía pirata que lesione el derecho de autor para las obras registradas o no, entendiéndose estas como cualquier copia hecha sin consentimiento del titular del derecho de autor o de una persona debidamente autorizada por él.
> Las disposiciones precedentes no se aplicarán a bienes o productos que no tengan un fin comercial.
> En el caso de las marcas notorias, no se requerirá que el titular del derecho demuestre que la marca está válidamente registrada, sino únicamente su derecho como titular.
> Cuando una persona jurídica sea la responsable, será sancionada con las mismas multas y su extinción.
> No constituye delito la fabricación o comercialización de mercancías imitadas que tengan una marca con características propias que no conlleven a una confusión con la marca original, sin perjuicio de las responsabilidades civiles a que haya lugar.

La reforma de 24 de septiembre de 2015, que tipifica la falsificación de marcas y la piratería de derechos de autor obvia la piratería de derechos conexos en todas sus tipologías o en los diferentes tipos de titulares respecto a sus prestaciones intelectuales, ya sean interpretaciones o ejecuciones de los artistas intérpretes o ejecutantes, los fonogramas o las emisiones de los organismos de radiodifusión nacional o extranjeros en territorio nacional.

Al realizar una comparación entre las legislaciones de España, Chile y Perú con la legislación ecuatoriana se puede considerar que en cuanto a semejanzas: i) Los cuatro países reconocen en su legislación la protección a los organismos de radiodifusión, España utiliza el término "entidades". ii) En los tres aparecen, con pequeñas variaciones, los derechos reconocidos en la Convención de Roma a estos titulares. iii) Con respecto a la regulación de la piratería los tres primeros países reconocen la importancia de imponer sanciones penales a la piratería de emisiones de radiodifusión cuando estos derechos son lesionados. iv) En los casos de España y Perú, la regulación es expresa y aunque amplia, un poco ambivalente. v) La de Chile, en cuanto al reconocimiento por el uso sin consentimiento y el ánimo lucrativo pretende incluirlos en la expresión "con cualquiera de los fines" para catalogar la utilización por terceros de estos en esas condiciones, sin embargo, quedan excluidos los requisitos descritos en la doctrina que permiten tipificar este delito. Con independencia de esto, se tipifica como delito y se reconoce su sanción. vi) En cuanto a las sanciones, todos los países prevén la posibilidad de privación de libertad, así como las multas con variaciones de acuerdo con las circunstancias de comisión del delito. Ecuador, a diferencia de todos, no reconoce la piratería de derechos conexos y aunque regula esta para marcas y derechos de autor, en comparación con las anteriores legislaciones, la reconoce como una infracción menor a los derechos de propiedad intelectual y en ese sentido, sólo está prevista la sanción pecuniaria.

En contradicción con la regulación penal ecuatoriana de propiedad intelectual es importante señalar que, en la actualidad, se han dado casos de infracciones a este tipo de derechos en los que el SENADI ha debido bloquear portales web y direcciones IP de diversos proveedores de servicios de internet en el territorio ecuatoriano por permitir el acceso a emisiones de televisión de eventos deportivos por internet sin autorización. Se refieren los casos de los sitios web de Roja Directa, una plataforma especializada en la transmisión de eventos deportivos que fue demandada mediante acciones legales administrativas ante SENADI por FOX LATIN AMERICAN CHANNEL LL.C y por la Liga Nacional de Fútbol Profesional (Boletín 06 SENADI, 2019); así como el caso

de las demandas o notificaciones administrativas por infracciones presentadas por las empresas DIRECTV Ecuador y La Liga Nacional de Fútbol de España contra MEGAPLAY y LIKETV, que retransmitían de forma no autorizada señales de audio y video permitiendo el acceso ilegal de los usuarios a su programación (El Universo, 2019).

También en Ecuador, los espectáculos deportivos mueven grandes cifras de dinero por la comercialización de derechos de radiodifusión de los espectáculos deportivos. Por ejemplo, solo el canal GOLTV firmó un contrato por 276 millones de dólares en 2017 con la Federación ecuatoriana de Fútbol (FEF) por los derechos del campeonato nacional durante los próximos diez años a partir de 2018. Sin embargo, si bien este es un rubro económico que genera millones en el país a partir de los derechos de propiedad intelectual, la legislación penal nacional entre las infracciones a la propiedad intelectual solo prevé las de derechos de autor y marcas, quedando fuera las relativas a derechos conexos. De esta forma, quedan fuera la represión a las actividades de piratería de estas emisiones y sus titulares pierden miles de dólares afectándose también la industria del deporte en toda su cadena productiva debido a que parte de estos ingresos pasan a terceros ajenos a sus titulares que con ánimo lucrativo y comercializan los accesos a estas emisiones a un costo diferente del valor de los derechos en el mercado.

Recientemente, el 16 de marzo de 2020, diario *El Comercio* publicó un artículo donde a decir de expertos en telecomunicaciones: en Ecuador, en el país la piratería de TV por suscripción movería 87 millones de dólares al año (El Comercio, 2020). A este tipo de piratería contribuyen las plataformas y sitios de internet que retransmiten de canales de televisión sus señales y cuya actividad ilegal reconocen los expertos que se podría contribuir a disminuir con afinar la normativa sobre propiedad intelectual (Hermosa, 2020). Según Jorge Cevallos, director de la Asociación de Empresas de Telecomunicaciones (Asetel), la complicación "radica en el desconocimiento de la gente, ya que las personas piensan que al pagar por este servicio está adquiriendo algo legal y no es así, sino que están contribuyendo a la piratería y perjudicando a las empresas legales" (El Comercio 2020).

Es evidente la necesidad de reformular la legislación, con la inclusión de campañas de sensibilización sobre el tema, de una normativa que reprima penalmente estas actividades y donde una de las que más pérdidas produce a sus titulares es la piratería a los organismos de radiodifusión. La Corporación Nacional de Telecomunicaciones (CNT), Directv, la Asetel, el Comex, el SENADI y la Asociación Interamericana de Empresas de Telecomunicaciones (ASIET) han firmado compromisos para mitigar estos daños pero es evidente la necesidad de una reforma legislativa en algunos aspectos como el establecimiento de normas que protejan a los titulares de derechos aún más, como el reconocimiento de la piratería de señales digitales que afecta a, entre otros, el deporte ecuatoriano (El Comercio, 2020).

Sobre la base de los elementos anteriores se realiza una propuesta de modificación legislativa cuya estructura general viene dada por la modificación de su artículo 208 A del COIP, que regula la falsificación y la piratería de los derechos de autor.

A partir de la propuesta se incorpora, tanto en la exposición de motivos como en los considerandos a tener en cuenta, el tema de los derechos conexos y su tutela ante actividades como la piratería.

Si bien la idea es presentar una propuesta sobre los derechos conexos, lo cierto es que es aplicable a las interpretaciones y ejecuciones de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los productores de cine.

La propuesta específica se describe como sigue:

LEY ORGÁNICA REFORMATORIA DEL COIP

Artículo Único.- Sustitúyase el artículo 208 A del COIP por el siguiente:
Artículo 208 A.- Falsificación de marcas y piratería lesiva contra los derechos de autor y derechos conexos. La persona que fabrique o comercialice, a escala comercial, mercancías o su envoltorio que lleven puesta, sin la debida autorización, una marca idéntica a la válidamente registrada para tales mercancías o que esa marca no pueda distinguirse en sus aspectos esenciales será sancionada con una multa de la siguiente manera:

1. Cuando el valor de la mercadería incautada sea de ciento cuarenta y dos a cuatrocientos veinticuatro salarios básicos unificados del trabajador en general, se aplicará la multa de cincuenta y cinco a ochenta y cinco salarios básicos unificados del trabajador en general.

2. Cuando el valor de la mercadería incautada sea mayor a cuatrocientos veinticuatro y menor a ochocientos cuarenta y siete salarios básicos unificados del trabajador en general, se aplicará la multa de ochenta y seis a ciento setenta y cinco salarios básicos unificados del trabajador en general.
3. Cuando el valor de la mercadería incautada sea mayor a ochocientos cuarenta y siete salarios básicos unificados del trabajador en general, se aplicará una multa de ciento setenta y seis a doscientos noventa y cinco salarios básicos unificados del trabajador en general.

La misma pena se aplicará a la persona que con respecto a una obra, una interpretación o ejecución artística, un fonograma o una emisión o transmisión de radiodifusión, o una grabación audiovisual o una imagen fotográfica expresada en cualquier forma y con ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto y en perjuicio de tercero, facilite de modo activo y no neutral y sin limitarse a un tratamiento meramente técnico, el acceso o la localización en internet de obras o prestaciones objeto de propiedad intelectual sin la autorización previa y escrita de los autores o titulares de los correspondientes derechos o realice alguno de los siguientes actos:

a. La modifique total o parcialmente.
b. La distribuya mediante venta, alquiler o préstamo público.
c. La comunique o difunda públicamente por cualquiera de los medios o procedimientos reservados al titular del respectivo derecho.
d. La reproduzca, distribuya o comunique en mayor número que el autorizado por escrito.
e. La ponga a disposición del público a través de un portal de acceso a internet o servicio de la sociedad de la información.

El aporte de esta propuesta es importante, no solo desde el punto de vista cultural y deportivo, al reconocer y precautelar la protección de los derechos de propiedad intelectual, sino también porque fortalece la economía al reprimir una conducta como la piratería de las emisiones de los organismos de radiodifusión que está causando considerables pérdidas económicas al país por la evasión de impuestos que escapan al sistema tributario nacional, derivados de las ganancias que dejan de recibir las entidades de radiodifusión. Por otro lado, los titulares ven sus inversiones recuperadas al cometerse menos actividades de piratería lo que les permitirá ingresar mayores ingresos y cubrir la inversión en los diferentes espectáculos a partir de los ingresos derivados de los derechos de propiedad intelectual que se licencien. De igual forma, el sector deportivo será favorecido al poder invertir en las actividades deportivas por los dividendos económicos que ingresarán derivados del licenciamiento de derechos. Garantiza seguridad jurídica a los titulares de derechos de propiedad intelectual y a los empresarios y sociedades de gestión e derechos nacionales. Contribuye a la prevención de conductas antijurídicas de propiedad intelectual y a las políticas públicas de instituciones como SENADI y ARCOTEL.

DISCUSIÓN

La propiedad intelectual en Ecuador se encuentra reconocida en el texto constitucional. El art. 22 establece la posibilidad de los creadores de "beneficiarse de la protección de los derechos morales y patrimoniales que les correspondan por las producciones científicas, literarias o artísticas de su autoría" (CRE de 2008, art. 22). De igual forma, reconoce los diferentes tipos de propiedad intelectual cuando refiere en el art. 322 que "se reconoce la propiedad intelectual de acuerdo con las condiciones que señale la ley" (CRE de 2018, art. 322). No existe en el texto constitucional ecuatoriana una mención expresa a derechos conexos, sin embargo, se regula su reconocimiento al quedar incluidos en la legislación especial de propiedad intelectual.

El Ecuador protege las emisiones de radiodifusión en el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos la Creatividad y la Innovación de 2016 (COESCCI), como fue conocido inicialmente, pero en sede administrativa, aunque por la vía civil es posible presentar reclamaciones a partir del daño patrimonial causado, considerando que estos poseen un componente patrimonial importante.

Se vuelve necesario señalar que la normativa nacional de propiedad intelectual relacionada con los derechos conexos de los organismos de radiodifusión nacional reconoce que estos tienen el derecho exclusivo de impedir

que terceras personas realicen sin su consentimiento actos como: "la retransmisión de sus emisiones, por cualquier medio o procedimiento; la fijación y la reproducción de sus emisiones; y la comunicación al público de sus emisiones cuando éstas se efectúen en lugares accesibles al público mediante el pago de un derecho de admisión" (COESCCI, 2016, art. 232; 2016).

Esta protección evidencia la posibilidad de los titulares de controlar su uso por terceros y sin consentimiento, en actividades como: la retransmisión, la fijación, la reproducción y la comunicación al público solo en lugares en que se acceda mediante el pago de un derecho de admisión. La transmisión en línea o telemática es un acto de explotación inmaterial (sin ejemplares) que se reconduce al derecho de comunicación al público, en la modalidad de puesta a disposición o comunicación interactiva. Constituye un tipo de uso particular, que no está reconocido en la norma, en el caso de la legislación ecuatoriana de organismos de radiodifusión, lo cual dificulta el anclaje jurídico para establecer o precisar una posible infracción de derechos cuando ocurre en el ámbito digital. Este tema precisa de una regulación que incluya en la norma el derecho de puesta a disposición del público de estas emisiones en el entorno digital.

Por otro lado, si bien los espectáculos deportivos no son obras, entendidas en el concepto pleno del derecho de autor, existe consenso internacional en que se les aplique la protección indirecta que aparece reconocida a los organismos de radiodifusión sobre sus emisiones en el caso de los derechos conexos (Decisión 351 CAN, 1993, art. 3), ya que perfectamente estos organismos en sus emisiones incluyen imágenes y sonidos de todo tipo, entre las que se encuentran los juegos deportivos. Al respecto, resulta importante que una de las irregularidades (Solines Moreno, 2017, p. 6) que se le señalan al COESCCI es que no contiene un Título, Capítulo o artículo que establezca "definiciones" de los distintos términos que se utilizan en el Título de los "Derechos de Autor y Derechos Conexos" (COESCCI; Título II) de ahí que genere no pocas confusiones, y las emisiones de radiodifusión no son la excepción.

En el campo profesional de la propiedad intelectual es un tema novedoso. La Oficina Nacional de Derechos intelectuales (SENADI), en el plano administrativo, tramita casos e impone medidas cautelares a los que violan estos derechos. No ocurre lo mismo en el campo penal, ya que no existe su reconocimiento como infracción en el COIP, aunque si a la piratería de los derechos de autor, por lo que queda fuera la de derechos conexos de los organismos de radiodifusión, donde, las emisiones de espectáculos deportivos constituyen un grupo importante que genera múltiples ingresos y sobre el cual se cierne la piratería de sus emisiones.

Si se toman en cuenta todos estos elementos cabría preguntarse: ¿es suficiente la legislación de propiedad intelectual ecuatoriana para la protección de las emisiones de radiodifusión de juegos deportivos en el entorno digital?

Este trabajo se refiere al tema de los derechos de los organismos de radiodifusión respecto a los juegos deportivos y la regulación de la piratería de estos en el ámbito penal, puesto que en Ecuador estos espectáculos deportivos gozan de una gran popularidad entre los nacionales y tanto los deportistas, como las asociaciones y los titulares de las emisiones son afectados económicamente por la actividad de la piratería de emisiones de radiodifusión digital. El tema va más allá de los juegos deportivos, pues afecta a todos los titulares de obras e interpretaciones y ejecuciones contenidas en dichas emisiones. Administrativamente, esta investigación se refiere las insuficiencias de la norma nacional, pero al ser una actividad que supera el orden administrativo y trasciende al orden penal, se pretende incluir recomendaciones en este orden.

En el aspecto educativo aún es insuficiente el conocimiento de los temas de propiedad intelectual por la población ecuatoriana y los titulares de derechos. En el aspecto tecnológico no solo sucede con los sujetos de estos derechos, sino con los abogados que manejan los temas de propiedad intelectual en el contexto nacional, que, ciertamente, son escasos.

Una propuesta de reforma coadyuvaría a la protección adecuada de estos derechos y de los intereses de sus titulares y del Estado, cuando se transmiten estas emisiones de radiodifusión en el entorno digital de forma no autorizada, así como la inclusión dentro del tipo penal de la piratería de derechos de propiedad intelectual, de los derechos conexos y que hoy el COIP no contempla. De esta forma quedaría reforzada la protección sancionando los ilícitos y el ánimo lucrativo por personas ajenas a los titulares de derechos.

Los fundamentos teóricos de este trabajo emplean conceptos y bases teóricas fundamentalmente del Dderecho de Ppropiedad Iintelectual, con énfasis en el Dderecho de Aautor y Dderechos conexos, asociados a las nuevas tecnologías y el entorno digital, así como de otros campos del conocimiento y la literatura científica como el deporte. Se utilizan también textos jurídicos, fundamentalmente tratados internacionales y la legislación nacional de varios países y Ecuador.

Definición de Deporte

Cuando se habla de deporte, la Carta Europea de Deporte lo define como: "todas las formas de actividades que, a través de una participación, organizada o no, tienen como objetivo la expresión o la mejora de la condición física o psíquica, el desarrollo de las relaciones sociales y la obtención de resultados en competición de todos los niveles" (Unisport, 1992). Por otra parte, el deporte ha sido reconocido como la "toda actividad competitiva del cuerpo humano regida por una serie de reglas establecidas para el logro de objetivos ostensible o simbólicamente diferenciados de los aspectos esenciales de la vida (Hernández Gonzáles, 2013, p. 55).

En el caso de los eventos deportivos son actividades que muchas veces se les reconoce su capacidad de entretener a las personas, de forma que los que asisten a estos espectáculos disfrutan de estas actividades y las mismas cumplen una función social en la formación de juicios de valor y hábitos de salud sana. Los eventos deportivos son transmitidos a través de emisiones de organismos de radiodifusión y generan múltiples ganancias derivadas de los derechos de propiedad intelectual.

Definición de Derechos Conexos

Con posterioridad al reconocimiento universal del Derecho de Autor, se ha incorporado a numerosas legislaciones un conjunto de derechos que, reunidos bajo la denominación de "vecinos", "conexos" o "afines", tienen como objeto de protección ciertas manifestaciones de diversa índole, que constituyen una "creación" literaria o artística en sí mismas, pero que guardan una importante vinculación con la difusión de las obras del ingenio (Parrilli, 1999, p.70)

En el Glosario de la OMPI se conceptualizan de la siguiente forma " se entiende generalmente que se trata de derechos concedidos en un número creciente de países para proteger los intereses de los artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión en relación con sus actividades referentes a la utilización pública de obras de autores, toda clase de representaciones de artistas o transmisión al público de acontecimientos, información y sonidos o imágenes" (OMPI, 1980, p.168).

Se usan otras denominaciones como derechos vecinos o derechos afines. Sin embargo, "también son del tipo de los Derechos Conexos los que se reconocen a las empresas de distribución por cable sobre los programas propios y a los editores sobre la presentación tipográfica de sus ediciones publicadas (Lipszyc, 2017, 346).

Así, mientras los derechos que abarca el derecho de autor se refieren a los autores respecto a su obra,;los derechos conexos se aplican a otras categorías de titulares: son aquellos derechos que se conceden a los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión en relación con sus interpretaciones o ejecuciones, fonogramas y radiodifusiones.

Tienen el objetivo de proteger los intereses de ciertas personas naturales y jurídicas que contribuyen a que las obras estén a disposición del público, que producen elementos que sin calificarse de obras bajo el sistema de derechos de autor, expresan creatividad o habilidad técnica y organizativa suficiente para justificar el reconocimiento de un derecho similar al del derechos de autor.

Objeto de protección

Mientras que para el derecho de autor el objeto de protección lo constituyen las obras en sus disímiles categorías, para los derechos conexos este resulta más amplio, por tanto, será objeto de protección en correspondencia con el titular de este derecho; así, por ejemplo:

Para los productores de fonogramas el objeto protegido es un soporte material denominado fonograma, que aparece definido en la Convención de Roma (art. 3, b, 1961), y para los organismos de radiodifusión las emisiones, recogido también en la Convención de Roma en el art. 3 f, 1961), para los artistas intérpretes o ejecutantes, el objeto a proteger es la prestación personal del artista al que se dedica un estudio detallado más adelante.

La diversidad de objetos tutelados por estos derechos hace que no se trate de derechos análogos entre sí, pues el elemento que los vincula es el de ser conexos con el Derecho de Autor, cada uno de ellos tiene su propia naturaleza.

Un elemento importante a tener en cuenta resulta de la Convención de Roma sobre lo se entiende, que la radiodifusión se refiere a la "transmisión 'tradicional' por el aire para su recepción directa por el público en general" (Documento OMPISCCR/8/INF/1, 2002 p.3). Este concepto de radiodifusión ha sido actualizado en Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT), adoptado en 1996, cuando señala:

> La transmisión inalámbrica de sonidos o de imágenes y sonidos o de las representaciones de estos, para su recepción por el público; dicha transmisión por satélite también es una "radiodifusión"; la transmisión de señales codificadas será "radiodifusión" cuando los medios de descodificación sean ofrecidos al público por el organismo de radiodifusión o con su consentimiento (art. 2.f WPPT, 1996).

Los términos revisten especial importancia, pues no es lo mismo la transmisión tradicional por aire, que la inalámbrica a través de caudales de internet. La inalámbrica se refiere a la comunicación eléctrica que no tiene hilos conductores (Diccionario Larousse, 2016). La transmisión por medio de raudales es una "técnica de transferencia de datos por Internet que permite a los usuarios escuchar y ver archivos sonoros y de vídeo, en un tiempo más reducido que el necesario para la descarga. El servidor o fuente transmite pequeños paquetes de información "por caudales" por Internet y el usuario puede acceder al contenido a medida que lo va recibiendo. La transmisión por caudales puede ser [una transmisión] en tiempo real (en vivo) o puede ser un fichero archivado" (*Flower,* 2003). De cualquier forma, el término 'radiodifusión' puede incluir a todas, depende en ese caso de la legislación si precisa en cada caso pues la técnica legislativa en materia de propiedad intelectual no distingue en muchas ocasiones para que queden comprendidas estas transmisiones cuando se refieren a lo digital. Para algunos autores, la normativa existente es suficiente y tan solo debe adaptarse en su aplicación a los medios digitales (Espinosa Coloma, 2016, p. 108).

En ese orden, se plantea que una protección restrictiva de lo digital traería como consecuencia la violación de otros derechos fundamentales, pues podría generar efectos adversos en la interacción de los usuarios y el acceso a contenidos. Esta es una de las razones por la cual a la fecha aún no existe un tratado internacional sobre la protección de los derechos conexos de los organismos de radiodifusión con medidas adaptadas de manera expresa a los usos en internet. Se sigue la idea de la aplicación de las normas en sentido general para la tutela y aplicación de lo digital. Principio este contenido en los Tratados de Internet de la OMPI concertados en 1996, el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT) y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT).

En el caso de los organismos de radiodifusión, ni la Convención de Roma ni los diversos tratados que existen sobre derechos de autor y conexos definen lo que es una emisión, pero de la definición que ofrece el art. 3.f de la Convención de Roma donde se equipara la radiodifusión a la transmisión, se entiende que una emisión es la señal que conforma la transmisión inalámbrica de sonidos o de imágenes y sonidos cuando esa señal está destinada a su "recepción por el público". De ahí que el objeto de protección sean las señales y no el contenido que transmiten (OMPISCCR/8/INF/1, 2002, p.3).

A nivel internacional se entiende que resulta irrelevante si se está transmitiendo en la emisión una obra protegida por el derecho de autor o un partido deportivo a los efectos de la propiedad intelectual pues en cualquier forma, la emisión es protegida por derechos conexos. Por ejemplo, en el caso de México la Ley Federal de Derecho de Autor de 1997, que está siendo reformada por estos días, en su art. 144 dispone: "que los organismos de radiodifusión tienen el derecho de autorizar o prohibir respecto de sus emisiones: la retransmisión; la transmisión diferida; la distribución simultánea o diferida, por cable o cualquier otro sistema; la fijación sobre una base material; la reproducción de las fijaciones, y la comunicación pública por cualquier medio y forma con fines directos de lucro". De lo anterior se colige que las televisoras u otros organismos de radiodifusión pueden impedir que otros también transmitan los espectáculos deportivos que han sido contratados de manera exclusiva (Torres Lara, 2020).

Sujetos

Los derechos conexos se otorgan a los titulares que entran en la categoría de intermediarios en la producción, grabación o difusión de las obras. Su conexión con el Derecho se justifica ya que las tres categorías de titulares de derechos conexos intervienen en el proceso desde creación intelectual por cuanto prestan asistencia a los autores

en la divulgación de sus obras al público. Los músicos interpretan las obras musicales de los compositores; los autores interpretan papeles en las obras de teatro escritas por los dramaturgos; y los productores de fonogramas o, lo que es lo mismo la industria de grabación graba y produce canciones y música escrita por autores y compositores, interpretada o cantada por artistas intérpretes o ejecutantes, los organismos de radiodifusión difunden obras y fonogramas en sus emisoras.

Se reconocen, por los estudiosos de la materia, tres titulares de los derechos conexos:

- Artistas intérpretes o ejecutantes: de conformidad con el contenido de la Convención de Roma de 1961 en su artículo 3, los Artistas intérpretes o ejecutantes, *"es todo actor, cantante, músico, bailarín u otra persona que represente un papel, cante, recite, declame, interprete o ejecute en cualquier forma una obra".*
- Productores de fonogramas: *"persona natural o jurídica bajo cuya iniciativa y responsabilidad se fijan por primera vez los sonidos de una ejecución a otros sonidos".*
- Organismo de radiodifusión: Aunque la Convención de Roma no brinda una definición al respecto, determinadas leyes coinciden en que se trata del organismo de radiodifusión *"como de radio o de televisión que transmite programas al público".*

Contenido

El contenido de los derechos conexos tiene características diferentes al contenido del derecho de autor. Así, por ejemplo, se les reconoce facultades de carácter moral únicamente a los artistas intérpretes o ejecutantes concernientes a la tutela de su personalidad (derecho al nombre y al respeto de la interpretación).

No se le reconocen derechos morales a los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión por razón de sus características técnico organizativas.

Por su parte, se le reconocen derechos patrimoniales a las tres categorías de los derechos conexos, las que estarán consagradas con sujeción a *numerus clausus.*

- Para el artista intérprete o ejecutante consiste en, la comunicación al público y la fijación y reproducción de sus interpretaciones.
- El productor de fonograma goza del derecho exclusivo de autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta de sus fonogramas.
- A los organismos de radiodifusión se les reconoce el derecho de retransmisión, fijación y reproducción.

Derechos conexos de los organismos de radiodifusión y juegos deportivos

Como se registró anteriormente, los organismos de radiodifusión son las emisoras de radio o televisión que realizan emisiones de sus programas por diferentes vías, incluyendo el satélite y la internet. Pero, ¿cuáles son los derechos que se les reconocen sobre estas emisiones que incluyen todo tipo de programas inclusive los deportivos?

El art. 39 de la Decisión Andina 351 de 1993, deja claro que los organismos de radiodifusión poseen el derecho exclusivo de autorizar o prohibir:

> "a) La retransmisión de sus emisiones por cualquier medio o procedimiento;
> b) La fijación de sus emisiones sobre una base material; y,
> c) La reproducción de una fijación de sus emisiones."

Del mismo modo, el art. 13 (d) de la Convención Internacional sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, de los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión, Convención de Roma de 1961, señala como otro derecho exclusivo de autorizar o prohibir:

> (d) la comunicación al público de sus emisiones de televisión cuando éstas se efectúen en lugares accesibles al público mediante el pago de un derecho de entrada. Corresponderá a la legislación nacional del país donde se solicite la protección de este derecho determinar las condiciones del ejercicio del mismo.

Si bien estos derechos son los reconocidos a los organismos de radiodifusión, lo cierto es que con el desarrollo tecnológico ha sido necesario ir estableciendo en las normas la adaptación a nuevas situaciones y nuevas relaciones jurídicas que traen consigo el desarrollo de la tecnología de las transmisiones y de los equipos de recepción.

Resulta interesante que en países como Brasil se reconoce un derecho conexo paralelo al derecho conexo de radiodifusión. Este está contenido en la Ley Pelé, que reconoce el "derecho de arena" que no es más que "aquel por el cual el club o entidad de práctica deportiva tiene el derecho exclusivo de captar, fijar, emitir, transmitir y retransmitir las imágenes de un espectáculo deportivo" (Schötz, 2017, p. 3). Este derecho luego se coordina con el derecho del organismo de radiodifusión que efectúa la transmisión, y la entidad deportiva tiene un derecho que negocia con uno o varios organismos de radiodifusión de donde saldrá el del derecho sobre la señal portadora del programa. Como se aprecia, constituye un modelo de gestión a partir del reconocimiento de una especie de derecho conexo que es gestionado en función de la clase.

Protección de los organismos de radiodifusión y eventos deportivos en el ámbito digital

En 1996 se concertaron dos nuevos tratados en el seno de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI): el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT) y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT). Ecuador es parte de ambos tratados que han armonizado los temas de derechos de autor y derechos conexos al contexto digital. El segundo de ellos, respecto a artistas intérpretes y ejecutantes y producciones fonográficas, pero no sobre el tema de los derechos conexos de los organismos de radiodifusión e internet.

En la actualidad, si bien se aplican y están vigentes las normas de la Convención de Roma, así como los derechos a estos organismos aparecen reconocidos en casi todas las legislaciones nacionales, lo cierto es que el tema digital está incorporando no pocos desafíos a la propiedad intelectual. El desarrollo de las redes de cable y de los satélites de radiodifusión ha permitido mejorar la transportación de señales. Las adaptaciones de programas y contenidos, para los fines de la transmisión digital, ha generado la mejora de la calidad en las trasmisiones y la compatibilidad con diferentes medios electrónicos. Sin embargo, los organismos de radiodifusión en el entorno digital están afrontando serios problemas de piratería de señales y emisiones, de ahí que la OMPI, a partir del trabajo de sus Estados miembros está desarrollando hace años un instrumento jurídico internacional que sirva como marco para una protección actualizada de estos derechos (OMPI, 2013).

Desde 1961, esta protección internacional no se actualiza, lo que requiere trabajar en ello. De ahí que la piratería de las señales de radiodifusión cada vez es mayor a nivel mundial. Según varias fuentes, entre ellas la propia OMPI y periódicos como el *New York Times* se afirma que "Los piratas de internet siempre ganan" (Bilton, 2012). Todo ello, a partir de las pérdidas millonarias semanales a causa de los programas de televisión descargados ilícitamente. "(...) En el Canadá se calcula que la pérdida de ingresos que sufrió el sector de la televisión a causa del robo de las señales de satélite ascendió a más de 500 millones de dólares EE. UU. en 2000. En la región de Asia Pacífico, la piratería de la televisión de pago aumentó de unos 952 millones de dólares EE. UU. en 2004 a cerca de los 1060 millones de dólares EE. UU. en 2005 (Deltenre, 2013)".

La piratería de señales no solo afecta a los organismos de radiodifusión, sino también al interés público, pues cada vez se torna más complejo satisfacer a los consumidores en cuanto al acceso a las señales y transmisiones de radiodifusión en cualquier lugar y por diversas vías como son los televisores híbridos, las tabletas, los teléfonos inteligentes y otros. Los organismos de radiodifusión debido a la piratería pierden compensaciones de las entidades que retransmiten sus emisiones por cable e internet, así como pierden por contenido de publicidad cuando estas se suprimen de los programas y las emisiones. Pagan millones en producir los contenidos, así como para adaptar los sistemas analógicos en digitales.

Cuando se llevan a cabo los juegos deportivos son desarrollados; los organismos de radiodifusión pagan millones por sus derechos exclusivos de transmisión. Cuando son pirateados por usos sin la debida autorización, como en el caso de Internet, los piratas realizan una apropiación indebida e injusta de parte del valor del programa o la emisión y disminuyen el valor de los derechos de los organismos de radiodifusión, sus ingresos en publicidad y por concesión de licencias. Todo ello, termina también afectando a los clubes, federaciones deportivas y también a los deportistas y el público.

La Convención de Roma protege a los organismos de radiodifusión contra la retransmisión no autorizada, solo si se efectúa por medios "inalámbricos ", de igual forma que a la emisión inicial. Por lo que no es suficiente para luchar contra la piratería en internet o en cualquier otra plataforma digital.

En los procesos para un nuevo tratado son múltiples las discusiones relacionadas con la propuesta a este tipo de protección. Muchos han increpado el hecho de si será una protección más proteccionista con fuertes medidas de protección y esto imposibilitará el acceso ante determinadas necesidades sociales, y, por ende, plantean establecer limitaciones y excepciones amplias (Benussi Díaz, 2015, p. 75)). Por otro lado, otros plantean los temas de los períodos de duración de los derechos, considerando que la Convención de Roma establece 20 años a partir del final del año en que se haya realizado la emisión, y acá se propone que sean 50 años (p.77).

Existe un consenso internacional en que es necesario proteger de una forma diferente las emisiones de los organismos de radiodifusión en cuanto a sus utilizaciones en el entorno digital para dar respuesta a las necesidades de las entidades radiodifusoras. Aún son imprecisas las consecuencias económicas que traería un nuevo tratado, lo que genera una mayor responsabilidad en los Estados miembros de OMPI, respecto a sus normas nacionales y los mecanismos que incorporen para esta protección, así como el equilibro de intereses entre las partes involucradas (Picard 2010, p.90).

La piratería de emisiones de radiodifusión de eventos deportivos

Para Delia Lipszyc la piratería constituye "la conducta antijurídica típica contra el derecho exclusivo de reproducción. Consiste en la fabricación, la venta y cualquier forma de distribución comercial, de ejemplares ilegales (libros o impresos en general, discos, casetes, etc.), de obras literarias, artísticas, audiovisuales, musicales, de las interpretaciones o ejecuciones de estas, de programas de ordenador y de bancos de datos. El término 'piratería' se utiliza también para calificar la representación, la reedición y todo otro uso no autorizado de una obra, una emisión de radiodifusión, etc. (Lipszyc, 1993, p. 560). Como se puede apreciar, incluye esta definición la transmisión no autorizada de una emisión protegida por derechos conexos.

La piratería puede ser fonográfica, literaria o audiovisual, también puede ser un acto o conducta que afecta directamente a las emisiones de radiodifusión, según la clase de obra o prestación conexa que afecte, y la misma actualmente se desarrolla, tanto en el entorno analógico (venta de soportes físicos) como en el digital (explotación ilícita de contenidos a través de Internet).

La piratería afecta los intereses legítimos de los titulares de derechos sobre estos. Entre los requisitos para su tipificación, diversos autores (García Conlledo Díaz, 2019, p. 101) señalan que la reproducción y distribución de las obras y prestaciones intelectuales (lo que incluye a las emisiones de radiodifusión) se realicen: i) sin autorización del titular de derechos; ii) con ánimo de lucro; y iii) a escala commercial.

Esta actividad es objeto de sanción, especialmente, cuando se realiza a escala comercial o con propósitos comerciales, porque afecta la retribución que pueden obtener los titulares de derechos sobre sus emisiones de radiodifusión en el caso de los derechos conexos.

La piratería digital constituye un concepto alegal, pues no aparece con facilidad en las legislaciones de propiedad intelectual y hace referencia global al mercado ilícito. Se suele dar: a) por explotación directa (reproducción y comunicación pública) de obras y prestaciones afines protegidas a través de alguna web u otra aplicación en línea, donde se facilita la descarga directa de archivos con copias ilegales o bien el acceso en *streaming*; o b) cuando los usuarios intercambian masivamente archivos con copias no autorizadas de obras y prestaciones, valiéndose de los servicios de intermediarios digitales que van desde sitios de almacenamiento de ficheros a webs de enlaces.

Como ha señalado la Unión de Radiodifusión de Asia y el Pacífico (ABU), que es la unión más grande de radiodifusión por su cantidad de miembros, los grandes niveles de piratería de las señales amenazan la supervivencia y el desarrollo del negocio de la radiodifusión de eventos deportivos en directo. Según una publicación titulada *The World Broadcasting Unions and the WIPO Broadcasters Treaty*, en cuanto a eventos deportivos, las conductas más habituales son:

- Retransmisión no autorizada de emisiones a cargo de retransmisores que operan en países vecinos;
- Retransmisión no autorizada y otro uso de emisiones a través de Internet, ya sea de manera simultánea o en otro momento posterior a la emisión;

- Distribución de emisiones grabadas ilegalmente, incluidas las portadoras de eventos deportivos en directo;
- Difusión o distribución por cable de señales de satélite previas a la emisión, portadoras de eventos deportivos u otro tipo de programas; y
- Fabricación, importación y distribución no autorizadas de descodificadores y otros equipos que permitan el acceso no autorizado a servicios de televisión, así como su distribución. (Revista OMPI, 2019, p.11)

En China, la piratería de las emisiones de radiodifusión por internet amenaza considerablemente los eventos deportivos en directo, según Bright Media Technologies indican que, "durante la Copa Mundial de la FIFA Rusia 2018, se localizaron en múltiples plataformas 1.043 enlaces a señales pirata, entre los que figuraban sitios web audiovisuales, aplicaciones de transmisión en directo y descodificadores de libre transmisión (OTT)" (Revista OMPI, 2019, p.12).

CONCLUSIONES

1. La protección jurídica de las emisiones de los organismos de radiodifusión aparece regulada en los principales tratados internacionales de Derecho de Autor y derechos conexos. Tal es el caso de la Convención de Roma de 1961 y el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con El Comercio de 1994. En el caso del Ecuador aparece regulado en el COESCCI de 2016. La protección dispensada por el Código, en el caso ecuatoriano, no refiere de forma expresa abarcar el entorno digital, aunque sí sus usos en entornos alámbricos e inalámbricos. Sin embargo, es aplicable a lo digital pues el país ha ratificado los tratados internacionales de derechos de autor y derechos conexos e internet (WTC) y (WPPT) que entre sus principios está la asimilación de la aplicación de la protección al entorno digital.
2. A nivel internacional y en Ecuador el licenciamiento de derechos de propiedad intelectual derivados de las emisiones de radiodifusión digitales o no genera múltiples ganancias valoradas en millones de dólares, de los cuales una gran parte es destinada al desarrollo de la actividad deportiva, pues proviene de la transmisión y reproducción de los espectáculos deportivos. No obstante, en los últimos años se ha identificado la comisión de infracciones asociadas al uso no autorizado y con ánimo lucrativo de estas emisiones por terceras personas que comercializan estas emisiones y su recepción produciéndole pérdidas a los titulares de derechos sobre sus inversiones, afectando también la actividad deportiva nacional y el control tributario por parte del estado de las mismas.
3. Las legislaciones de España, Chile y Perú, para la protección de estas emisiones en comparación con la ecuatoriana, poseen semejanzas en cuanto al reconocimiento de los organismos de radiodifusión. En todos los casos se reconocen los mismos derechos salvo algunas diferencias, pues España refiere el uso expreso en el entorno digital, no siendo así el resto de los países en donde se aplican los principios generales de protección al entorno digital. Los tres primeros países reconocen la importancia de imponer sanciones penales a la piratería de emisiones de radiodifusión cuando estos derechos son lesionados. En los casos de España y Perú, la regulación es expresa resultando un poco ambivalente y amplia, la de Chile. Con respecto a las sanciones, todos los países contemplan la posibilidad de privación de libertad, así como las multas con variaciones de acuerdo con las circunstancias de comisión del delito. Ecuador, a diferencia de todos, no reconoce la piratería de derechos conexos y aunque regula esta para marcas y derechos de autor, en comparación con las anteriores legislaciones, la reconoce como una infracción menor consideraba contravención a los derechos de propiedad intelectual y en ese sentido, sólo incluyen sanciones pecuniarias.
4. El COIP no incluye en el art. 208 A dentro de la piratería asociada a la propiedad intelectual los derechos conexos por lo que se presenta la presente propuesta a fin de reprimir dichos casos, prevenir las conductas delictivas asociadas a la infracción de derechos conexos en sentido general y, en particular las que afectan los derechos de los organismos de radiodifusión en particular en las emisiones de juegos y espectáculos deportivos.

REFERENCIAS

Antequera Parilli, R. (1994). *El nuevo régimen del Derecho de Autor en Venezuela*. Autoralex.

Armengol, C. M. (2015). *Los métodos en la investigacion juridica, algunas precisiones. Biblioteca juridica de la UNAM*.

Atienza, M. (2001). *El sentido del Derecho*. Ariel.

Ballesteros-Herencia, C. A., y Gómez García, S. (2019). Deporte en el éter. Las emisiones deportivas de radio nacional de España en los inicios del Franquismo. En Materiales para la Historia del Deporte 19, 106-116.

Baylos Corraza, H. (2017). *Tratado de Derecho Industrial. Propiedad Industrial. Propiedad Intelectual Derecho de la competencia económica. Disciplina de la competencia desleal*. 2.ª ed. Civitas.

Benussi Díaz, C. (2015). Algunas consideraciones sobre el tratado de la OMPI relativo a la protección de los organismos de radiodifusión. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*. Centro de estudios de Derecho Informático-Universidad de Chile, Vol 4, No. 1, Chile.

Benussi Díaz, C. S. (2014). Organismos de radiodifusión y la retransmisión de sus señales en la legislación de Propiedad Intelectual. Memoria en opción al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.

Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (2017). *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. 3.ª ed. Tecnos.

Boytha Giogy (1980). *Glosario de derecho de autor y derechos Conexos,* OMPI, Ginebra.

Colectivo de Autores. (2016). *Regulación de Internet y Derechos Digitales en Ecuador*. Editorial USFQ-Colección IURIS DICTIO.

Delgado Porras, A. (2016). *Panorámica de la protección civil y penal en materia de propiedad intelectual*, Ministerio de Cultura, Madrid.

Diez-Gutiérrez, E. J. (2020). Otra investigación educativa posible: investigación-acción participativa dialógica e inclusiva. *Márgenes. Revista de Educación de la Universidad de Málaga* 1(1), 115-128.

DWAkademie (2016) Panorama de los medios en Ecuador. Sistema Informativo y actores implicados, Germany.

Ecuador Asamblea Nacional. (2016). *Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación.* Quito: Registro Oficial Suplemento 899 del 09 de diciembre de 2016.

Ecuador, Asamblea Constituyente. (2008). *Constitución de la República del Ecuador.* Quito: Registro Oficial 449 del 20 de octubre de 2008.

Ecuador, Presidencia de la República. (2017). *Reglamento General al Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos Creatividad e Innovación.* Quito: Suplemento del Registro Oficial, 9 de 7 de junio de 2017.

El Comercio (2020). Piratería de TV por suscripción movería USD 187 millones al año. 16 de marzo. Obtenido de https://www.elcomercio.com/actualidad/pirateria-tv-suscripcion-ecuador-negocios.html

El Derecho. (2018). ¿Deben pagar las radios un canon por retransmitir partidos de fútbol?, obtenido de internet https://elderecho.com/deben-pagar-las-radios-un-canon-por-retransmitir-partidos-de-futbol

El Mercurio. (2020). Desactivada una red de piratería internacional con contenidos de fútbol. 16 de junio. Obtenido en https://ww2.elmercurio.com.ec/2020/06/16/desactivada-una-red-de-pirateria-internacional-con-contenidos-de-futbol/

El Universo. (2019). Senadi anunció bloqueo de direcciones IP que permiten acceder a señales de televisión por internet, Ecuador. Obtenido de https://www.eluniverso.com/noticias/2019/08/19/nota/7478499/senadi-anuncio-bloqueo-direcciones-ip-que-permite-acceder-senales

Gallardo Parrón, R. (2015). La propiedad de los derechos de emisión de los eventos deportivos y su repercusión en los informativos: el caso de Antena 3, LA 1 y Telecinco. *Fonseca: Journal of Communication*, 10 (enero-junio), 9-28.

García Conlledo Díaz, M. (2009). *Jornadas sobre Delitos Económicos*. Thompson Aranzadi / Ministerio de Justicia.

García Pérez, J. F. (2013). Derechos de autor en Internet. Universidad Nacional Autónoma de México.

Herrera Sánchez, A. E. (2018). *Los organismos de radiodifusión como titulares de Derechos Conexos y su derecho de retransmisión*. Pontificia Universidad Javeriana-Facultad de Ciencias Jurídicas-Especialización en Derecho Comercial.

Lipszyc, D. (2005) Responsabilidad de los proveedores de servicios en línea por las infracciones del derecho de autor y derechos conexos en el entorno digital: análisis de la jurisprudencia internacional. XI curso académico regional OMPI/SGAE sobre derecho de autor y derechos conexos para países de América Latina: "el derecho de autor y los derechos conexos en el entorno digital", OMPI-SGAE/DA/ASU/05/7, Ginebra, Suiza.

Lipszyc, D. (2017). Derecho de Autor y Derechos Conexos. Ediciones UNESCO/CERLALC ZAVALIA/ 3-ª ed..

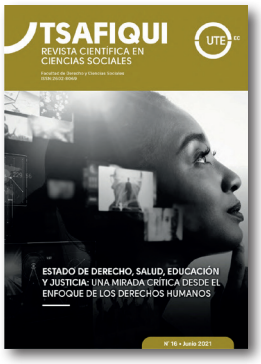
Olivas Rubio, T. y Tamayo Muñoz, C. (2019). La sanción en el ámbito penal de la retransmisión ilegal de partidos de fútbol. *LegalToday*, obtenido de internet http://www.legaltoday.com/practica-juridica/penal/penal/la-sancion-en-el-ambito-penal-de-la-retransmision-ilegal-de-partidos-de-futbol

OMPI (2002), La protección de los organismos de radiodifusión, Comité Permanente de Derechos de Autor y Conexos SCCR/8/INF/1, Ginebra, Suiza.

OMPI (2018), Revista de la OMPI No. 1 Febrero, Ginebra, Suiza.
OMPI (2019) La propiedad intelectual y el Deporte, Ginebra, Suiza, obtenido de internet en: https://www.anflaw.com.ec/articulos/2019/4/25/la-propiedad-intelectual-y-el-deporte
OMPI (2019). *Revista de la OMPI* 2.
OMPI (2020) La protección de los organismos de radiodifusión.
OMPI (2020). Convención de Berna para la Protección de Obras Literarias y Artísticas (Acta de París, 1971 y enmendada el 28 de septiembre de 1979.
OMPI. (2020) Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio, (ADPIC) de la Organización Mundial del Comercio, 1994.
OMPI. (2020).Convención Internacional sobre la Protección de los Artistas, Intérpretes o Ejecutantes, de los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión suscrita en Roma el 26 de octubre de 1961.
Ormaza Pincay, M. M. (2018). La piratería como violación a los Derechos de Autor y Derechos Conexos y su impacto en el ámbito ecuatoriano, Trabajo de titulación previo a la obtención del título de abogado de los tribunales y juzgados de la República, Facultad de jurisprudencia y Ciencias sociales y Políticas carrera de derecho Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Ecuador.
Panethiere, D. (2005). La persistencia de la piratería y sus consecuencias para la Creatividad, la Cultura y el Desarrollo Sotenible. *Boletín de Derecho de Autor* (julio-septiembre), 2-19.
Peña Valenzuela, D. (2001). La Piratería en Internet". *Revista de la Propiedad Inmaterial*, 2, 59-68.
Pérez, Ó. (2012). *Protección de las obras de la cultura popular tradicional por el derecho de autor: especial referencia a Cuba (tesis doctoral)*. La Habana.
Pérez, Ó. (2018). Derecho de Autor y cultura popular tradicional en América Latina y el Caribe. *La propiedad inmaterial*, 27-48.
Rengifo García, E. (2018). *Propiedad intelectual. El Moderno Derecho de Autor.* Universidad Externado de Colombia, 2.ª ed.
Roja Directa. (2019). Senadi ordena bloquear en Ecuador sitios web de Roja Directa, Ecuador. Obtenido de: https://www.eluniverso.com/deportes/2019/06/11/nota/7373460/senadi-ordena-bloquear-ecuador-sitios-web-roja-directa
Ruíz, M. (2013). *Manual de Propiedad Intelectual*. Corporación de Estudios y Publicaciones.
Sampieri, R. H., Collado, C. F. y Lucio, P. B. (2011). *Metodología de la Investigación Social*. MCGRAW-HILL.
Schotz, G. (2017). El derecho conexo de los organismos de radiodifusión y la necesidad de un nuevo tratado internacional. *Revista Iberoamericana de la Propiedad Intelectual* 10.
Solines Moreno, P. (2017). "Breves críticas al Régimen de Derechos de Autor y Derechos Conexos en el Nuevo Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, publicado en el Ecuador". *Boletín del Instituto Interamericano de Derecho de Autor (IIDA)*, Argentina.

TSAFIQUI
REVISTA CIENTÍFICA EN
CIENCIAS SOCIALES

TSAFIQUI | Revista Científica en Ciencias Sociales
Nº 16, 2021 | ISSN **1390-5341** - eISSN **2602-8069** | Universidad UTE
www.revistas.ute.edu.ec/index.php/tsafiqui/index



Vulneración de derechos humanos por el extravío de cuerpos durante la pandemia por la Covid-19 en Ecuador

Violation of human rights due to the loss of bodies during the covid-19 pandemic in Ecuador

https://doi.org/10.29019/tsafiqui.v12i16.878

Freddy Vinicio Carrión Intriago

RESUMEN

La pandemia de la Covid-19 resquebrajó a la sociedad ecuatoriana y evidenció una crisis económica estructural sin precedentes que afectó gravemente a los sectores más desprotegidos e hirió profundamente la memoria colectiva. El presente artículo analiza los derechos humanos vulnerados en Ecuador durante el año 2020, principalmente en Guayaquil debido al mal manejo de los cadáveres y su posterior extravío. La investigación se centra en establecer qué derechos humanos vulneró el Estado por acción u omisión en el marco de la crisis sanitaria. La metodología elegida fue la revisión de literatura analítica que permitiera establecer un marco teórico para analizar los impactos del virus más allá del ámbito de la salud. También se utilizó información levantada por la Defensoría del Pueblo y los datos de prensa nacional e internacional, así como de las organizaciones de la sociedad civil. De esta forma, el documento pretende ser una denuncia pública derivada del trato inhumano e indigno que se dio a los cuerpos de las personas fallecidas en el marco de la pandemia. Por otro lado, busca abrir el debate social y académico sobre la dignidad humana y el manejo de cadáveres, de tal forma que el ejercicio se convierta en una garantía de no repetición. Y, que la memoria de los cuerpos que aún no son entregados a sus familias sea una constante que nos interpele como sociedad para demandar que el Estado cumpla con su rol de garante de los derechos humanos de todos y todas.

ABSTRACT

The covid-19 pandemic undermined Ecuadorian society and made evident the structural economic crisis that has seriously affected the most vulnerable sectors. This article analyzes the violation of human rights in Ecuador during the year 2020, primarily in the city of Guayaquil due to the mishandling of cadavers and their subsequent misplacement. This investigative work seeks to present to the reading public the state of affairs of an unprecedented crisis that has deeply wounded the collective memory. This investigation focuses on establishing the human rights violated by the State by action or omission in the context of the health crisis. Revision of analytical literature was performed as the chosen methodology, allowing for a theoretical framework to be established so as to analyze the impacts of the virus beyond the health field. Information gathered by the Ombudsman's Office and data from the national and international press, as well as from civil society organizations, were also used. Thus, the contribution of the article is aimed as a public denouncement by the individuals whose bodies were not treated with dignity. Furthermore, it raises the importance of discussing this issue within academia in such a way that the discourse itself becomes a guarantee of non-repetition; that the memory of those who have not yet been delivered to their families may be a constant reminder that challenges us as a society to demand that the State fulfill its role as guarantor of the human rights of all.

PALABRAS CLAVE | KEYWORDS

Extravío de cadáveres, Covid-19, vulneración de derechos humanos, Ecuador, manejo de cadáveres, crisis sanitaria.
Misplacement of cadavers, COVID-19, violation of human rights, Ecuador, management of cadavers, health crisis.

Recibido: 31/03/21 - **Aceptado:** 27/05/21 - **Publicado:** 01/06/21 | Páginas: 59-70

INTRODUCCIÓN

La crisis de extraordinaria gravedad social y económica que enfrentamos por la pandemia debería conducir al mundo a replantear la relación entre seres humanos y naturaleza. Vivimos un tiempo de intensas transformaciones, todo lo que como humanidad creíamos asegurado cambió. Es momento de atender lo más importante: «las necesidades humanas en lugar de las demandas de una pequeña minoría» (Chomsky, 2020, p. 45) que concentra el poder social, político y económico. Eventualmente, la humanidad se recuperará de la pandemia a un alto precio, siendo los sectores desprotegidos y en situación de vulnerabilidad quienes afronten los mayores impactos.

Según Francis Fukuyama (2020):

> Los países pobres con ciudades abarrotadas y sistemas de salud pública débiles se verán muy afectados. No solo el distanciamiento social, sino también la simple higiene, como el lavado de manos, son extremadamente difícil en países donde muchos ciudadanos no tienen acceso regular al agua potable. Y los gobiernos a menudo han empeorado las cosas en lugar de mejorarlas, ya sea por diseño, por incitar a las tensiones comunales y socavar la cohesión social, o por simple incompetencia (párr. 4).

En Ecuador fue clara la débil capacidad estatal y el deficiente liderazgo político del Gobierno de Lenín Moreno. Durante los meses más complicados de la crisis sanitaria la brecha social se profundizó y se agravó el estancamiento económico que ya se vivía en el país y que motivó el levantamiento social de octubre de 2019, brutalmente reprimido y con un saldo de múltiples violaciones a los derechos humanos.[1]

Desde el 29 de febrero de 2020, fecha en la cual la exministra de Salud Pública, Catalina Andramuño anunció el primer contagio en el país, la situación se salió de control en términos sociales y sanitarios. Un día después los casos aumentaron a 6 y el cerco epidemiológico a 34. El 13 de marzo se confirmaron veinte casos y la primera muerte. El 17 de marzo con más de 100 casos confirmados se inició el confinamiento en todo el territorio nacional, y 3 días después los casos se triplicaron. Guayaquil inició el camino para convertirse en el foco de la pandemia. El 24 de marzo se superó los 1000 contagios y Ecuador se convirtió en el segundo país de Sudamérica con más contagios.[2] El 2020 finalizó con 230 682 casos confirmados con pruebas PCR y con el registro de 14 319 personas fallecidas por el virus.[3]

Ecuador no solo enfrentó al virus sino a la inoperancia y la corrupción. El 21 de marzo de 2020 la exministra renunció alegando falta de presupuesto para enfrentar la crisis, asumió el cargo Juan Carlos Zevallos, que renunció el 26 de febrero de 2021 en medio de graves cuestionamientos penales por el mal manejo de la crisis y el plan de vacunación.[4]

Los impactos de la pandemia han sido severos para los estratos socioeconómicos con bajas condiciones alimentarias y sanitarias. Judith Butler (2020) manifestó que «la desigualdad social y económica asegurará que el virus discrimine» (p. 62). La discriminación se dio. Las precarias condiciones de vida que debilitan el sistema inmunológico de los sectores empobrecidos les expusieron al contagio y la muerte.

Como en el resto del mundo, en Ecuador se ejecutaron varias medidas para intentar contener la expansión del virus. El 12 de marzo de 2020 mediante Acuerdo Ministerial n.° 126-2020 se declaró:

> el Estado de Emergencia Sanitaria en todos los establecimientos del Sistema Nacional de Salud, en los servicios de laboratorio, unidades de epidemiología y control, ambulancias aéreas, servicios de médicos y paramédicos, hospitalización y consulta externa por la inminente posibilidad del efecto provocado por el coronavirus Covid-19, y prevenir un posible contagio masivo en la población.

El 13 de marzo de 2020 se activó el Comité de Operaciones de Emergencia Nacional (COE-N) para la coordinación de la emergencia. Posteriormente, el Gobierno declaró el estado de excepción mediante Decreto Ejecutivo n.° 1017 por calamidad pública en todo el territorio nacional y dispuso la suspensión de los derechos

1 Informe de la Comisión Especial para la Verdad y la Justicia (2021). Hallazgos.

2 https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-52036460

3 https://www.salud.gob.ec/actualizacion-de-casos-de-coronavirus-en-ecuador/

4 https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-56210659

de libertad de tránsito y de asociación, así como la movilización de las Fuerzas Armadas a todo el territorio nacional. Se declaró un nuevo estado de excepción el 15 de junio de 2020 mediante Decreto Ejecutivo n.° 1074 y el 14 de agosto fue renovado por 30 días más mediante Decreto Ejecutivo n.° 1126.[5]

A más de las medidas adoptadas se requería que el Gobierno aplique perspectivas interseccionales enfocadas en atender las necesidades de los grupos históricamente excluidos o en riesgo, y que reduzca el impacto de las medidas en los derechos humanos. El Gobierno fracasó y producto de ello se vivió una crisis sin precedentes.

En ese contexto, el artículo presenta una breve explicación del virus y su relación con el enfoque de derechos humanos. Analiza las vulneraciones al derecho a la salud e integridad personal, dignidad humana, el derecho a la verdad y al acceso a la información, estableciendo conceptos relevantes y reflexiones desde varias autorías y estándares internacionales de protección. Examina la situación de los cadáveres extraviados durante la pandemia mediante un recorrido por las normas emitidas que no fueron acatadas en el manejo de la situación. Presenta datos de los cuerpos que aún quedan por identificar, a un año del inició del contagio masivo en el país. Y finalmente, expone una serie de conclusiones con respecto a las vulneraciones de derechos humanos producto del extravío de cuerpos.

EL VIRUS Y LAS VULNERACIONES DE DERECHOS HUMANOS

Para Judith Butler el virus por sí solo no discrimina, pero los seres humanos seguramente lo hacemos, modelados como estamos por los poderes entrelazados de nacionalismo, racismo, xenofobia y capitalismo (2020, p. 62). La pandemia generó impactos diferenciados sobre la realización de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales de las personas en situación de vulnerabilidad. Las repercusiones económicas y demográficas de la difusión del virus tienen como base el modelo económico hegemónico.

Sin duda para contener los contagios fue necesario que los Estados adopten medidas: declaraciones de emergencia sanitaria o estados de excepción; cierre de las fronteras; prohibiciones y/o restricciones a la libre circulación; restricciones del derecho de reunión y del derecho a la educación mediante la suspensión de las actividades presenciales reemplazadas por clases virtuales; distanciamiento social; teletrabajo, entre otras. No obstante, estas medidas significaron la precarización de la vida de quienes no puede trabajar en casa y aislarse en caso de contagio. Por otro lado, la protesta social, que materializa la indignación popular contra los gobiernos fue contenida a pesar de que «estaban sucediendo movimientos de protesta en casi todas partes (de Santiago a Beirut), muchos de los cuales se centraban en el hecho de que el modelo económico dominante no estaba funcionando bien para la mayoría de la población» (Harvey, 2020, p. 82).

Las graves omisiones, la negligencia y las decisiones que adoptó el Gobierno ecuatoriano, mientras avanzaba el virus y se recrudecían los contagios, vulneraron varios derechos de la población. Uno de ellos el derecho la salud que está reconocido en el *corpus iuris* internacional de los derechos humanos vinculado al derecho a una vida digna que es la interpretación amplia del derecho a la integridad personal. Además, se vulneró el derecho a la verdad y al acceso a la información de las familias de las personas que murieron en centros de salud públicos.

VULNERACIONES AL DERECHO A LA SALUD E INTEGRIDAD PERSONAL

La Organización Mundial de la Salud (2014) define a la salud como un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente como la ausencia de afecciones o enfermedades, y declara que el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) en cuanto al derecho a la preservación de la salud y al bienestar establece que «Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad» (art. 11).

5 El estado de excepción terminó el 15 de septiembre de 2020.

El Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales determina que el derecho a la salud se entiende como, «el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social» (ONU, 1999, art. 10).

Por su parte, la Constitución de la República de Ecuador señala:

> La salud es un derecho que garantiza el Estado, cuya realización se vincula al ejercicio de otros derechos, entre ellos el derecho al agua, la alimentación, la educación, la cultura física, el trabajo, la seguridad social, los ambientes sanos y otros que sustentan el buen vivir.
>
> El Estado garantizará este derecho mediante políticas económicas, sociales, culturales, educativas y ambientales; y el acceso permanente, oportuno y sin exclusión a programas, acciones y servicios de promoción y atención integral de salud, salud sexual y salud reproductiva. La prestación de los servicios de salud se regirá por los principios de equidad, universalidad, solidaridad, interculturalidad, calidad, eficiencia, eficacia, precaución y bioética, con enfoque de género y generacional (art. 32).

En el contexto de la pandemia por la Covid-19 la Asamblea Mundial de la Salud (2020) hizo un llamado a los Estados

> para que se otorgue prioridad a nivel mundial al acceso universal, oportuno y equitativo a todas las tecnologías y productos sanitarios esenciales de calidad, seguros, eficaces y asequibles, incluidos sus componentes y precursores, que sean necesarios para la respuesta a la pandemia de Covid-19, así como a su distribución justa, y para que se eliminen urgentemente los obstáculos injustificados que dificulten dicho acceso y distribución, en consonancia con las disposiciones de los tratados internacionales pertinentes [...] (p. 3).

Por su parte la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (2020a) en su Resolución n.° 1/2020 fijó estándares y recomendaciones para orientar a los Estados sobre las medidas que deberían adoptar en la atención y contención de la pandemia, de conformidad con el pleno respeto a los derechos humanos, entre ellas:

> Adoptar de forma inmediata, urgente y con la debida diligencia, todas las medidas que sean adecuadas para proteger los derechos a la vida, salud e integridad personal de las personas que se encuentren en sus jurisdicciones frente al riesgo que representa la presente pandemia. Tales medidas deberán de ser adoptadas atendiendo a la mejor evidencia científica, en concordancia con el Reglamento Sanitario Internacional (RSI), así como con las recomendaciones emitidas por la OMS y la OPS, en lo que fueran aplicables (2020, n.º1).

Tomando en cuenta lo vivido por los y las ecuatorianas durante 2020 resulta evidente que el sistema de salud público, que no funcionaba correctamente antes de la pandemia, se desplomó, y el objetivo de la equidad en salud estuvo muy lejos de ser alcanzado. Las autoridades nacionales y locales no actuaron oportunamente por lo que fue imposible evitar la transmisión masiva del virus. Por otro lado, no se dio un manejo transparente de la información sobre el avance de los contagios y el número de personas fallecidas.

La Defensoría del Pueblo de Ecuador (2020a), en su primer monitoreo de vulneraciones de derechos humanos durante la pandemia, identificó 4204 alertas de personas afectadas en el contexto de la emergencia sanitaria. Cifra estimada que se ha recogido de las peticiones directas o los registros en el portal web que la institución ha puesto al servicio de la ciudadanía. De esa cifra, 388 corresponden a vulneraciones al derecho a la salud con 10 situaciones recurrentes:

1. Cadáveres en la calle;
2. Contagios de Covid-19 en miembros de la fuerza pública;
3. Contagios de Covid-19 en personal del servicio público;
4. Dificultad de acceso a atención en salud;
5. Niños, niñas y adolescentes fallecidos;
6. Falencias en el manejo de fallecimiento extrahospitalario, caso confirmado, sospechoso o probable (demora en el levantamiento de cadáveres, fallecimientos en casa);
7. Falencia en el manejo de fallecimiento hospitalario, caso confirmado, sospechoso o probable (inadecuado manejo de cadáveres, pérdida de cadáveres, inadecuado proceso de etiquetado de los cadáveres);

8. Falta de pruebas para detectar contagios de Covid-19;
9. Otro relacionado con salud;
10. Información acerca de Covid-19.

El manejo de los cadáveres se convirtió en una de las situaciones más complejas y que acarreó graves consecuencias y traumas. La pandemia mostró su lado más lacerante, en Guayaquil circulaban imágenes y noticias de cuerpos en las calles que no eran retirados por el servicio de medicina legal. Las personas optaron por sacar a la calle a sus familiares fallecidos por la descomposición y por temor a contagiarse. En otros casos los cuerpos en la calle correspondían a personas que murieron ahí. Asimismo, encontrarse con los hospitales colapsados y los cementerios desbordados fue una constante que horrorizó al país y pronto se hizo eco en medios internacionales.

En un reportaje la BBC señaló que «La ciudad más golpeada por la epidemia de coronavirus ha pasado de tener familias pidiendo que alguien recoja a sus muertos de sus hogares, a familiares rogando para que se los devuelvan» (párr. 2). En ese marco, a continuación, se abordará el extravío de cadáveres desde la perspectiva del derecho a la dignidad humana.

VULNERACIONES A LA DIGNIDAD HUMANA

Los derechos humanos, debido a su carácter abstracto, requieren ser especificados de acuerdo con la diversidad de contextos sociales y culturales, lo que muestra diferencias en cuanto a temáticas éticamente controvertidas. La dignidad humana es una concepción universal que ha contribuido a difuminar las diferencias diametrales y a facilitar la negociación de acuerdos, consolidándose como algo central, además, de ser un concepto jurídico. Esta idea de resistencia ha permitido la consolidación y defensa de los derechos humanos, ampliando e incorporando normativamente el concepto de dignidad humana.

Habermas (2010) plantea que la dignidad humana se constituye en «el eje conceptual que conecta la moral del respeto igualitario de toda persona con el derecho positivo y el proceso de legislación democrático, de tal forma que su interacción puede dar origen a un orden político fundado en los derechos humanos» (p. 10). En la misma línea, Kant (2003) define el concepto de dignidad como un requerimiento moral «todo tiene o un precio o una dignidad. Lo que tiene un precio puede ser sustituido por otra cosa como equivalente; en cambio lo que se halla por encima de todo precio y, por tanto, no admite equivalente, posee dignidad» (p. 74).

Según la Corte Constitucional de Colombia (2002) la dignidad humana está vinculada con tres ámbitos exclusivos de la persona natural:

> la autonomía individual (materializada en la posibilidad de elegir un proyecto de vida y de determinarse según esa elección), unas condiciones de vida cualificadas (referidas a las circunstancias materiales necesarias para desarrollar el proyecto de vida) y la intangibilidad del cuerpo y del espíritu (entendida como integridad física y espiritual, presupuesto para la realización del proyecto de vida) (párrafo 2).

Por ello, los ámbitos de protección de la dignidad humana, no parten de un discurso religioso o metafísico acerca de los derechos innatos o naturales, sino de una declaración democrática construida en el interior de una comunidad política establecida.

Estas nociones de dignidad humana han sido trasladadas a las reflexiones jurídicas de la Corte Constitucional de Ecuador (2014a) que estableció:

> [...] el concepto de la dignidad humana podría ser entendido como aquella condición inherente a la esencia misma de las personas, que, en una íntima relación con el libre desarrollo de su personalidad, a su integridad y a su libertad, le dotan de características especiales que trascienden lo material y que tienden a una profunda consolidación en el más alto nivel de la tutela, protección y ejercicio de los derechos humanos (p. 25).

En la misma línea la CIDH (2020b) en su Resolución 4/2020 estableció directrices sobre el duelo y los derechos de las familias de las personas que murieron por la Covid-19 para que se respete su integridad personal y su salud mental:

Las personas familiares de víctimas fallecidas por Covid-19 tienen derecho a que se respete su integridad personal y salud mental, siendo de especial importancia que puedan recibir información por parte de los prestadores de salud sobre la situación de sus seres queridos. Las bases de datos de las personas afectadas y de sus familiares dentro de los hospitales contribuyen a asegurar su identificación y facilitar su contacto e, incluso en supuestos de emergencia, estos puedan otorgar su consentimiento previo, libre e informado en relación con el tratamiento médico. Asimismo, los Estados deben garantizar condiciones de devolución de los restos mortales de personas en situación de movilidad, así como el derecho a la información por parte de los consulados de la nacionalidad de las personas fallecidas y de sus familiares.

Para que las personas familiares puedan conocer de manera cierta acerca del destino y paradero de sus seres queridos, cuando fallecen como resultado de la Covid-19, es necesaria la adopción de procedimientos que permitan su identificación. Asimismo, se recomienda a los Estados que se abstengan de realizar la inhumación en fosas comunes generales y también que prohíba la incineración de los restos de las personas fallecidas por Covid-19 que no hayan sido identificados, o bien, destinar el uso de fosas específicas para casos sospechosos o confirmados de Covid-19, que posteriormente faciliten su identificación y localización.

Las personas familiares de las víctimas fallecidas durante la pandemia de la Covid-19 deben tener acceso a tener un duelo y realizar sus ritos mortuorios, conforme a sus propias tradiciones y cosmovisión, el cual solo podría ser restringido atendiendo a las circunstancias específicas y recomendaciones de las autoridades de salud con base en la evidencia científica disponible, y a través de las medidas que resulten idóneas para proteger la vida, salud o integridad y sean las menos lesivas. Por ejemplo, un horario reducido y un menor número de personas en los entierros con la finalidad de asegurar un adecuado distanciamiento físico. De igual forma, se debe evitar incurrir en demoras injustificadas o irrazonables en la entrega de los restos mortales (num. 50).

En los graves casos de extravío de cadáveres en Guayaquil, el Estado vulneró el derecho a la dignidad de las familias y de las personas que se presumía o que efectivamente murieron producto de la Covid-19, ya sea en aislamiento hospitalario, en las calles o bien en sus hogares, pues no aplicó los estándares internacionales para el manejo de cadáveres.

Las familias enfrentaron varios problemas adicionales producto del colapso del sistema, demora en la entrega de los cuerpos por la gran cantidad de personas fallecidas, dificultades administrativas para obtener las actas de defunción, además, de las complicaciones con los servicios funerarios y los cementerios, todos al límite de su capacidad de atención.

Además, la CIDH (2020c) reconoció que las dificultades que tienen las familias para enterrar a sus muertos es un hecho que impacta en su derecho a la integridad personal, ocasionando angustia y un mayor sufrimiento. Como consecuencia, instó a los Estados a:

> [...] adoptar medidas que permitan la identificación de las personas fallecidas y la trazabilidad de los cuerpos, así como garantizar la investigación de las muertes potencialmente ilícitas, asegurando el derecho a la verdad, justicia y reparación de sus familiares (párr. 1).

El extravío de los cuerpos de las personas que murieron en el contexto de la pandemia vulneró el trato digno que es inherente a todo ser humano. Se atentó contra el respeto a los vínculos y lazos de las familias y amistades de las víctimas. Además, se vulneraron derechos como la libertad de religión que implica, entre otros, la libertad de profesar y divulgar su cultura, religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, en relación con la muerte. Como en el caso del líder indígena que «falleció por Covid-19 y que fue enterrado inobservando el principio de interculturalidad, cuando su cuerpo no fue entregado para que la comunidad efectúe una sepultura encaminada a sus creencias y costumbres» (Defensoría del Pueblo de Ecuador 2020b, párr. 1).

DERECHO A LA VERDAD Y AL ACCESO A LA INFORMACIÓN

El derecho a la verdad guarda relación con el derecho al acceso a la justicia y protección judicial, a la información, y también como medida de reparación. Comprende el derecho de las víctimas y sus familiares a conocer la verdad, y también de la sociedad en su conjunto.

En ese marco, la Corte Constitucional del Ecuador (2016) señaló que:

> [...] el conocimiento de la verdad de los hechos, como elemento integrante y sustancial del derecho a la reparación integral, constituye una garantía a favor de las víctimas de infracciones penales y/o sus familiares

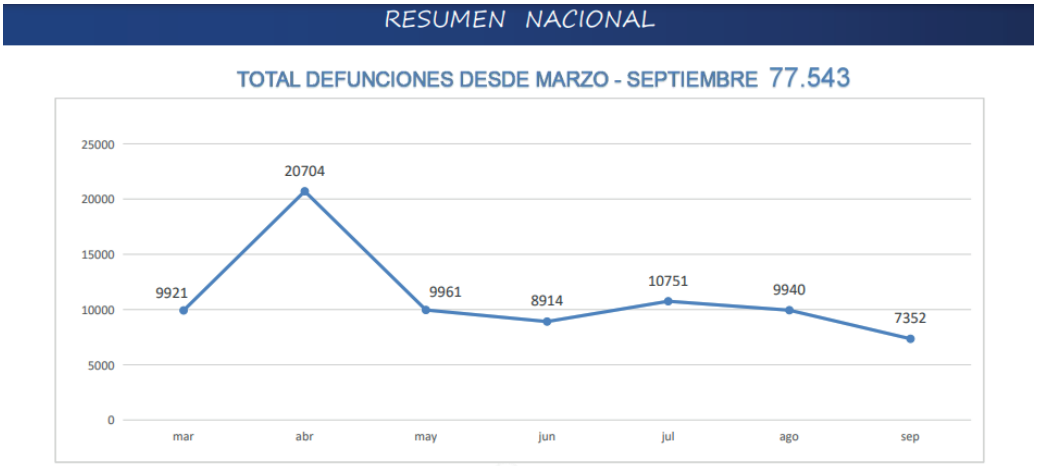
> y la sociedad en general, en función de la cual estas, tienen el derecho a conocer en qué circunstancias se perpetró la infracción-fijación del supuesto táctico- los autores de la misma con identificación clara de su grado de participación y responsabilidad, y de ser el caso, el destino que ha recibido el sujeto pasivo o el bien objeto del delito; así, el derecho a la verdad a su vez permite reivindicar otros derechos constitucionales como el de tutela judicial efectiva y debido proceso (p. 7).

En la misma línea jurisprudencial, la Corte Constitucional del Ecuador (2014b) ratificó que, «[...] el derecho a la verdad se basa en un reconocimiento, por parte de las autoridades competentes, para las víctimas y sus familiares, de que la vulneración de su derecho será objeto de investigación, y en caso de determinar una responsabilidad, sancionar conforme lo establecido en el ordenamiento jurídico» (pp. 10-11).

Por el extravío de cadáveres se mantiene abierta una investigación penal en el marco de la cual resulta urgente que se logre la identificación de los cuerpos para que las familias conozcan el paradero de sus muertos. Mientras no se encuentren los cuerpos de las personas extraviadas se estaría afectando el derecho a la verdad. La desaparición de una persona que estuvo en custodia del Estado (hospitales públicos) se podría configurar como desaparición forzada tomando en cuenta que en el país existe un grave antecedente de personas desaparecidas en casas de salud, como en el caso Guachalá Chimbo. Por consiguiente, entra en debate la responsabilidad estatal imprescriptible respecto de la desaparición de una persona en el contexto de la pandemia.

Por otro lado, el avance sin control del virus no solo colapsó el sistema de salud sino también la capacidad del Gobierno de llevar el registro de personas contagiadas y muertas a causa del virus. El presidente Lenín Moreno en un mensaje al país el 2 de abril de 2020 dijo: «Sabemos que, tanto en número de contagios, como de fallecimientos, los registros oficiales se quedan cortos [...]. La realidad siempre supera el número de pruebas y la velocidad con la que se presta la atención» (El Universo, 2020, párr. 1). Según indica un análisis de los datos de mortalidad realizado por *The New York Times* (2020) en Ecuador la pandemia dejó una cifra de fallecimientos al menos 15 veces más alta que lo señalado por el Gobierno. Adicionalmente, cabe señalar que hay opacidad en la información que presentan las instituciones públicas, lo cual dificulta el análisis de la situación desde una mirada que no sea el oficialismo.

Es relevante advertir que el colapso del sistema de salud pública registrado a partir de finales de marzo, abril y hasta mediados de mayo de 2020 no fue registrado como casos diagnosticados por el Ministerio de Salud Pública porque no había la suficiente capacidad de testeo. Sin embargo, a partir del número de fallecimientos diarios que se registraron de manera inusual durante ese tiempo es posible advertir la gravedad de la situación. Según datos del Registro Civil (2020) (uno de los picos de muertes) registrado fue de 1126 personas muertas incluso en comparación con el 16 de abril de 2016 en que se produjo el terremoto donde se registraron 798 muertes. A nivel nacional en abril de 2020 se registraron 20 704 defunciones y en años anteriores (2019 y 2018) 6079 y 5755, respectivamente:



AÑO	MARZO	ABRIL	MAYO	JUNIO	JULIO	AGOSTO	SEPTIEMBRE
2019	6508	6079	5903	5846	6046	6212	6156
2018	6047	5755	5869	5728	5948	6058	5789

Nota: Tomado de Reporte especial cifras defunciones provincias. Registro Civil del 1 de marzo al 30 de septiembre de 2020, por Dirección General del Registro Civil, p. 2, 2020, https://bit.ly/3sfSKlH

Según el Observatorio Social de Derechos en 2020 se observa un incremento significativo de defunciones a partir del 21 de marzo de 2020. El exceso de personas fallecidas sobre el promedio de los 5 años previos es de 45 403 personas al 31 de diciembre de 2020, eso significa una tasa de 259,29 por cada 100 000 habitantes (Observatorio Social del Ecuador, 2021, párrafo 1).

SITUACIÓN DE LOS CADÁVERES EXTRAVIADOS

Ecuador no tiene una política pública sólida de vigilancia y control epidemiológico y, como ya ha quedado establecido anteriormente, la respuesta frente a la Covid-19 no fue temprana ni suficiente por parte del Gobierno. Varias provincias del país enfrentaron un desproporcionado incremento de personas fallecidas diarias, principalmente Guayas. El virus significó una crisis social devastadora que dejó profundas cicatrices con dolorosas imágenes de personas fallecidas en sus viviendas, en espacios públicos y denuncias de cuerpos desaparecidos, en medio de la deficiente gestión pública de la emergencia sanitaria.

A nivel administrativo se presentaron graves problemas como: dificultad en la correcta identificación de los restos mortales de las personas fallecidas por Covid-19; falta de transparencia en los registros de defunciones; demoras en la entrega e inhumación de los cuerpos y de las actas de defunción. Los familiares tuvieron que, pese al riesgo de contagio, buscar a su familiar entre varios cuerpos en las morgues porque no se observaron los aspectos técnicos de identificación. Según el Comité Permanente por la Defensa de los Derechos Humanos (2020) «La angustia y la desesperación obligó a decenas de personas a sacar el cuerpo de su familiar fallecido a la vía pública» (p. 9).

Al respecto, la CIDH (2 de abril de 2020) refirió que «observa con profunda consternación las dificultades reportadas en Guayaquil para trasladar, cremar y sepultar los cuerpos de personas que han muerto durante la pandemia». A la vez, recordó que «el cuidado de los restos mortales de personas es una forma de observancia del derecho a la dignidad humana».

Debido al alto nivel de casos reportados, mediante Decreto Ejecutivo n.º 1019, desde el lunes 23 de marzo de 2020, Guayas se convirtió en zona especial de seguridad, por lo que las Fuerzas Armadas tomaron su control. El decreto señaló, además, que la zona especial estaría bajo disposición del COE-N.

Se emitieron dos protocolos para la manipulación de cadáveres: el *Protocolo para la manipulación y disposición final de cadáveres con antecedente o presunción covid-19 Hospitalario* y el *Protocolo para la manipulación y disposición final de cadáveres con antecedente o presunción Covid-19 extrahospitalario*, que con base en las denuncias de los familiares no se cumplieron a cabalidad y por ello se dieron las pérdidas.

En este marco vale revisar lo que establecía el protocolo hospitalario respecto a la colocación del cuerpo en una bolsa para cadáveres, al referir que existe una excepción:

> En caso de que el cadáver no sea identificado (NN), se deberá esperar para el embalaje hasta la toma de procedimiento para la identificación por parte de [Policía Nacional y Servicio Integrado de Seguridad Criminalista - inspección ocular técnica], para lo cual se notificará por medio de la llamada al SIS ECU 911, para la intervención en la identificación técnica del mismo (Ministerio de Salud Pública, 2020a, p. 9).

El protocolo mencionado estableció Lineamientos Generales de Identificación de cadáveres Covid-19 NN señalado que:

> En el caso de presentarse cadáveres, en los establecimientos de salud que no cuenten con identificación, tomará procedimiento la Unidad de Criminalística, Medicina Legal en coordinación con la Dinased de la Policía Nacional y el [Servicio Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses] SNMLCF, en el establecimiento de salud antes del embalaje y transporte hacia el destino temporal o final; se procederá conforme a lo que se detalla a continuación:
>
> - Se deberá realizar el procedimiento de la identificación técnica del cadáver, luego de las 24h00 posteriores a su fallecimiento.
> - Se deberá mantener registros físicos de:

- ✓ Lugar de levantamiento
- ✓ Persona que entrega el cadáver
- ✓ Persona que traslada el cadáver
- ✓ Persona que recibe el cadáver
- ✓ Responsable del cementerio o crematorio
- ✓ Disposición final

- Se deberá embalar y etiquetar de manera adecuada, tomando en consideración las normas de bioseguridad con la mínima manipulación posible.
- Suscribir el Formulario de Registro y Transferencia del cadáver con antecedente y presunción Covid-19 desde su inicio hasta su destino final.
- Se debe colocar debidamente individualizado cada cadáver en su disposición final (Ministerio de Salud Pública, 2020a, p. 19).

De igual forma el protocolo, en cuando al levantamiento de cadáveres no identificados NN, no cedulados, extranjeros, señala:

1. Respetar las normas de Bioseguridad en el embalaje y trasporte del cadáver.
2. Fijación fotográfica de conjunto y filiación.
3. Desinfección de manos del cadáver con alcohol en spray.
4. Entintamiento de falanges distales.
5. Levantamiento necrodactilar 10 dígitos.
6. Ubicación de la necrodactilia en funda de papel para trasporte.
7. Ingreso de necrodactilias al sistema AFIS sin retirar el soporte transparente a fin de evitar el contacto directo con la necrodactilia.
8. Coordinación para la identificación con DINASED, a través de la Unidad de Investigación de Personas Desaparecidos.
9. Coordinación con el Registro civil para la identificación del cadáver.
10. Coordinación con las instituciones consulares acreditadas en el Ecuador para la identificación de supuestos cadáveres de nacionalidad extranjera.
11. Se levantará la información para la ficha biométrica simplificada (Ministerio de Salud Pública, 2020a, p. 19).

En el caso de que la capacidad de almacenamiento de la morgue del establecimiento de salud o su equivalente sea superada, tal como pasó, el protocolo establecía que se «deberá notificar al evaluador de despacho de Policía Nacional en el SIS ECU 911, para la coordinación del transporte hacia el centro de acopio temporal del excedente de cadáveres, dando prioridad a aquellos que no cuenten con ningún tipo de cobertura» (Ministerio de Salud Pública, 2020a, p. 17).

El 24 de marzo de 2020, el COE-N resolvió que el Servicio Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (SNMLCF) preste «su contingente en lo que sea necesario para la aplicación del Protocolo para la Manipulación y Disposición Final de Cadáveres con Antecedentes y Presunción Covid-19» (COE-N, 2020, p. 1).

Por su parte, dentro de los lineamientos generales del Protocolo para la manipulación y disposición final de cadáveres con antecedente o presunción Covid-19 extrahospitalario se estableció que:

> Aquellos cadáveres con antecedentes y presunción de COVID-19, que sean plenamente identificados, deberán ser entregados a sus familiares o allegados para su cremación, de manera preferente, o inhumación individual a través de los servicios funerarios contratados (Ministerio de Salud Pública, 2020b, p. 26).

Ante el colapso de los servicios hospitalarios y funerarios en Guayaquil el Gobierno creó una Fuerza de Tarea Conjunta para levantar los cuerpos de personas que por diversas causas (no solo Covid-19) murieron en sus viviendas, en la vía pública u hospitales y darles sepultura.

Esta tarea estuvo coordinada por Jorge Wated quien al referirse al colapso del sistema mortuorio manifestó que:

> antes de la emergencia eran las funerarias las que hacían ese trabajo. El toque de queda hizo que trabajen menos tiempo. Algunos incluso dejaron de trabajar. Eso hizo que el sistema mortuorio colapse en marzo,

> que hospitales no tengan capacidad para guardar fallecidos... Además, no había logística para levantar cuerpos, no había cementerios... no había nada. Todo el mes de marzo comenzó la acumulación. (Expreso, 2020, párr. 2)

Con base en las denuncias de 37 familias sobre la desaparición de cadáveres de hospitales de la red pública de salud la Defensoría del Pueblo de Ecuador presentó una acción de protección. El 7 de julio de 2020, el juez emitió una sentencia en favor de las personas afectadas y declaró la vulneración de los derechos a la dignidad humana, integridad personal, a la recepción de servicios públicos de óptima calidad y a la seguridad jurídica de 35 personas.[6] Cabe señalar que a la fecha de la emisión de la sentencia quedaban pendiente identificar 16 cuerpos por lo que el juez ordenó como medidas de reparación, las siguientes:

> a) Con la finalidad de identificar los cuerpos de 16 personas que no han podido ser encontrados hasta la presente fecha, se dispone se oficie al Servicio Nacional de Medicina Legal y Ciencia Forense, para que en el término de 10 días informe a este Juzgador, si se ha logrado identificar [...]. b) Que el Ministerio de Salud Pública brinde ayuda psicológica por un año, a todos los familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad relacionados con la presente acción y que se vieron afectados por el extravío de los cadáveres, incluso a los familiares de las personas que han podido ser encontradas durante la tramitación de la presente acción; c) Que el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social a través de sus hospitales Teodoro Maldonado Carbo y el Hospital General del Norte de Guayaquil IESS los Ceibos; así como el Ministerio de Salud Pública y el Hospital General Guasmo Sur, pidan disculpas públicas a los familiares de las personas cuyos cadáveres fueron desaparecidos, inclusive a los familiares que durante esta acción pudieron haber encontrado los cuerpos. Las disculpas se harán mediante una publicación en un periódico de amplia circulación en el Cantón Guayaquil; d) El Servicio Nacional de Medicina Legal y Ciencia Forense y el Laboratorio de Criminalística y Ciencias Forenses de la Zona 8, procedan a entregar los cuerpos que hayan podido identificar para su correspondiente inhumación, salvo que ya se encuentren inhumados; e) Como medida para no repetición, se dispone que el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social a través de sus hospitales Teodoro Maldonado Carbo y el Hospital General del Norte de Guayaquil IESS los Ceibos, el Ministerio de Salud Pública y el Hospital General Guasmo Sur, capaciten a sus funcionarios sobre la manipulación de los cadáveres en tiempo de pandemia [...]. (Unidad Judicial Civil, 2020, VI Decisión, párrafo 1)

En el marco de la demanda de acción de protección hasta la fecha se han identificado 5 cuerpos adicionales de los 16 que estaban pendientes, es decir, faltan 11 personas por identificar.

A la par de la acción constitucional, el exgobernador de Guayas, Pedro Pablo Duart, denunció la existencia de 216 cadáveres en descomposición dentro de contenedores en hospitales, los cuales no habían sido identificados. La Fiscalía General del Estado inició una investigación previa por el presunto delito de incumplimiento de decisiones legítimas de autoridad competente señalado en el artículo 282 del Código Orgánico Integral Penal (COIP), signada con el n.° 090101820040046 contra los hospitales Guasmo Sur, Teodoro Maldonado Carbo y Los Ceibos de Guayaquil.

De los 216 cuerpos que se encontraban en contenedores en estado de descomposición se ha logrado identificar 154 cuerpos mediante métodos antropológicos y pruebas de ADN, restando todavía la identificación de 62 cuerpos Finalmente, se conoce que Gabriela Díaz, subdirectora de Medicina Legal solicitará al fiscal la autorización para la inhumación de esos cuerpos ya que se han extraído las muestras físicas para las pruebas de identificación.[7]

En tal virtud, la situación de los cuerpos de las personas fallecidas puede ser dividida en: los que han sido identificados y enterrados; los que no han podido ser identificados y siguen en los contenedores; y los que permanecen extraviados como el caso de una persona que fue entregada por error a una familia que cremó los restos y días después les notificaron que su familiar despertó del coma y está viva.[8]

6 Se estableció que no hubo vulneración de derechos de 2 personas.

7 Este dato fue extraído del expediente fiscal y se constató mediante llamada telefónica con la subdirectora de Medicina Legal y Forense de Guayas.

8 https://www.laprensa.com.ni/2020/04/26/internacionales/2667172-coronavirus-en-ecuador-la-mujer-de-74-anos-a-la-que-dieron-por-muerta-pero-estaba-viva

CONCLUSIONES

La pandemia provocada por la Covid-19 ha sido capaz de cambiar a la sociedad y develar todo lo que está mal en un sistema débil y corrupto, se han perdido muchas vidas no solo por el virus sino también por la inoperancia del Gobierno, esas vidas son el reflejo de las desigualdades sociales y de la pobreza. Esta conclusión no es una declaración política, por el contrario, es el resultado del análisis de los alarmantes datos sobre el aumento de la mortalidad durante 2020 y las insuficientes estrategias para realizar pruebas a la población, manejar la crisis del sistema hospitalario y ahora la conducción del plan de vacunación[9].

Lo sucedido con el manejo de cadáveres dejó profundas huellas de dolor y afectaciones graves a la plena vigencia de los derechos humanos en su dimensión personal y colectiva.

Se vulneraron los derechos a la salud e integridad personal de los fallecidos y sus familiares, también el derecho a la dignidad humana, en este caso incluye el derecho de cada persona o comunidad para realizar procesos de duelo como formas de aliviar el dolor que causa la muerte, ya que la posibilidad de sepultar a sus familiares de acuerdo con sus creencias aporta en cierto grado al proceso de duelo, contribuyendo a mitigar las secuelas del trauma.

El Estado no preservó la dignidad humana en la manipulación de los cadáveres y se sigue irrespetando la memoria de las personas fallecidas. Actualmente, aún quedan 62 cuerpos por ser identificados en los contenedores de los hospitales. En consecuencia, si luego de realizar las pruebas científicas a los cadáveres que faltan por identificar un cuerpo sigue extraviado se podría hablar de una desaparición atribuible al Estado.

También se vulneró el derecho al acceso a información veraz y oportuna sobre la situación de las personas que ingresaron a casas de salud públicas y su suerte o paradero. En tal virtud se ha vulnerado el derecho a la verdad de las víctimas que son parte de un proceso penal. En esta misma dimensión la sociedad no obtuvo datos desagregados y reales que le permitan conocer la verdad de lo que pasaba en el país.

LISTA DE REFERENCIAS

Acuerdo Ministerial n.º 00126. Declárese el estado de emergencia sanitaria en todos los establecimientos del sistema nacional de salud, en los servicios de laboratorio, unidades de epidemiología y control, ambulancias aéreas, servicios de médicos y paramédicos, hospitalización y consulta externa por la inminente posibilidad del efecto provocado por el coronavirus covid-19, y prevenir un posible contagio masivo en la población. (12 de marzo de 2020). Registro Oficial 160.

Asamblea Mundial de la Salud. (19 de mayo de 2020). *Respuesta a la COVID-19*. https://bit.ly/3f7CNKm

Butler, J. (2020). *El capitalismo tiene sus límites*. Sopa de Huwan. Editorial ASPO (Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio).

Chomsky, N. (2020). *Internacionalismo o extinción*. CLACSO

Comisión Interamericana de Derechos Humanos [@CIDH]. (2 de abril de 2020). *La CIDH observa con profunda consternación las dificultades reportadas en Guayaquil para trasladar, cremar y sepultar los cuerpos de personas que han muerto durante la pandemia* [Tuit]. https://bit.ly/3sfUkDT

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2020a). *Pandemia y derechos humanos en las Américas. Resolución 1/2020*. https://bit.ly/3tNKidB

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2020b). *Derechos Humanos de las Personas con COVID-19*. Resolución 4/2020. https://bit.ly/3cdn0YA

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2020c). *Respeto al duelo de las familias de las personas fallecidas en la Pandemia del COVID19*. https://bit.ly/3f9ZwWu

Comité de Operaciones Especiales Nacional. (2020). *El COE Nacional en sesión permanente del martes 24 de marzo de 2020*. file:///C:/Users/Hogar/Downloads/Resoluciones-COE-Nacional-24-de-marzo-2020.pdf

Comité Permanente por la Defensa de los Derechos Humanos. (2020). *Cuerpos extraviados*. https://bit.ly/3sctNaC

Constitución de la República del Ecuador. (20 de octubre de 2008). Registro Oficial 449.

Corte Constitucional de Colombia (2002) *Sentencia T-881/02*. https://bit.ly/3fapuZB

Corte Constitucional de Ecuador. (2014a). *Sentencia n.° 093-14-SEP-CC. Caso n°1752-11-EP*. https://bit.ly/3rgQUPS

Corte Constitucional del Ecuador. (2014b). *Sentencia N.° 114-14-SEP-CC. Caso 1852-11-EP*. https://bit.ly/3skDt34

Corte Constitucional del Ecuador. (2016). *Sentencia N.° 111-16-SEP-CC. Caso n.° 1105-13-EP*. https://bit.ly/3cZ3Che

9 https://www.covid19ecuador.org/

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. (1948). https://bit.ly/3tNN2rl

Decreto Ejecutivo n.° 1074. Declárese el estado de excepción por calamidad pública en todo el territorio nacional, por la presencia de la COVID-19 en el país. (15 de junio de 2020). https://bit.ly/3tN7V67

Decreto Ejecutivo n.º 1017. Declárese el estado de excepción por calamidad pública en todo el territorio nacional, por los casos de coronavirus confirmados y la declaratoria de pandemia de COVID-19 por parte de la Organización Mundial de la Salud. (16 de marzo de 2020). Registro Oficial 163.

Defensoría del Pueblo de Ecuador. (2020a). *La Defensoría del Pueblo registra 4204 alertas de vulneraciones a los derechos humanos en el contexto de la emergencia sanitaria*. https://bit.ly/3fcuop4

Defensoría del Pueblo de Ecuador. (2020b). *Defensoría del Pueblo considera regresiva de derechos la decisión de la Corte Provincial de Pastaza de revocar la sentencia respecto al entierro del líder indígena shuar Alberto Mashutak, que falleció por covid-19*. https://bit.ly/3d51PHo

El Universo. (2020). *Coronavirus en Ecuador: cifra de muertes sería 15 veces más alta que el registro oficial*. https://bit.ly/3faqgWv

Expreso. (2020). *Jorge Wated: Solo se ha sepultado a cerca de 600 cuerpos*. https://bit.ly/2Pnb8dy

Fukuyama, F. (2020). *La pandemia y el orden político*. Foreign affairs. https://fam.ag/3sfhrOY

Habermas, J. (2010). El concepto de la dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos. *Diánoia*, volumen LV, número 64 (mayo 2010). pág. 2-25.

Harvey, D. (2020). *Política anticapitalista en tiempos de COVID-19*. Sopa de Huwan. Editorial ASPO (Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio)

Kant, I. (2003). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, trad. Manuel García Morente. Ediciones Encuentro.

Ministerio de Salud Pública. (2020a). *Protocolo para la manipulación y disposición final de cadáveres con antecedente y presunción COVID19 Hospitalario*. https://bit.ly/3tKPfnB

Ministerio de Salud Pública. (2020b). *Protocolo para la manipulación y disposición final de cadáveres con antecedente y presunción COVID-19 Extrahospitalario.* https://bit.ly/3cZMibX

Observatorio Social del Ecuador. (2021). *Personas fallecidas por coronavirus en Ecuador*. https://www.covid19ecuador.org/fallecidos

Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General. (16 de noviembre de 1999). *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. 17 de noviembre de 1988. https://bit.ly/3cbJ5Xz

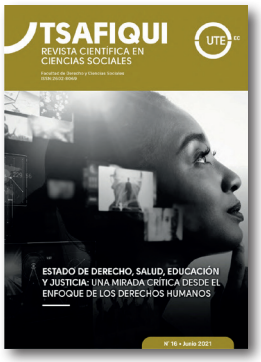
Organización Mundial de la Salud. (2014). *Constitución de la organización mundial de la salud*. https://bit.ly/319BVgj

Registro Civil. (2020). *Reporte especial cifras defunciones provincias del 01 de marzo al 30 de septiembre de 2020*. https://bit.ly/3sfSKlH

The New York Times. (2020). *El número de muertos en Ecuador durante el brote está entre los peores del mundo*. https://nyti.ms/3f7EDee

Unidad Judicial Civil. (7 de julio de 2020). *Sentencia de acción de protección n.° 09332202003152*. [Juez Carlos Andrés Andrade López].

TSAFIQUI | Revista Científica en Ciencias Sociales
Nº 16, 2021 | ISSN **1390-5341** - eISSN **2602-8069** | Universidad UTE
www.revistas.ute.edu.ec/index.php/tsafiqui/index



Las competencias básicas como derecho a una educación de calidad en los aspirantes a la universidad

Basic skills as a right to a quality education for university applicants

https://doi.org/10.29019/tsafiqui.v12i16.876

Daniel Espinosa
Santiago Cóndor
Vanessa Calvas

RESUMEN

En el marco de la pandemia por la Covid-19, las Universidades ecuatorianas ejecutaron acciones para mitigar la emergencia sanitaria orientadas a garantizar una educación de calidad. En ese sentido, la presente investigación tuvo como objetivo desarrollar un diagnóstico, a través de un instrumento de base estructurada, para medir las competencias básicas necesarias para el ingreso a una Universidad particular del Ecuador. Este diagnóstico permitió identificar el nivel de las competencias de los aspirantes, como resultado del nivel de cumplimiento del derecho a una educación de calidad del bachillerato. Para ello se desarrolló y aplicó el instrumento de forma virtual a los aspirantes. Una vez culminado el proceso, se procedió al análisis de los resultados y su entrega. Los resultados obtenidos demuestran que los aspirantes alcanzan en promedio un nivel por debajo de la media nacional en el examen de ingreso a la educación superior (Ser Bachiller). Además, en las cuatro competencias evaluadas los aspirantes se ubican en promedio en los niveles más bajos. Esto refleja una falencia en el cumplimiento de lo establecido en la Constitución y la Ley Orgánica de Educación Intercultural (LOEI) con relación a garantizar una educación de calidad en el bachillerato. Esto a su vez supone esfuerzos adicionales de la Universidad para equiparar estas competencias en los primeros niveles de formación y así cumplir con una educación superior de calidad, pertinente, en igualdad de oportunidades, procurando la permanencia y eficiencia terminal, reto que se acentúa en el contexto de la pandemia.

ABSTRACT

In the context of the Covid-19 pandemic, Ecuadorian universities implemented actions to mitigate the health emergency aimed at guaranteeing quality education. In this sense, the objective of this research was to develop a diagnosis, through a structured instrument to measure the basic skills required for admission to a private university in Ecuador. This assessment made it possible to identify the level of achievement the skills of the applicants have, as well as the fulfillment of their right to a quality education. For this purpose, the instrument was developed and applied remotely to the applicants. Once the process was completed, the results were analyzed and published. The results obtained in this assessment show that the average level of achievement of applicants in the higher education admission exam (Ser Bachiller) is below the national average. Additionally, on the evaluated skills, the same applicants are located on average in the lowest levels. This reflects the lack of compliance with the provisions of the Constitution and the LOEI in relation to guaranteeing high-school quality education. This, in turn, implies additional efforts by the University to level up these skills during the first periods of education and in this manner comply with standards of quality in higher education, pertinence and equal opportunity, ensuring permanence and graduation efficiency, as challenges that may be exacerbated in the context of the pandemic.

PALABRAS CLAVE | KEYWORDS

Competencia, derechos humanos, calidad de la educación, universidad, enseñanza superior, estudiante universitario
Skills, human rights education, educational quality, university, higher education, university students.

CC BY

Recibido: 30/03/21 - **Aceptado:** 28/05/21 - **Publicado:** 01/06/21 | Páginas: 71-82

1. INTRODUCCIÓN

En el contexto de la crisis generada por la pandemia de la Covid-19, la suspensión de clases presenciales provocó en los sistemas educativos la necesidad de adaptar los métodos de enseñanza y evaluación a metodologías de estudio en entornos virtuales y modalidades no presenciales. La adaptación a estas modalidades de enseñanza-aprendizaje en el contexto de la pandemia, ha puesto en evidencia la desigualdad social, incrementando las brechas en el alcance de los derechos de salud, educación, acceso a la tecnología, y alfabetización digital (Rodicio-García et al., 2020).

Según datos recopilados por la Unesco, en abril de 2020, iniciada la pandemia de la Covid-19, varios países de América Latina y el Caribe tomaron decisiones respecto a las evaluaciones del aprendizaje de estudiantes y desempeño docente. En Ecuador, por ejemplo, se postergaron algunas evaluaciones para el ingreso al magisterio y se analizaron métodos alternativos para las evaluaciones nacionales de los estudiantes (CEPAL-Unesco, 2020). Evaluaciones que debían ejecutarse para garantizar la calidad en materia de educación según lo establecido en la Constitución que entró en vigor el 20 de octubre de 2008, aprobada por más del 60 % de la población mediante referéndum.

Respecto de la educación de calidad se ha indicado que la evaluación de estudiantes a través de exámenes de base estructurada es un indicador de calidad de la educación cuyo proceso se guía en la contribución del disfrute de los derechos humanos (Tomasevski, 2004). La enseñanza de calidad en educación transforma la comprensión, experimentación y conceptualización del mundo que le rodea al estudiante (Chinchay Villarreyes et al., 2020) abriéndole nuevas oportunidades para el ejercicio de sus derechos, la transformación social y el desarrollo personal, lo que además se alinea al cuarto Objetivo de Desarrollo Sostenible (ODS) que en su agenda 2030 establece la garantía de una educación inclusiva, equitativa y de calidad promoviendo oportunidades de aprendizaje durante toda la vida para todos (Naciones-Unidas, 2015).

En la carta magna del Estado ecuatoriano, debatida participativamente en la Asamblea Constituyente de Montecristi, se establecen los derechos, principios, garantías y políticas públicas para alcanzar el buen vivir o *Sumak Kawsay* y se definen los elementos trascendentales para construir un Estado plurinacional, incluyente y democrático, profundizando así los derechos de la naturaleza, los derechos colectivos, los derechos del agua, el derecho a la salud y el derecho a la educación de calidad, entre otros (Lara Lara y De la Herrán Gascón, 2016).

Esta Constitución en sus arts. 26, 27 y 28 estable que: "La educación es un derecho de las personas a lo largo de su vida y un deber ineludible e inexcusable del Estado, (...) garantía de la igualdad e inclusión social y condición indispensable para el buen vivir" (Derechos del buen vivir, 2008). Bajo este marco se establecieron a través de los arts. 343 y 351, el Sistema Nacional de Educación y el Sistema de Educación Superior, con la finalidad de generar las políticas para el desarrollo de capacidades y potencialidades tanto individuales como colectivas articuladas al Plan Nacional de Desarrollo, lo cual, permite la producción del pensamiento universal, conocimientos, cultura, saberes y producción científica tecnológica; bajo principios de autonomía, calidad, igualdad de oportunidades, pertinencia e integralidad.

Bajo esta perspectiva, desde la Constitución de Montecristi y hasta el momento en que se desató la crisis por la pandemia de la Covid-19, el Estado ecuatoriano desarrolló varios procesos para la democratización y aseguramiento del derecho a una educación de calidad, ejecutados a través de los organismos de los sistemas de educación nacional y educación superior (Lara Lara y De la Herrán Gascón, 2016). Dichos procesos partieron del concepto de calidad considerando la característica de prestación de un servicio, permitiendo la generación de determinados estándares y criterios específicos para generar y garantizar el ejercicio de este derecho en todos los actores de la comunidad educativa, tanto de instituciones públicas como privadas del país (Ruiz y Correa, 2010).

Además, en el marco de garantías de derecho y calidad de la educación, a través del art. 353 de la Constitución, se establece que el Sistema de Educación Superior se regirá por dos organismos públicos. El primero encargado de la planificación, regulación y coordinación interna del sistema y la función ejecutiva, que son funciones de la actual Secretaria de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación (Senescyt); y el segundo organismo de carácter público técnico encargado de la acreditación y aseguramiento de la calidad de instituciones, carreras y programas académicos, que son funciones del actual Consejo de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Superior (Caces).

Para valorar el cumplimiento de dichos estándares educativos que aseguran la calidad de la educación, se generaron diversos mecanismos de evaluación en los niveles de educación media (secundaria) y en los niveles de

educación superior (universidades e institutos tecnológicos). Se estableció la articulación de los sistemas de educación a través el Sistema Nacional de Admisión y Nivelación (SNNA), con base en los principios de igualdad de oportunidades, libertad de elección, autonomía de las universidades y méritos (Senescyt, 2019). Otorgando a las instituciones de educación superior públicas y privadas la facultad para realizar evaluaciones de ingreso o evaluaciones diagnósticas para conocer los niveles de conocimientos, competencias o habilidades de los aspirantes que ingresan a la educación superior.

Bajo ese orden de ideas, la evaluación, por lo tanto, toma relevancia en los procesos de mejora y aseguramiento de la calidad de la educación en Ecuador, sobre todo en la crisis por pandemia de la Covid-19, en donde se busca determinar los efectos del cambio de modalidad de enseñanza-aprendizaje, garantizar el derecho a una educación de calidad y asegurar la eficiencia en el desarrollo de competencias (Rodicio-García et al., 2020). La evaluación en consecuencia se considera como una oportunidad de aprendizaje y debe utilizarse no solo para seleccionar a quienes poseen ciertas competencias, sino para promoverlas y mejorarlas (Cano, 2008); a partir de la entrega de resultados enmarcados en procesos de retroalimentación.

Por tal motivo, la evaluación debe entenderse como una dimensión formativa que permite conocer e informar, tanto a los aspirantes como al cuerpo académico y autoridades de las instituciones educativas, sobre el nivel de desempeño en las competencias evaluadas, las que constituyen el andamiaje de la formación que realizan los estudiantes, garantizando su permanencia y el éxito en el transcurso de la carrera universitaria. De igual manera, deben detallarse con claridad los aspectos positivos y debilidades relacionados con dichas competencias para corregirlas, mejorarlas y poder desempeñarlas en futuras tareas académicas o en la adquisición de aprendizajes a lo largo de la vida —*Lifelong Learning*— (Medel-Añonuevo et al., 2001).

Esta coyuntura propone grandes desafíos para implementar medidas que garanticen la continuidad, calidad, equidad y pertinencia de los programas educativos en las Instituciones de Educación Superior (IES), problemática en donde se desarrolla la presente investigación, determinando a manera de diagnóstico, los niveles de desempeño, oportunidades, fortalezas y debilidades encontradas en el desarrollo de las competencias de los aspirantes a una universidad privada del Ecuador.

Los resultados del estudio de carácter cuantitativo-exploratorio representan para las IES y para el sistema educativo una oportunidad para la retroalimentación e implementación pertinente de programas de nivelación y mejoras, que permiten menguar las brechas existentes, acarreadas desde los procesos formativos previos y agravadas por el efecto de la pandemia para impulsar el aprendizaje, considerando que el desarrollo integral de competencias es esencial en el formativo de nivel superior (Cotino Hueso, 2021), puesto que las características y condiciones de los aspirantes evaluados en esta investigación, en su gran mayoría reflejan las condiciones y el estado de las competencias de la población que ingresa a las IES y de la población estudiantil bachiller en general.

METODOLOGÍA

La investigación fue diseñada sobre el método de investigación de tipo cuantitativo-descriptivo, ya que pretende inferir el nivel de logro alcanzado por los aspirantes en las competencias básicas necesarias para la formación universitaria. La investigación se desarrolló en dos fases. La primera consideró la definición del constructo de evaluación, el modelo de evaluación, la elaboración de los ítems (reactivos o preguntas de evaluación con niveles cognitivos), validación de contenido de los mismos por juicio de expertos y el desarrollo de los niveles de logro conceptuales a través del debate y análisis de expertos de la academia (Downing, 2011). Para este efecto, se convocó a las autoridades académicas (coordinadores académicos y directores de carrera) de todas las facultades de la universidad, a participar en talleres de trabajo colaborativo donde se revisó una amplia bibliografía relacionada con la adquisición y evaluación de las competencias, así como los perfiles de ingreso a las carreras, objetivos de aprendizaje, pénsum, estándares educativos y se desarrollaron los insumos necesarios para la evaluación.

La segunda fase radicó en la aplicación del instrumento de evaluación de base estructurada a 454 aspirantes a través de una plataforma digital *online*, proporcionada por la IES que contenía el banco de preguntas desarrolladas por los docentes de todas las facultades. El sistema de evaluación utilizado presentó una interfaz de usuario de fácil lectura que permitió a los aspirantes leer con claridad los ítems, gráficos y tablas del instrumento de evaluación. De igual manera, el sistema proporcionó todas las seguridades informáticas para garantizar la

transparencia, objetividad y honestidad académica al momento de la evaluación. Por último, el departamento de tecnologías de la información de la IES proporcionó al equipo de investigación, las bases de datos que contienen las respuestas de cada ítem por aspirante. De acuerdo con la metodología planteada por Binda y Benavent (2013) se procedió a realizar el análisis estadístico, psicométrico y de calificación que establece una escala de puntajes y los niveles de logro alcanzados de la población evaluada. Se ejecutaron además procesos estadísticos para medir la confiabilidad del test y asegurar la validez en la caracterización e inferencias de la población evaluada (Binda y Benavent, 2013). La aplicación del instrumento de evaluación y los análisis de resultados se realizaron en el ciclo académico octubre 2020-febrero 2021.

En el estudio *New Vision for Education: Unlocking the Potential of Technology* realizado por Konopko (2015) y publicado por el *World Economic Forum*, se indica que en el siglo XXI el desarrollo de las competencias básicas permite no solo que los aspirantes apliquen habilidades para la resolución de problemas, sino que estos sean capaces de enfrentar nuevos retos complejos en sus contextos de aprendizaje (Konopko, 2015). Así también se debe considerar que una competencia es un conjunto de conocimientos, procedimientos y actitudes combinados e integrados que determinan el saber, saber hacer, saber ser y saber estar de una persona lo que le permite actuar con eficacia en un marco profesional (Tejada y Ruiz, 2016).

En varias investigaciones se ha demostrado que las competencias permiten resolver situaciones del entorno, seguir aprendiendo a lo largo de la vida, las mismas que se desarrollan de manera longitudinal antes y durante la formación universitaria (Loyola Ochoa, 2018). Considerando lo anterior y como resultado del trabajo con los expertos académicos de la universidad, se definió que las competencias a evaluar sean: comunicativa, científica, matemática y de razonamiento abstracto.

Tomando como referencia la definición de competencias clave de la OCDE (2005), la competencia comunicativa o lectora evalúa la capacidad de comprender, utilizar, reflexionar e interactuar con texto escritos para desarrollar sus conocimientos, potencial y participar en la sociedad. La competencia matemática evalúa la capacidad para formular, emplear o interpretar las matemáticas en diferentes escenarios, haciendo uso de conceptos, procedimientos, datos que permitan explicar y predecir fenómenos, reconociendo las matemáticas en el mundo, permite emitir juicios y decisiones bien fundamentadas. La competencia científica evalúa temas relacionados con la ciencia e ideas científicas, lo que implica la capacidad para explicar fenómenos de forma científica, evaluar y diseñar una investigación, interpretar datos y hacer pruebas científicas (OCDE, 2005). La competencia de razonamiento abstracto evalúa las capacidades de imaginar, visualizar, trasladar y distinguir en el espacio objetos de dos o tres dimensiones; además de transformar los datos en ideas y conceptos concretos permitiéndonos analizar y sintetizar nuevos aprendizajes (Naranjo et al., 2016). Estas competencias podrían considerarse como parte de los capitales académicos que de acuerdo con varias investigaciones son requeridas para la generación de nuevas competencias y habilidades sobre los que se cimientan los futuros aprendizajes universitarios (Carvajal y Cervantes, 2017).

En el proceso de construcción del instrumento de evaluación, los docentes de la IES elaboraron los ítems lo que permitió diseñar dos versiones del instrumento de 65 ítems ordenados en formas diferentes. Posteriormente, se aplicó el análisis psicométrico de los test que consiste en aplicar un conjunto de procedimientos, técnicas y métodos para determinar de forma cuantitativa la medida de las variables cognitivas, rasgos o variables latentes de aprendizaje o comportamientos del ser humano (Moreira Mora, 2011). Se aplicó los conceptos de la Teoría Clásica de los Test (TCT), para determinar la escala de puntajes, validez, confiabilidad, representar la relación de la actuación observable con la característica no observable y que permite extraer conclusiones sobre el constructo. De igual manera, se analizó los ítems mediante la teoría de respuesta al ítem (TRI), que permite describir de forma separada, tanto a los ítems como a los individuos; además considera que la respuesta que da el sujeto depende del nivel de habilidad que tenga en dicho rasgo y permitirá relacionar los instrumentos de evaluación para realizar estudios de comparabilidad año tras año (Chávez y Saade, 2009).

Para determinar la validez del instrumento se aplicó el método estadístico de estimación Alpha de Cronbach el cual tiene una escala de 0 a 1. Esta escala presenta tres rangos de validez: Baja, Media y Alta. De acuerdo con Frías-Navarro (2019) los instrumentos que se encuentren con valores inferiores a 0.6 se consideran que tienen una validez baja, si el valor se encontrara en el rango de 0.6 a 0.8 se determina que el instrumento mantiene un parámetro de confiabilidad media y si los instrumentos se encuentran en el rango de 0.8 a 1 estos presentan una validez alta (Frías-Navarro, 2019). En ese orden de ideas, el instrumento de esta investigación presenta un valor de 0.79 lo que indica que la confiabilidad se encuentra en el rango medio y muy cercano a los valores superiores.

Por otra parte, como resultado de los talleres con los expertos académicos se determinó cuáles son los criterios que garantizan la adquisición de determinadas competencias y habilidades en una institución de educación formal, en este caso de educación superior. Tales estándares fueron consensuados tomando en cuenta el tipo de evaluación a aplicarse y hacen referencia a los niveles de logros alcanzados.

En esta investigación se definieron cuatro niveles de logro los mismos que hacen referencia al progreso de la competencia. El primer nivel se denomina 'En proceso', implica que el aspirante debe hacer un esfuerzo, dado que todavía no ha logrado las competencias y aprendizajes esperados. El segundo nivel denominado 'Satisfactorio', significa que el aspirante posee algunas competencias y aprendizajes esperados; sin embargo, todavía requiere trabajar para desarrollarlas con el fin de continuar por el camino a la excelencia académica. El tercer nivel denominado 'Muy bueno', conlleva que el aspirante tiene un buen desempeño con respecto a la adquisición de competencias y aprendizajes, finalmente, el cuarto nivel denominado 'Excelente' consiste en que el estudiante ha adquirido de forma adecuada las competencias, conocimientos y aprendizajes esperados, por lo que forma parte del grupo que trasciende a la excelencia académica de la IES.

Adicionalmente se estableció una categoría denominada "¡Tú puedes, la próxima lo harás mejor!" cuyo propósito es ubicar a los aspirantes que no alcanzaron el puntaje mínimo de los niveles de logro esperados, descritos en líneas anteriores. Esta categoría es complementaria a las demás y va de 0 (cero) a 400 puntos, indicando que algunas competencias pueden ser demostradas por los aspirantes, pero no logran ser suficientes para determinar si el estudiante las posee en la profundidad con la que se espera que sean alcanzadas.

En lo referente a la escala de puntaje, se definió que las pruebas se califican utilizando un índice que representa una métrica lineal, donde cero indica que el aspirante no se presentó el día de la evaluación. Menor a 400 puntos indica que el desempeño del estudiante en la evaluación no demostró una competencia adquirida, de 401 a 700 que el nivel de competencia se encuentra en proceso de formación, de 701 a 850 demuestra que la competencia adquirida es satisfactoria, de 851 a 950 que el nivel de competencias demostrado es muy bueno y de 951 a 1000 que obtuvo casi todas o todas las respuestas correctas y, por lo tanto, su nivel de competencias es excelente. Esta escala de puntaje es similar a la utilizada en las evaluaciones nacionales de estudiantes, lo que permite realizar un análisis comparativo a nivel macro (Sánchez et al., 2016).

ANÁLISIS Y RESULTADOS

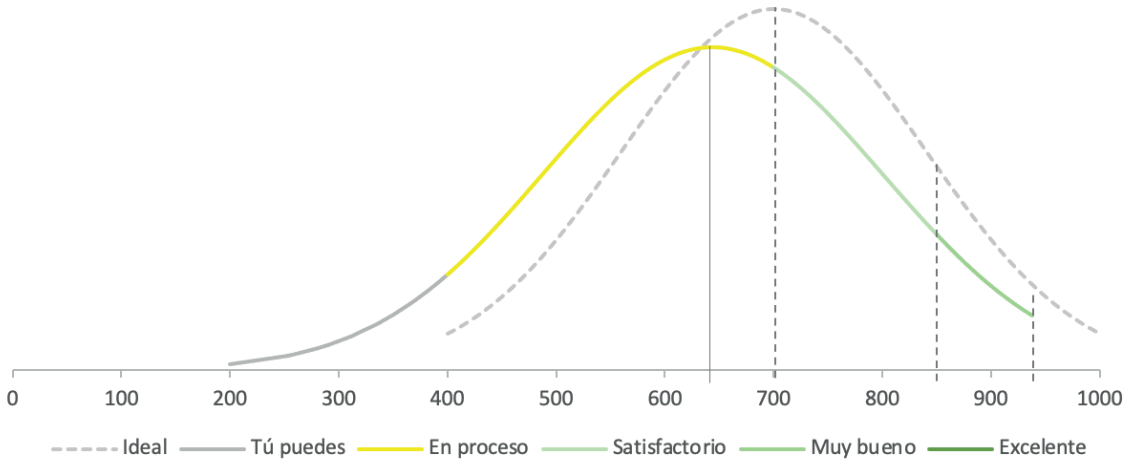
Con los datos obtenidos en esta investigación se realizaron los siguientes análisis: puntajes obtenidos en relación con la media teórica,[1] nivel de logro alcanzado por los aspirantes, por el tipo de sostenimiento del colegio de procedencia, diferencia por sexo y un diagnóstico sobre el nivel de adquisición de los componentes de las cuatro competencias evaluadas.

Los resultados obtenidos por los 454 aspirantes evaluados, correspondiente al 96 % de la población convocada,[2] los que cuentan con 18 años en promedio, tiempo en el que inician sus estudios universitarios. El puntaje global corresponde al promedio que obtuvieron los aspirantes en cada competencia evaluada. El promedio de los puntajes globales obtenidos por la población evaluada es de 644 puntos, la misma que es menor en 56 puntos, por debajo de la media teórica establecida en 700 puntos. Como se observa la distribución de la población evaluada con una línea de colores (figura 1), muestra una dispersión hacia la izquierda con respecto a la distribución teórica representada por la línea entrecortada de color gris.

1 La media teórica se establece en función a la referencia de 700 puntos fijados como media nacional en los resultados obtenidos en las evaluaciones aplicadas en la población de bachillerato, que ha rendido cada año el examen "Ser Bachiller", en concordancia con lo establecido en el art. 196 del Reglamento a la Ley Orgánica de Educación Intercultural Bilingüe, relacionado con los requisitos para la promoción en el nivel de bachillerato.

2 Para esta evaluación fueron convocados la totalidad de los aspirantes interesados en ingresar a la oferta de educación superior de la Universidad donde se desarrolló la investigación, sin embargo 18 de ellos no asistieron a la misma.

Figura 1
Distribución normal de los puntajes globales



La gama de colores verde y amarrillo representa los rangos de nivel de logro y permite diferenciar el puntaje en el cual el desempeño de los aspirantes cambia de categoría o nivel. En la distribución de la población, se observa que el 60 % de la población obtuvo puntajes menores a 700 puntos, lo que significa que todavía no han adquirido o están "En proceso" de adquisición de las competencias básicas. Por otro lado, el 31 % de la población ha demostrado un desempeño 'Satisfactorio' sobre las competencias básicas y solo un 9 % ha alcanzado el nivel 'Muy bueno'. Cabe mencionar que ninguno de los aspirantes evaluados alcanzó el nivel más alto, es decir, 'Excelente'.

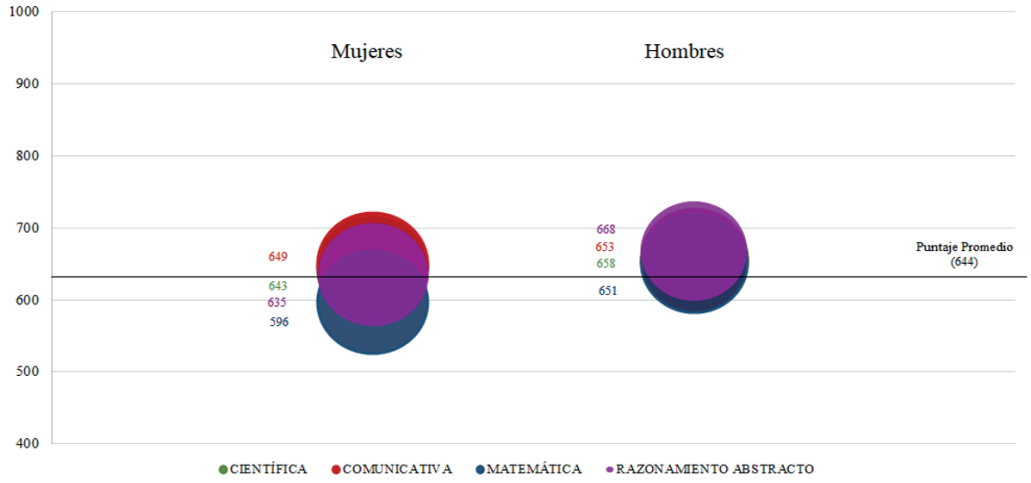
Considerando el tipo de sostenimiento del colegio de procedencia de los aspirantes evaluados, se identificó que los aspirantes que proceden de colegios particulares alcanzan un promedio global de 668 puntos; esto es que se encuentran 32 puntos por debajo de la media teórica. En lo que respecta a los colegios fiscales, los aspirantes alcanzaron un promedio de 627 puntos; o sea, 73 puntos por debajo de la media teórica. En cuanto a los aspirantes que provienen de los colegios fiscomisionales estos obtuvieron un puntaje global de 579 puntos. Finalmente, los aspirantes de colegios municipales obtuvieron un puntaje global de 639 puntos; es decir, 61 por debajo de la media teórica.

En el proceso de aplicación se identificó una participación muy similar entre el número de hombres y mujeres evaluados. En el caso de las mujeres, participaron 235 que representan el 52 %; mientras que, el 48 % a los hombres. Además, se identificó una variación de 26 puntos entre ellos (631 puntos en mujeres y 657 puntos en hombres). Con respecto a la media poblacional de 644 puntos, se observó una desviación simétrica de 13 puntos, desfavorable para las mujeres y favorable para los hombres. Estos resultados replican los datos obtenidos por sexo en evaluaciones a nivel nacional e internacional, según lo señalan las evaluaciones PISA 2015, TERCE 2013 y Ser Bachiller 2017-2018,[3] lo que denota una vez más la falta de oportunidades o motivaciones y acceso que tienen las mujeres desde temprana edad para explotar su potencial.

En la comparación de los promedios de puntaje por competencias (figura 2), se observa que el puntaje de las mujeres en matemática dista en 48 puntos respecto de la media poblacional. Mientas que los hombres alcanzaron en dicha competencia 651 puntos, 7 puntos sobre la media poblacional. Por su parte, existe una mayor dispersión de puntajes en las mujeres, en tres de las cuatro competencias evaluadas: matemática, razonamiento abstracto y científica.

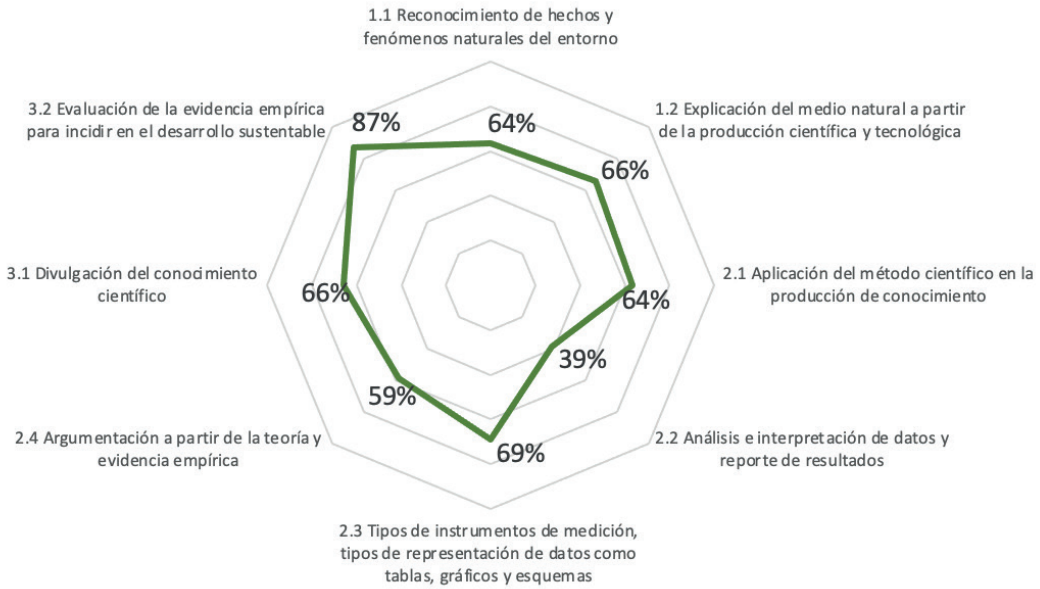
3 Los resultados de las evaluaciones de las pruebas PISA 2015, que evalúan a estudiantes de 15 años de 75 países, incluidos 9 de América Latina, señalan que en lectura y matemática las mujeres obtienen resultados más bajos que los hombres (OCDE, 2005)
De la misma manera los estudios TERCE 2013, que evalúan a 15 países de América Latina, incluido Ecuador informan que, en comparación con los hombres, las mujeres de 7mo de básica (entre 10 y 11 años) obtuvieron 11 puntos por debajo del promedio en matemática y 7 puntos menos en ciencias (LLECE, 2016)
En los resultados de las pruebas nacionales Ser bachiller 2017-2018, las mujeres entre 17 y 18 años obtuvieron 5 puntos menos que los hombres en matemáticas (Sánchez et al., 2016)

Figura 2
Comparación de promedios de competencias por sexo



Por otro lado, el análisis sobre la adquisición de la competencia científica determinó que el promedio global obtenido por los aspirantes fue de 650 puntos; es decir, 50 puntos por debajo de la media teórica. La distribución de los puntajes indica que solo el 1 % de los aspirantes se ubica en el nivel "Excelente", el 20 % en el nivel 'Muy bueno', el 26 % en 'Satisfactorio' y el 27 % 'En proceso'. Además, existe un 26 % de la población que no presenta evidencia de haber adquirido esta competencia. Con relación a los componentes evaluados de la competencia (figura 3), se observa que el componente sobre "Análisis e interpretación de datos y reporte de resultados", solo el 39 % de la población pudo responder de manera correcta los ítems, lo que significa que más de la mitad de la población no muestra evidencia de haberlo adquirido; mientras que, en el componente sobre "Evaluación de la evidencia empírica para incidir en el desarrollo sustentable", el 87 % de la población acertaron y presentan evidencia de haberlo adquirido.

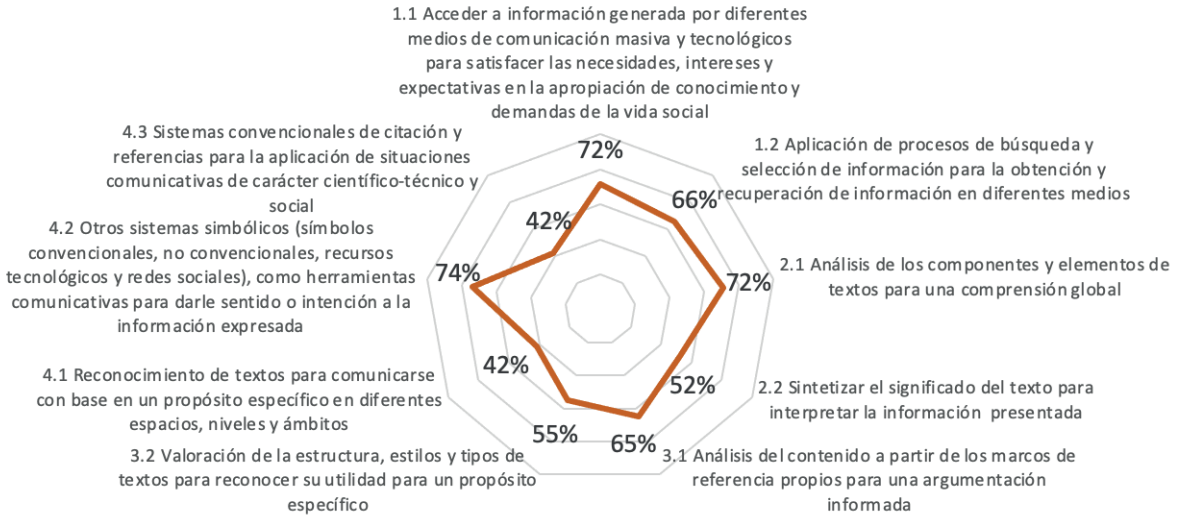
Figura 3
Adquisición de los componentes de la competencia científica en porcentajes



Por su parte, el promedio global obtenido en la competencia comunicativa fue de 651 puntos, o sea 49 por debajo de la media teórica. En la distribución de los puntajes se identificó que solo el 1 % de los aspirantes logró

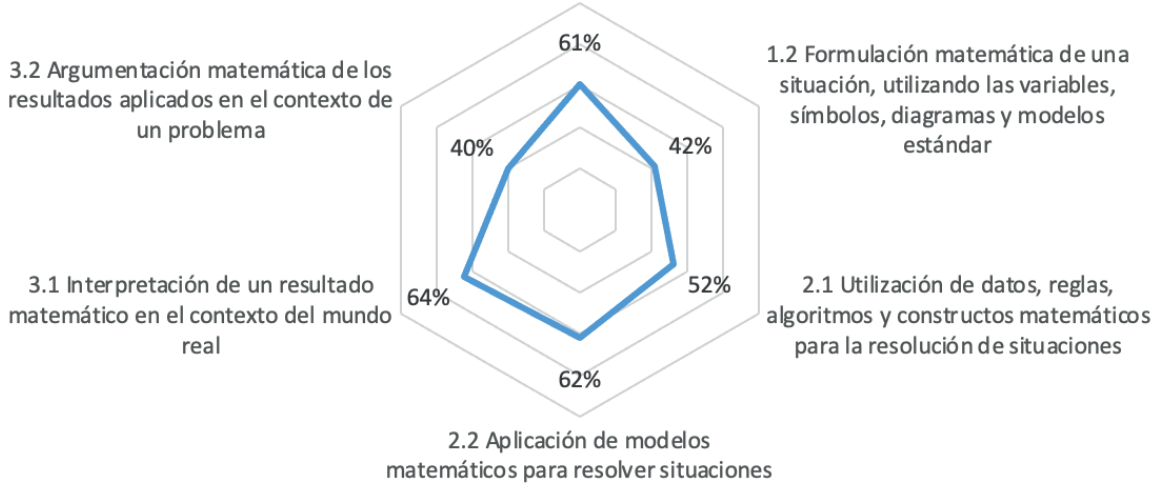
el nivel 'Excelente'; el 15 %, 'Muy bueno'; el 22 %, 'Satisfactorio'; el 40 % 'En proceso' y el 21 % no presenta evidencia de haber adquirido esta competencia. Se observa que solo el 42% de los evaluados, evidencia haber adquirido el componente sobre "Reconocimiento de textos para comunicarse con base en un propósito específico en diferentes espacios, niveles y ámbitos"; mientras que, el 74 % demostró evidencia sobre el uso de "Otros sistemas simbólicos (símbolos convencionales, no convencionales, recursos tecnológicos y redes sociales), como herramientas comunicativas, para darle sentido o intención a la información expresada" (figura 4).

Figura 4
Adquisición de los componentes de la competencia comunicativa en porcentajes



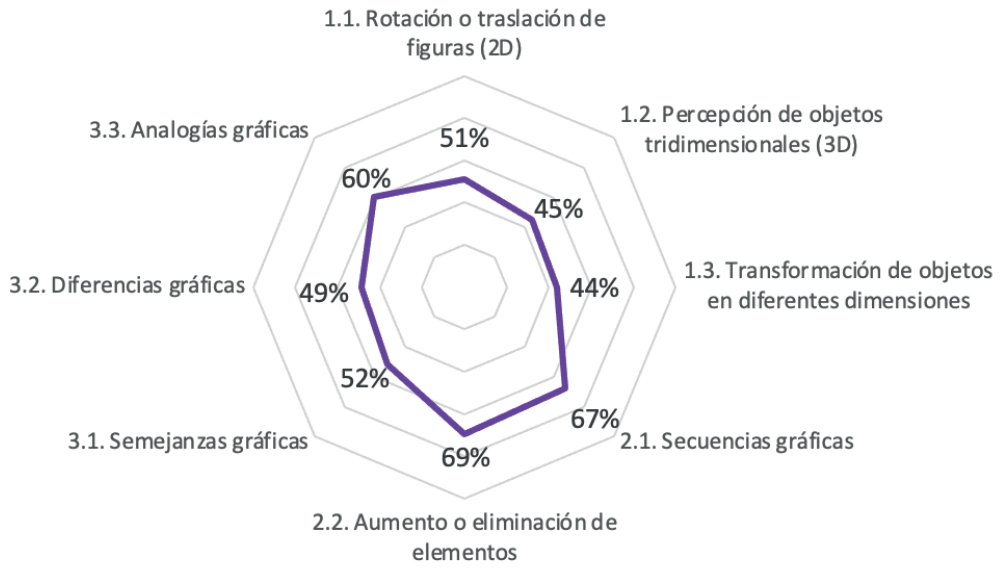
En cuanto a los resultados de la competencia matemática, el puntaje global obtenido fue de 623 puntos; es decir, 77 puntos por debajo de la media teórica. La distribución de los puntajes indica que solo el 3 % de la población se ubica en el nivel 'Excelente'; el 13 %, en 'Muy bueno'; el 25 %, en 'Satisfactorio'; el 30 %, 'En proceso' y el 29 % no presenta evidencia de haber adquirido la competencia. Respecto a los componentes de la competencia se observa que solo el 40 % de la población logra la "Argumentación matemática de los resultados aplicados en el contexto de un problema; mientras que, el 64 % evidencia que posee la capacidad de Interpretación de un resultado matemático en el contexto del mundo real" (figura 5).

Figura 5
Adquisición de los componentes de la competencia matemática en porcentajes



Finalmente, en el análisis de los resultados de la competencia de razonamiento abstracto, se identificó que el puntaje global alcanzado fue de 651 puntos; es decir, 49 puntos por debajo de la media teórica. La distribución de los puntajes determinó que solo el 1 % de la población alcanzó el nivel 'Excelente'; el 6 % 'Muy bueno'; el 31 %, 'Satisfactorio'; *el* 44 %, 'En proceso' y el 19 % no evidencia la adquisición de la competencia. Se observa que el 44 % de la población mostró evidencia en el componente de "Transformación de objetos en diferentes dimensiones; mientras que, el 69 % lo hace sobre el Aumento o eliminación de elementos" (figura 6).

Figura 6
Adquisición de los componentes de la competencia de razonamiento abstracto en porcentajes



DISCUSIÓN

En cuanto al logro alcanzado en el desarrollo de estas competencias, se puede observar, en los resultados presentados, que el 60 % de la población evaluada se encuentra por debajo de lo esperado. Lo que denota que los aspirantes ingresan a la educación superior en el nivel 'En proceso' de la adquisición de las competencias científica, comunicativa, matemática y de razonamiento abstracto. Lo anterior da indicios del incumplimiento de lo establecido en la Constitución, en el art. 27, donde se indica que "la educación [...] será de calidad"; y el art. 343 donde se establece que: "el sistema nacional de educación tendrá como finalidad el desarrollo de capacidades y potencialidades individuales y colectivas de la población, que posibiliten el aprendizaje, y la generación y utilización de conocimientos, técnicas, saberes, artes y cultura"; así como con en el num. 1 del art. 347, donde se señala que se debe "asegurar el mejoramiento permanente de la calidad" (Derechos del buen vivir, 2008).

En este sentido, se evidencia la inobservancia del art. 2 de la LOEI que enuncia los principios de la actividad educativa, específicamente en lo relacionado al principio de calidad y calidez desarrollado en el lit. w, donde se establece que es deber del Estado Ecuatoriano "Garantizar el derecho de las personas a una educación de calidad y calidez, pertinente, adecuada, contextualizada, actualizada y articulada en todo el proceso educativo"

Frente a ello, se abre una oportunidad para impulsar acciones desde las instituciones educativas de nivel superior, particularmente para la IES receptora de los aspirantes evaluados. Es decir, la universidad podrá implementar procesos académicos de nivelación o planes de mejora para asegurar el desarrollo de estas competencias en la institución, los cuales deberán incorporarse al menos en el primer nivel de toda la oferta de grado. Dichas acciones estarían encaminadas a dar cumplimiento a lo establecido por la LOES en el art. 2 "Garantizar el derecho a la educación superior de calidad"; art. 5, lit. b) "Acceder a una educación superior de calidad y pertinente, que permita iniciar una carrera académica y/o profesional en igualdad de oportunidades"; art. 8, lit. b); "Forta-

lecer en las y los estudiantes un espíritu reflexivo orientado al logro de la autonomía personal, en un marco de libertad de pensamiento y de pluralismo ideológico"; art. 12 "El Sistema de Educación Superior se rige por los principios de autonomía responsable, cogobierno, igualdad de oportunidades, calidad, pertinencia, [...]"; art. 13, lit. a) "Garantizar el derecho a la educación superior mediante la docencia, la investigación y su vinculación con la sociedad, y asegurar crecientes niveles de calidad, excelencia académica y pertinencia;" y finalmente art. 13, lit. o) "Brindar niveles óptimos de calidad en la formación y en la investigación".

En cuanto al tipo de sostenimiento de los colegios de donde provienen los aspirantes, es pertinente indicar que, para esta población evaluada, la creencia de que existe mayores niveles de logros de aprendizaje en la educación privada en comparación a la educación púbica no se cumple por completo, ya que se observa que los aspirantes indistintamente del tipo de sostenimiento del colegio de origen están por debajo del nivel esperado. Lo anterior reafirma el incumplimiento de la LOEI, que en su art. 6, lit. e), indica que es parte de las obligaciones del Estado "Asegurar el mejoramiento continuo de la calidad de la educación"; así como del art. 58 de los "Deberes y obligaciones de las instituciones educativas particulares", literal k) "Garantizar una educación de calidad" (LOEI, 2017).

En referencia a los resultados por sexo, se evidencia que el puntaje de las mujeres se ubica por debajo de la media poblacional; mientras que el de los hombres se encuentra por encima de esta. Dicha brecha existente entre sexos ubica a las mujeres en desventaja, que podría ser resultado de la falta de oportunidades, motivaciones históricas y de contexto, inequidad en el acceso y estimulación limitada que inhibe la participación de las mujeres en aquellas actividades categorizadas patriarcalmente como "exclusivas de los hombres" desde tempranas edades, lo que además en el contexto del Covid-19 ha determinado que sean sobre todo las mujeres de diferentes grupos etarios las únicas que deberían cumplir con las actividades del hogar y de cuidado, aunque esto implique menguar la atención en sus estudios y evaluaciones, en los contextos académicos. Esta situación muestra una disparidad en relación con el enfoque de derechos plasmado en el art. 27 de la Constitución donde se señala que "la educación se centrará en el ser humano y garantizará su desarrollo holístico, en el marco del respeto a los derechos humanos". En ese sentido, la universidad tiene el reto de implementar políticas de acción afirmativa en beneficio de las mujeres que permitan desarrollar dichas competencias básicas y disminuir la brecha existente entre ambos sexos.

En lo que respecta al proceso de adquisición de las cuatro competencias evaluadas, se observó que la mayor parte de los aspirantes se encuentran en promedio en el nivel "En proceso" *y* No presenta evidencia de haber adquirido la competencia. En lo que respecta al proceso de adquisición de las cuatro competencias evaluadas, se observó que la mayor parte de los aspirantes se encuentran en promedio en el nivel En proceso y "No presenta evidencia de haber adquirido la competencia". Cabe mencionar que cada competencia evaluada, exceptuando razonamiento abstracto, han sido desarrolladas de forma explícita en concordancia con los estándares de calidad y el currículo nacional emitidos por el Ministerio de Educación, por lo que se esperaría que estás sean adquiridas durante la educación básica y el bachillerato general unificado (Ministerio de Educación, 2016; Ministerio de Educación del Ecuador, 2017).

Como consecuencia de ello, en la competencia científica a los aspirantes les hace falta desarrollar la capacidad para analizar, interpretar datos y reportar resultados, lo que a su vez se asocia con la falta de un manejo racional, comprensión de la información científica y reconocimiento de hechos y fenómenos del entorno; todas ellas como actividades propias de la ciencia y necesarias para la investigación, el desarrollo y producción de conocimiento científico.

En la competencia comunicativa, la mayor parte de los aspirantes tienen dificultades con acceder y obtener información, reconocer la utilidad de la información y textos para un propósito académico específico y para comunicarse; aspectos necesarios para un adecuado desarrollo y comprensión académica y de carácter profesionalizante.

En la competencia matemática, la falta de vinculación entre el aprendizaje adquirido por parte de los aspirantes, la practicidad del mismo y el acercamiento de las competencias matemáticas en las diferentes materias que enseñan los docentes en los niveles básico y bachillerato; lo anterior evidencia la falta de desarrollo de componentes tales como de relación con el razonamiento, análisis lógico, adaptación de modelos y teoría matemática para el análisis de las situaciones, uso de datos, algoritmos y conceptos matemáticos para la resolución de problemas que se presentan en diferentes áreas del conocimiento, que son necesarias durante la formación universitaria.

En la competencia de razonamiento abstract,o se observa que a los aspirantes se les dificulta los procesos de percepción de objetos tridimensionales (3D) así como la transformación de dichos objetos a otras dimensiones, seguido de la rotación o traslación de figuras en dos dimensiones. Estos componentes del razonamiento permiten configurar un pensamiento lógico y disruptivo asociado al desarrollo de escenarios posibles requeridos para la resolución de problemas de forma sistemática y creativa.

Finalmente, se puede mencionar que el capital académico (competencias y habilidades) con el que ingresan a la universidad los aspirantes evaluados, puede condicionar su desempeño y permanencia en la carrera elegida. De acuerdo con Carvajal (2017), lo anterior toma relevancia en esta investigación ya que los resultados demuestran una brecha entre el logro alcanzado por los aspirantes y el nivel requerido para obtener un rendimiento académico positivo.

CONCLUSIONES

El Ecuador a través de sus diferentes organismos reguladores, diseñadores, ejecutores de la política, instituciones públicas y privadas que imparten educación, tienen una gran deuda con los ecuatorianos ya que por décadas no se ha garantizado la calidad que se espera y que está establecida en la Constitución, por lo que todavía se debe trabajar desde las diferentes instancias por mejorar y exigir calidad en la prestación de los servicios educativos que se ofrecen.

El sistema educativo en el marco de la pandemia por Covid-19, si bien se ha adaptado para llegar con su oferta a diferentes rincones del país no ha podido menguar las inequidades existentes en el acceso al desarrollo tecnológico y se ha incrementado la brecha entre los que tienen recursos o una situación económica favorable y aquellos que han sido golpeados fuertemente por la crisis económica empeorada en esta pandemia. En este marco los procesos educativos se han visto también afectados, por lo que deberá ser misión primordial del Estado y de las instituciones de educación, tomar acciones que permitan a los ecuatorianos en edad de estudiar, acceder a la educación y permanecer dentro del sistema educativo, bajo la premisa de que la educación es un derecho de las personas a lo largo de su vida y un deber ineludible e inexcusable del Estado, como lo menciana la Constitución del Ecuador.

Por su parte, el Sistema de Educación Superior que según la Constitución, debe regirse además bajo el principio de igualdad de oportunidades, tiene entre sus compromisos menguar la brecha a nivel de logros en el desarrollo de competencia entre sexos, lo que implica por ejemplo mantener y fortalecer las políticas de discriminación positiva que garantizarán, en este caso a las mujeres, la continuación de sus objetivos profesionales, lo que como lo sostienen varios estudios generará un círculo virtuoso de acceso y continuidad académica en sus descendientes y en la sociedad.

Debido a la pandemia generada por la Covid-19, las IES se vieron en la necesidad de adaptar los procesos de enseñanza-aprendizaje y de evaluación a entornos virtuales, lo que también influyó en el proceso de aplicación del instrumento de evaluación en el marco de este estudio. Sin embargo, la metodología empleada fue acertada ya que permitió comprobar el grado de calidad del instrumento de evaluación a través de los procesos psicométricos de ítems, el cálculo de fiabilidad y el trabajo con expertos académicos que proporcionan validez al modelo de evaluación, a los resultados obtenidos y a las conclusiones presentadas en esta investigación; por otra parte, cabe mencionar que este estudio marca una línea-base que permitirá a la Universidad desarrollar evaluaciones consecutivas ciclo tras ciclo e ir ajustando las necesidades de evaluación y nivelación de sus estudiantes.

Para replicar este estudio en futuros ciclos académicos, según la metodología empleada, se debe fortalecer el banco de ítems y seguir cumpliendo con los estándares de calidad técnica que permiten una estabilidad en los indicadores de dificultad, discriminación y confiabilidad. Así mismo, para profundizar el estudio, se sugiere diseñar una encuesta de factores asociados que permita obtener las variables socioculturales y económicas que influyen en el desarrollo de estas competencias con el fin de fortalecer desde la Universidad los apoyos necesarios para igualar las oportunidades de los aspirantes.

Esta investigación ha identificado el nivel de logro de las competencias de los aspirantes, las mismas que permiten desarrollar habilidades y aprendizajes a lo largo de la formación universitaria y de la vida profesional. Por lo que, en cuanto al nivel de desempeño demostrado por los estudiantes, los resultados demuestran que es necesario otorgar mayor peso y profundidad a la adquisición de dichas competencias.

Es imprescindible que los procesos de evaluación educativa en sus diferentes etapas se instauren y ejecuten de manera periódica, ya que esto facilita la posibilidad de revisar de forma concreta los resultados que arroja el sistema educativo, lo que constituye una oportunidad para hacer mejoras e intervenir en el mismo. De igual manera, cuando la evaluación se aplica al inicio de los procesos educativos, se obtiene información diagnóstica cuyo conocimiento permite planificar y realizar intervenciones comprometidas con el desarrollo educativo de los estudiantes, lo que podría menguar las brechas existente en el desarrollo de competencias esenciales para ga-

rantizar la permanencia y éxito de los mismos en las carreras universitarias, lo que ha sido la principal motivación para la realización y publicación de esta investigación.

REFERENCIAS

Binda, N. U., y Benavent, F. B. (2013). Investigación Cuantitativa E Investigación Cualitativa: Buscando Las Ventajas De Las Diferentes Metodologías De Investigación. *Revista de Ciencias Económicas*, *31*(2), 179-187. https://bit.ly/3fxMn9T

Cano, E. (2008). La evaluación por competencias en la educación superior. *Profesorado*, *12*(1138-414X), 16. https://bit.ly/2QRuJn7

Carvajal, R. A., y Cervantes, C. T. (2017). Aproximaciones a la deserción universitaria en Chile. *Educação e Pesquisa*, *44*(0), 1-20. https://bit.ly/3dcsUbG

CEPAL-UNESCO. (2020). La educación en tiempos de la pandemia de COVID-19. *Geopolitica(s)*, *11*, 1. https://bit.ly/3rDguip

Chávez, C., y Saade, A. (2009). Procedimientos básicos para el análisis de reactivos. *Centro Nacional de Evaluación para la Educación Superior, A.C.*, *Primera ed*, 164.

Chinchay Villarreyes, S. S., Moreno Quispe, L. A., Ygnacio Santa Cruz, A. G., Zerga Romaní, J. J., y Cango Córdova, J. I. (2020). *Perspectivas de la Educación Superior en los Entornos Virtuales en Perú - ProQuest*. 219-229. https://bit.ly/2PF7egn

Cotino Hueso, L. (2021). La enseñanza digital en serio y el derecho a la educación en tiempos del coronavirus. *Revista de Educación y Derecho*, *21*. https://bit.ly/3m71FmV

Derechos del buen vivir, Constitución del Ecuador 132 (2008). https://bit.ly/3wd0yqz

Downing, S. y H. T. (2011). Handbook of Test Development. En *Lawrence Erlbaum Associates Inc.*

Frías-Navarro, D. (2019). Apuntes de consistencia interna de las puntuaciones de un instrumento de medida. *Universidad de Valencia*, 1-13. https://bit.ly/3wbLcTk

Konopko, J. (2015). Unlocking the potential of the smart grid. *AIP Conference Proceedings*, *1702*. https://bit.ly/3fxNUNb

Lara Lara, F., y De la Herrán Gascón, A. (2016). Reflections on the right to education of sumak kawsay in Ecuador. *Araucaria*, *18*(36), 41-58. https://bit.ly/39vdRZE

Ley Orgánica de Educación Intercultural. (2017). https://bit.ly/3u5hCgm

LLECE. (2016). Informe de Resultados del Tercer Estudio Regional Comparativo y Explicativo (TERCE). *Revista Iberoamericana sobre Calidad, Eficacia y Cambio en Educación*, *14*(4), 9-32. https://bit.ly/3rHvR9K

Loyola Ochoa, J. C. (coord.) (2018). Marco de evaluación de la competencia lectora de PISA 2018. *Ministerio de Educación del Perú*, 79. https://bit.ly/3m4HUwi

Medel-Añonuevo, C., Ohsako, T., y Mauch, W. (2001). *Revisiting Lifelong Learning*. https://bit.ly/3dpA4tA

Ministerio de Educación. (2016). *Currículo de los niveles de educación obligatoria*. Ministerio de Educación. https://bit.ly/3u7MDAl

Ministerio de Educación del Ecuador. (2017). *Estándares de Aprendizaje*. 28. https://bit.ly/3rwps0Z

Moreira Mora, T. E. (2011). Estimación de la validez predictiva de las pruebas de bachillerato en educación media. *Actualidades en Psicología*, *20*(107), 121. https://bit.ly/31KLwup

Naciones-Unidas. (2015). Transformar nuestro mundo: La agenda 2030 para el desarrollo sostenible. En *Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo* (Número 6). https://bit.ly/31ucCWk

Naranjo, J., Mercedes, L., Peña, P., y Alberto, L. (2016). Logical - abstract thought as support to boost cognitive processes in education. *Sophia, colección de Filosofía de la Educación*, *21*(2), 31-55. https://bit.ly/31x2jkh

OCDE, O. para la C. y el D. E. (2005). *La definición y selección de competencias clave*. https://bit.ly/3sFrYmI

Rodicio-García, M. L., Ríos-De-Deus, M. P., Mosquera-González, M. J., y Abilleira, M. P. (2020). The digital divide in Spanish students in the face of the COVID-19 crisis. *Revista Internacional de Educacion para la Justicia Social*, *9*(3), 103-125. https://bit.ly/3rwqYQJ

Ruiz, P., y Correa, S. (2010). El derecho a una educación de calidad. *Revista de Antropologia Social*, *19*(1), 103-129. https://bit.ly/3ryLP5F

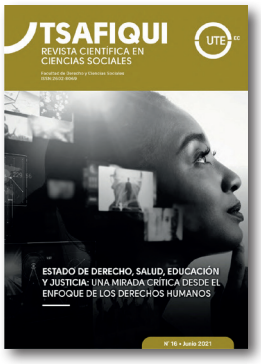
Sánchez, H., Altamirano, A., Guevara, M., Silva, G., González, I., y Segovia, K. (2016). Resultados educativos, retos hacia la excelencia. En *Instituto Nacional de Evaluacion Educativa*. https://bit.ly/3u10Cb0

SENESCYT. (2019). *Reglamento-SNNA, Acuerdo-N 2019-030* (p. 26). https://bit.ly/3sCjq04

Tejada, J., y Ruiz, C. (2016). Evaluación de competencias profesionales en educación superior: Retos e implicaciones. *Educacion XX1*, *19*(1), 17-38. https://bit.ly/3rC3MQM

Tomasevski, K. (2004). Indicadores del derecho a la educación. *Revista IIDH*, *40*, 341-388. https://bit.ly/3tZgHy2

TSAFIQUI | Revista Científica en Ciencias Sociales
Nº 16, 2021 | ISSN **1390-5341** - eISSN **2602-8069** | Universidad UTE
www.revistas.ute.edu.ec/index.php/tsafiqui/index



Regulación de publicidad de productos farmacéuticos en Perú

Regulation on Advertising of Pharmaceuticals in Peru

https://doi.org/10.29019/tsafiqui.v12i16.873

Alex Ever Sosa Huapaya

RESUMEN

El presente ensayo tiene como objetivo conocer la manera como y a qué nivel impactan las restricciones que recaen sobre la difusión de la publicidad de productos farmacéuticos de venta con prescripción médica en el Perú en el costo y mejora de calidad de estos. Para ello, el autor evalúa, en primer lugar y desde una visión crítica, los objetivos que justifican la referida regulación; en segundo lugar, desarrolla la naturaleza del principio de legalidad de la norma de competencia desleal peruana y cómo esta sirve de herramienta para la fiscalización de la publicidad de productos farmacéuticos que cuenten con restricción de venta con receta médica; en tercer lugar, confronta la regulación peruana con la europea y norteamericana, y plantea los retos a los que se van a enfrentar los gobiernos con las nuevas modalidades publicitarias online. El resultado de estos análisis permite concluir que la regulación actual peruana sobre la publicidad de productos farmacéuticos de venta con receta médica, por una parte, aumenta y en consecuencia dificulta el acceso de los consumidores a información sobre estos productos, especialmente, respecto de los de marca genérica que al tener un menor costo, representarían un beneficio de ahorro grande para la población de estratos socioeconómicos bajos). Y, por otra parte, frena la competencia entre las empresas farmacéuticas, por tanto, el interés por mejorar los precios y calidad de dichos productos.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to know how and at what level the restrictions that fall on the advertising dissemination of prescription drugs in Peru impact the cost and the improvement of the quality of these products. This led the author to evaluate, in the first place and from a critical point of view, the objectives that validate the aforementioned regulations. In second place, to explain the nature of the principle of legality of the Peruvian regulation of unfair competition and how it is used as a tool to control the advertising of pharmaceutical products that have the prescription as a sale restriction. And in third place, to also face the Peruvian regulation against the European and American and to propose the challenges that governments face with the new methods of online advertising. All these points allowed the author to come to the conclusion that the current Peruvian regulation on the advertising of prescription drugs for sale in Peru, on the one hand, increases and therefore makes it difficult for consumers to access information about these products, especially those that are generic and low cost; whose purchase would help lower socioeconomic customers benefit from cost savings. And, on the other hand, it holds back competition between pharmaceutical companies and, consequently, their interests in improving prices and quality of these products.

PALABRAS CLAVE | KEYWORDS

Publicidad, competencia desleal, productos farmacéuticos, regulación, principio de legalidad, productos farmacéuticos de venta con receta médica.
Advertising, unfair competition, pharmaceuticals, regulation, legality principle, prescription drugs.

Recibido: 28/03/21 - **Aceptado**: 25/05/21 - **Publicado**: 01/06/21 | Páginas: 83-93

INTRODUCCIÓN

Si bien la publicidad es una herramienta utilizada por la competencia por todo operador económico que concurre en el mercado (posiblemente la más importante), a la vez, constituye un canal de información para los consumidores que les permite tomar mejores decisiones de consumo. En un mercado dinámico y competitivo, la constante difusión de publicidad comercial va a generar como efecto que los consumidores cuenten con mayor información de las diversas ofertas que tienen a su disposición; así como las características, ventajas y desventajas de cada una de ellas y por qué no, el acceso a promociones, descuentos y a la mejor calidad en los productos. Todo ello, en virtud del interés particular de cada agente económico de lograr la mayor implantación en el mercado y derrotar a sus competidores llevándose buena parte de la demanda del producto hacia su oferta. Y es que, como señala Lema (2007), la publicidad juega un papel fundamental en un sistema de economía de mercado, toda vez que a través de esta se dan a conocer los productos que se ofertan lo que fomenta su venta y consumo, con lo cual no se debería tener duda acerca de la doble función de la publicidad, ya que el aspecto informativo y persuasivo siempre van de la mano (p. 265).

No obstante, la publicidad comercial no siempre genera beneficios en los consumidores y eficiencia en el mercado. En algunos casos podrá generar como efecto la distorsión del correcto funcionamiento del mercado y la inducción a error a los consumidores, lo cual dependerá, por lo general, del incentivo con el que se desenvuelvan en el mercado algunos operadores económicos.

Se estará frente a este mal uso de la publicidad comercial cuando la empresa no tenga intención alguna de permanecer o posicionarse en el mercado y solo busque vender un producto para luego desaparecer, con lo cual sus incentivos para engañar van a ser altos (lo que va a depender de la capacidad de fiscalización y riesgo de detección por parte de la autoridad) o, como sucede muchas veces, serán los errores en la comunicación del mensaje publicitario (dentro del objetivo de vender su producto), los que podrán generar como efecto una inducción a error que puede terminar afectando a consumidores y a sus competidores.

Por lo señalado anteriormente, no son pocos los gobiernos que buscan regular o prohibir la publicidad, calificándola incorrectamente de inmoral y en otras veces asociándola al consumo, supuestamente, indebido de algunos productos. Al respecto, no se debe perder la perspectiva que la publicidad es solo una herramienta, y como tal, no es moral ni inmoral, pues solo las personas son morales o inmorales, por lo que la exigencia de buenas prácticas siempre debe dirigirse a las empresas y no a buscar censurar la publicidad (Scopesi, 2007). Desde un enfoque económico, son más los efectos positivos que negativos los que genera la existencia de la publicidad en la sociedad, como bien lo explica Posner (2007) al desarrollar cuáles son los incentivos correctos de un operador económico que desea permanecer y posicionarse en el mercado:

> La inversión que un productor hace en su marca comercial es como un rehén: aumenta el costo, para el productor, de reducir subrepticiamente la calidad del producto o tratar de engañar de otro modo a los consumidores, porque cuando se descubre el engaño, el productor podría perder toda su inversión. (Eso puede ocurrir aunque no se descubra el engaño, porque el hecho de no mantener el control de calidad es un obstáculo legal para hacer que un competidor infractor respete la marca comercial). Esto no ocurriría si el productor pudiese salirse del mercado sin costo alguno (p. 594).

Como se comentó en párrafos anteriores, no son pocos los casos en los que se buscar regular y prohibir la publicidad de determinados productos con el objetivo de reducir o eliminar el costo social que podría generar el consumo del producto perseguido. Ese es el caso de la publicidad de productos farmacéuticos, la cual se encuentra sujeta a importantes restricciones para la difusión de su publicidad y a una prohibición expresa de difusión publicitaria a los productos que estén sujetos a venta con receta médica.

La fiscalización de la publicidad comercial en el Perú recae en el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (en adelante, Indecopi), autoridad que se encarga de sancionar toda conducta contraria al principio de competencia por eficiencia (concurrir sobre la base de sus propios méritos o esfuerzos) (Emparanza, 2000), aplicando la Ley de Represión de la Competencia Desleal - Decreto Legislativo n.° 1044 (en adelante, LRCD) y dispositivos normativos conexos que le van a permitir lograr tal finalidad.

De este modo, en el presente artículo se analizará cuál es la regulación aplicable a la publicidad de productos farmacéuticos sujetos a prescripción médica y cuál es el objetivo que persigue. Para tales efectos, se desarrollará el

principio de legalidad contenido en el artículo 17 de la LRCD y cómo lo ha venido aplicando la autoridad frente a la publicidad de productos objeto de la presente investigación.

Sobre la base de lo anterior, se pretende desarrollar un análisis crítico de dicha regulación, considerando los efectos positivos y negativos que puede venir generando su aplicación. Asimismo, un objetivo secundario es plantear las nuevas formas publicitarias en las que se podrían promocionar este tipo de medicamentos y los retos que ello implicará para las autoridades fiscalizadoras el mercado.

Sin perjuicio de lo anterior, es importante precisar que la investigación se ha concentrado en la regulación que recae sobre la publicidad de productos farmacéuticos que cuentan con la restricción de venta con receta médica, toda vez que se tratan de restricciones más severas que las que se aplican a la publicidad de productos farmacéuticos que no están sujetas a tal condición (venta con prescripción). En ese sentido, el presente ensayo se desarrolla sobre la base del principio de legalidad, en la medida que es la disposición normativa que permite la aplicación de las prohibiciones específicas a la publicidad de productos farmacéuticas de venta con receta médica.

PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y PUBLICIDAD DE PRODUCTOS FARMACÉUTICOS

En la LRCD no existe una disposición específica que restringa expresamente la publicidad de productos farmacéuticos de venta con receta médica, sin embargo, cada vez que no se cumple con dicha restricción, los operadores económicos son sancionados por infracción al referido principio. Y es que de acuerdo con lo establecido por el INDECOPI (2020) sobre el principio de legalidad, se sanciona todo acto que no respete las normas imperativas del ordenamiento jurídico aplicables a la actividad publicitaria; es decir, aquellos mediante los cuales se incumple cualquier disposición sectorial que regule la realización de la actividad publicitaria respecto de su contenido, difusión o alcance (p. 36). En el caso de los productos farmacéuticos, las normas que establecen restricciones y prohibiciones específicas a su difusión publicitaria son las siguientes, las cuales se aplican, a través del principio de legalidad contenido en el artículo 17 de la LRCD:

- Ley n.° 26842, Ley General de Salud (en adelante, la LGS).
- Ley n.° 29459, Ley de productos farmacéuticos, dispositivos médicos y productos sanitarios (en adelante, la LPF).
- Decreto Supremo n.° 016-2011-SA, Reglamento para el Registro, Control y Vigilancia Sanitaria de Productos Farmacéuticos, Dispositivos Médicos y Productos Sanitarios (en adelante, el Reglamento).
- NTS 162-MINSA/2020/DIGEMID, Norma Técnica de Salud que establece los criterios éticos para la promoción y publicidad de productos farmacéuticos, dispositivos médicos y productos sanitarios, aprobada por Resolución Ministerial n.° 474-2020-MINSA (en adelante, la Norma Técnica).

El principio de legalidad de la norma de competencia desleal peruana tiene una gran influencia de la Ley 34/1988-Ley General de la Publicidad española (en adelante, LGP), cuerpo normativo en el que se establece que la publicidad es ilícita, entre otros supuestos, cuando "(... infrinja lo dispuesto en la normativa que regule la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios" (LGP, 1988, art. 3), con lo cual, de forma idéntica al principio de legalidad peruano, su norma de publicidad tiene conexión con regulación específica independiente que se puede aplicar a determinados tipos de ofertas, pues, como bien señala Patiño (2007), "el principio de legalidad impone el respeto a la legislación vigente en el momento de realizar la publicidad" (p. 238).

Así, en la regulación española de la publicidad —como también sucede en la peruana— se puede distinguir un régimen general, contenido en la LGP, y una serie de regulaciones especiales en relación con la publicidad de determinados productos. Cabe precisar que dicha normativa especial "puede referirse en principio a cualquier aspecto de la comunicación publicitaria, pero la situación más frecuente será la regulación referida a la forma y condiciones de difusión de los mensajes publicitarios" (Santaella, 2003, p. 163). La LGP, que hasta el día de hoy es aplicable, no obstante las reformas realizadas a la Ley de Competencia Desleal española, se aplica directamente a la publicidad de productos farmacéuticos en conexión con su artículo 8, donde se establece su régimen especial (De la Cuesta, 2002).

De este modo, la norma española de publicidad permite, a través de su artículo 3, antes mencionado, que se aplique la normativa publicitaria de carácter especial en función al producto, lo cual ha merecido críticas de parte

de la doctrina española por la 'hiperinflación' legislativa o 'sobredosis' legislativa en materia publicitaria, donde el legislador español tiende a ser bastante intenso (Tato et al., 2010). En esa misma línea, autores como De la Cuesta (2002) se han referido al exceso de regulación sobre la publicidad de productos específicos señalando que "las injustificadas prohibiciones y restricciones a la publicidad no constituyen regulación, sino puras manifestaciones de voluntarismo propias del ejercicio de un poder —no siempre estatal— igualmente injustificado" (p. 139).

La norma de publicidad española inspiró la inclusión de este principio en la norma peruana (ya derogada) contenida en el Decreto Legislativo n.° 691 (1991), en el que se establecía simplemente que "los anuncios deben respetar la Constitución y las leyes" (artículo 3). De este modo, a inicios de los años noventa en el Perú, una de las normas de represión de la competencia desleal (a través de la publicidad) 'abría la puerta' para sancionar cualquier anuncio que sea contraria a la Constitución y las leyes. Luego de la derogación de la referida norma en el año 2008 por la entrada en vigor de la LRCD, el referido principio de legalidad se mantuvo en la normativa con algunas mejoras técnicas. Así, para cierto sector de la doctrina nacional peruana, el principio de legalidad de la LRCD presenta una mejora relevante frente a la tipificación del referido principio en el derogado Decreto, la cual generaba el riesgo de entenderse —a través de una interpretación literal de la norma— como una disposición que no se aplicarían a normas de inferior rango a una Ley, tales como reglamentos que puedan impactar en la difusión de la publicidad (Aramayo et al., 2013, p. 173).

Luego de más de 10 años de aplicación de la LRCD, en el Perú no queda duda que el principio de legalidad se aplica a los casos de infracción de normas de rango legal y cualquier disposición sectorial, siempre que se encuentren referidas a la actividad publicitaria (Rodríguez y Sosa, 2014, p.113). En ese sentido, Stucchi (2007) indicó que:

> En resumen, el anunciante, la agencia de publicidad y sus asesores jurídicos, dependiendo del sector económico al que pertenece el bien o servicio anunciado, deben mantenerse al tanto de que, además de lo que establece la norma de competencia desleal, existen normas que establecen exigencias adicionales para difundir publicidad sobre bienes o servicios de determinado sector.
>
> Generalmente, los sectores en los que se establecen exigencias publicitarias específicas adicionales serán aquellos en los que la importancia del consumo de los productos o servicios sea significativa por sus posibles efectos en la salud o por sus posibles efectos en las expectativas financieras del consumidor (p. 195).

En este contexto, la regulación que recae sobre la publicidad de productos farmacéuticos de venta bajo receta médica son las siguientes.

En primer lugar, según la LPF, en su artículo 39, establece que la promoción y la publicidad de productos farmacéuticos y dispositivos médicos autorizados para venta bajo receta médica debe ser dirigida exclusivamente a los profesionales que los prescriben y dispensan; por excepción, los anuncios de introducción dirigidos a dichos profesionales se pueden realizar en medios de comunicación masiva. Lo anterior, se complementa con lo establecido en el artículo 40, que establece prohibiciones específicas a la publicidad que se realice a través de los siguientes medios:

> 1. La publicidad en envases, etiquetas, rótulos, empaques, insertos o prospectos que acompañen a los productos farmacéuticos de venta bajo receta médica.
> 2. La entrega directa de muestras gratuitas de productos farmacéuticos de venta bajo receta médica, con fines de persuasión a los pacientes y público en general por parte de las empresas farmacéuticas, visitadores médicos o promotores.
> 3. Cualquier actividad que incentive la venta, prescripción o dispensación de productos farmacéuticos en los establecimientos farmacéuticos de dispensación (...) (Ley de productos farmacéuticos, dispositivos médicos y productos sanitarios, 2009, artículo 40).

Asimismo, el Reglamento establece a través de tres normas lo siguiente:

> Artículo 191
>
> La promoción y publicidad de productos farmacéuticos o dispositivos médicos de venta con receta médica, debe contener la información de la ficha técnica en el caso de productos farmacéuticos y, en el caso

de dispositivos médicos, informe técnico del mismo. Dicha información debe darse de manera legible, visible, veraz, exacta, completa y actualizada.

La publicidad de los productos farmacéuticos o dispositivos médicos de venta con receta médica, que difundan información científica, clínica o farmacológica debe estar sustentada y actualizada en su registro sanitario.(...)

Artículo 195

Queda prohibida en los establecimientos de salud, la entrega directa a los pacientes y público en general, de muestras médicas o muestras gratuitas de productos farmacéuticos autorizados para venta con y sin receta médica, así como cualquier otra actividad de persuasión a los pacientes, por parte de los visitadores médicos u otros agentes de las empresas farmacéuticas.

En los establecimientos de salud, no se autorizará a las empresas farmacéuticas, la instalación de módulos o ambientes para realizar actividades de promoción y publicidad o entrega de medicamento u otros productos farmacéuticos.

(...)

Artículo 196

Las muestras de productos farmacéuticos autorizados para venta con receta médica, sólo pueden ser entregadas a los profesionales que prescriben. (Decreto Supremo n.° 016-2011-SA, 2011, artículos 191, 195-196).

Por su parte, la Norma Técnica establece criterios éticos específicos para la difusión de la publicidad de productos farmacéuticos bajo venta con receta médica como, por ejemplo, establece que en la publicidad dirigida exclusivamente a los profesionales que los prescriben y dispensan, independientemente de la plataforma usada tal como un lapicero, taco o bolsa, solo pueden incluir el nombre del producto autorizado en el registro sanitario (NTS 162-MINSA/2020/DIGEMID, 2020, numeral 5.2.2 de la disposición específica 5.2). Luego, posiblemente la restricción más importante es que prohíbe la publicidad de estos productos a través del Internet (NTS 162-MINSA/2020/DIGEMID, 2020, numeral 5.2.4 de la disposición específica 5.2)

Todas estas restricciones y prohibiciones tienen por objeto general evitar la automedicación por parte de los consumidores, la cual se podría ver incentivada por la publicidad. El Indecopi, a través de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal (en adelante, la CCD) y su Sala de Defensa de la Competencia (en adelante, la SDC) son los competentes para sancionar todo anuncio publicitario que infrinja las disposiciones señaladas en apartados anteriores. Así, como ejemplo de la actividad de la autoridad en los últimos años se podría mencionar la Resolución n.° 0141-2019/SDC-INDECOPI, a través de la cual se sancionó a una empresa farmacéutica por infringir el principio de legalidad al incumplir lo dispuesto en el artículo 39 de la LPF, toda vez que no cumplió con acreditar el haber publicitado el producto farmacéutico de venta con receta médica denominado "Fisioplus Forte 2 % Gel", a través de un medio publicitario dirigido exclusivamente a los profesionales de la salud que prescriben y dispensan tales productos. En esa misma línea de infracción al principio de legalidad, se tiene la Resolución n° 0074-2018/SDC-INDECOPI, a través del cual se sancionó a una empresa farmacéutica por haber difundido un anuncio publicitario al alcance del público general del producto denominado "IBU-LADY 400 mg tabletas recubiertas", pese a que se trata de un producto de venta bajo receta médica.

CUESTIONAMIENTOS A LA PROHIBICIÓN PUBLICITARIA DE MEDICAMENTOS Y SUS RETOS FRENTE A LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS

A nivel europeo, la Directiva 2001/83/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de las Comunidades Europeas de 6 de noviembre de 2001 modificada por Directiva 2002/98/CE por la que se establece un código co-

munitario sobre medicamentos para uso humano, establece, entre otras restricciones, que los Estados miembros prohibirán la publicidad destinada al público de los medicamentos que solo pueden dispensarse por prescripción facultativa (artículo 87). La misma prohibición, ya se había establecido para los Estados miembros a través de la Directiva 92/28/CEE del entonces denominado "Consejo de las Comunidades Europeas", de 31 de marzo de 1992, relativa a la publicidad de los medicamentos para uso humano, la que se establecía con arreglo a la Directiva 92/26/CEE (Echazarreta y Vinyals, 2012). Esta restricción, es aplicable a los países miembros de la Unión Europea, que, como se ha podido ver en el apartado anterior con la legislación española de publicidad, se prohíbe la difusión de publicidad de productos farmacéuticos bajo venta con receta médica.

Por su parte, en Estados Unidos, la regulación de la publicidad de los productos farmacéuticos depende de la característica del producto. Si este se encuentra sujeto a prescripción, el etiquetado y la publicidad del producto, por lo general, serán regulados por la "Food and Drug Administration" (en adelante, la FDA) y la promoción y venta de los referidos productos también pueden estar sujetos a leyes estatales. Respecto de la información que debe contener el etiquetado del producto, este es aprobado por la FDA con el producto y se suele exigir información bastante detallada respecto de la prescripción (Jordan, 2014).

En el caso de la publicidad comercial de los productos farmacéuticos con prescripción, la FDA no exige incluir en la publicidad información detallada como en el caso del etiquetado, sin embargo, los anunciantes deben incluir en la publicidad (i) un breve resumen respecto de los efectos secundarios, advertencias, precauciones y contraindicaciones del producto en un lenguaje que pueda ser entendido con facilidad por los consumidores; (ii) el nombre genérico del producto en las mismas proporciones de tamaño de la marca que identifica el producto farmacéutico; y, (iii) la fórmula del producto (para fármacos con un único ingrediente activo, deben incluir el nombre genérico y la cantidad del ingrediente) (Tushnet y Goldman, 2014). Como se aprecia, no existe una prohibición de difusión publicitaria de productos farmacéuticos con prescripción. Esta se puede difundir bajo la fiscalización de la FDA, en las que las restricciones se concentrarán en sancionar las alegaciones engañosas que se puedan utilizar en la publicidad de los productos. Cabe precisar que la Federal Trade Commission (en adelante, la FTC) es la responsable por la publicidad de productos farmacéuticos que no cuentan con algún tipo de restricción de venta bajo receta médica (Fueroghne, 2007)

Por lo general, existe un intenso debate en la doctrina acerca de si la publicidad comercial de productos farmacéuticos genera efectos positivos o negativos en los consumidores. El sector que está en contra de que se permita la difusión de publicidad sobre estos productos argumenta que tratar a los productos farmacéuticos como si fueran helados para hacer publicidad comercial, inevitablemente generará como consecuencia la creación o el sobrediagnóstico de diversas supuestas enfermedades o molestias, 'patologizando' la vida cotidiana de las personas, generando con ello que los consumidores gasten su dinero en medicamentos que pueden tener efectos secundarios y generar riesgos importantes en su salud (Tushnet y Goldman, 2014). Por su parte, el catedrático español Lema (2007), sostiene que el propósito de la regulación de la publicidad de productos farmacéuticos es lograr que la publicidad de dichos productos sea una 'publicidad informativa' (como si no siempre tuviese un efecto informativo), es decir, lo que pretende la regulación es desterrar el efecto sugestivo o persuasivo de la publicidad de productos farmacéuticos (p. 168). De este modo, el mismo Lema (2007), justificando la regulación que recae sobre este tipo de productos, señala que:

> el estudio de la normativa aplicable a la publicidad farmacéutica revela que la misma tiene unos contornos o características bastante diferentes al régimen jurídico de la publicidad en general o de otros productos concretos. Este régimen jurídico especial está plenamente justificado porque en la publicidad de medicamentos está en juego la salud de las personas a las que la publicidad se dirige. Por eso, suscribimos la existencia de unas normas publicitarias más especiales y rigurosas que en otros sectores, justificando que en este tipo de publicidad haya un marcado carácter informativo (p. 275).

De otro lado, los defensores de la libre difusión de la publicidad de estos productos argumentan que los consumidores que identifican problemas que pueden tratarse están en mejor situación que un consumidor que no tiene acceso a la información que le puede brindar la publicidad, de encontrarse prohibida (Tushnet y Goldman, 2014).

En el Perú, autores como Avellaneda y Súmar (2010, pp.101-105) recomiendan la desregulación de la publicidad de medicamentos con restricción de venta con receta médica, toda vez que los efectos de su prohibición generan perjuicios a los consumidores. Así, sostienen que la prohibición a la publicidad de productos farmacéu-

ticos con receta médica genera desinformación en los consumidores quienes tienen menores posibilidades de conocer qué productos genéricos podrían adquirir en el mercado, como alternativa a los productos de marca. De su investigación se desprende que esta prohibición podría ser una de las explicaciones de la diferencia de precios entre los productos de marca y genéricos en el Perú, el cual puede llegar hasta 215 %. Asimismo, a decir de dichos autores, este efecto negativo se explica por el incremento de costos de búsqueda de información que genera la prohibición de publicidad, lo cual también explica el grado de concentración que existe en estos mercados en beneficio de las marcas mejor posicionadas a las que favorece la prohibición publicitaria al prácticamente perpetuar el derecho de exclusiva después de cumplido el plazo de protección otorgado por el Derecho de Patentes. Así, señalan que:

> Así, tenemos que la prohibición de publicidad de los medicamentos de venta con receta médica, lejos de proteger a los consumidores, los perjudica al privarlos de la posibilidad de acceder a medicamentos de más bajo precio y la misma calidad, lo que aparece como desproporcionado, más aún en un país pobre como el Perú. Por lo demás, la prohibición, más que cualquier otro caso probablemente, no hace más que beneficiar a las propias empresas farmacéuticas, pues les permite alargar la vida de sus monopolios (p. 108).

En esa misma línea, Rodríguez (2012) sostiene que la referida prohibición puede generar un impacto negativo en los consumidores e, irónicamente, podría alentar a los consumidores a automedicarse, no obstante ser lo que justamente pretende evitar la norma peruana. En esa línea, el hecho de que se permita la publicidad sobre productos farmacéuticos podría generar como efecto que los consumidores tomen conciencia sobre la posibilidad de una enfermedad no diagnosticada y se vean incentivados a visitar a un médico (p. 78). De esta forma, postula que "la publicidad no solamente debe implicar por la revelación de información sobre tratamientos novedosos o drogas nuevas, sino, incluso, debe llamar la atención del consumidor sobre la posible vinculación entre ciertos síntomas y el padecimiento de algunas enfermedades» (pp. 78-79). En esa línea, también señala que "la ausencia de publicidad de medicamentos sujetos a prescripción médica reduce el mercado potencial para el medicamento y eso hace que el alto costo de producirlo deba ser cargado a los pocos consumidores del producto. Esto explica el alto precio" (pp. 80-81).

Como se puede apreciar, la discusión sobre la prohibición de la publicidad de productos farmacéuticos es una de las más intensas y vigentes. Independientemente de la posición que justifica su prohibición, lo cierto es que, con la evolución de la publicidad comercial, que en estos días se ha trasladado prácticamente en su totalidad al Internet, hace mucho más costoso el control de la publicidad por parte de las autoridades. No es novedad que la efectividad de la publicidad comercial se ha visto incrementada gracias al uso de los datos que se comparten con las diversas plataformas digitales que se usan y las que se generan en el usual comportamiento en la Web, lo cual ha permitido a las empresas utilizar las plataformas digitales para acercar más la publicidad comercial a los usuarios. Y es que, no cabe duda de que un anuncio es mucho más efectivo si va dirigido a particulares intereses (Garrido et al., 2018). En este contexto, plataformas como Google y Facebook cuentan con una gran cantidad de data de cada uno de sus usuarios y puede segmentar los perfiles según los gustos, intereses, edad, zonas geográficas y comportamiento de cada persona en sus respectivas plataformas para poder diseñar espacios publicitarios dirigidos, lo cual permite a los anunciantes enviar publicidad de acuerdo con los intereses y comportamiento *online* (Picker, 2009). Las principales herramientas publicitarias que vienen usando las empresas son la publicidad programática y publicidad de *influencers*, las cuales llegan a las personas a través de los dispositivos con los que las personas se conectan las 24 horas del día al Internet (*Tablets* y *smartphones*, por dar algunos ejemplos).

La *publicidad* programática tiene dos formas de realizar publicidad dirigida: por contexto y por comportamiento. Sin embargo, al final del día estas estrategias buscan lo mismo: segmentar grupos de perfiles para el envío de publicidad. Lo único que los diferencia es la forma cómo va a realizar tal segmentación, toda vez que ni siquiera son estrategias excluyentes. Muchos anunciantes utilizan ambas para llegar a potenciales consumidores potencialmente interesados en sus ofertas (Tushnet y Goldman, 2014).

Un buen ejemplo de publicidad programática por contexto es la realizada a través de motores de búsqueda, la cual a través del uso de algoritmos va a permitir que se incluyan en los resultados de las búsquedas opciones publicitarias que van de acuerdo con las palabras que se hayan utilizado para realizar una búsqueda anteriormente (Sosa, 2020). Por su parte, se estará al frente de la publicidad programática comportamental o conductual cuando llegue publicidad en la plataforma digital que se esté usando producto de un comportamiento *online*, la

cual se obtuvo mediante la instalación de *tracking cookies* al visitar una página web (Perez, 2012). Estas estrategias son usualmente utilizadas por las empresas, las cuales combinan con publicidad *online* a través de *influencers*, que de acuerdo con lo expresado por Sosa (2019, p. 8) son líderes de opinión en redes sociales, puesto que generan y tienen un gran poder de persuasión en determinado grupo de seguidores, los cuales usualmente son usados por las empresas para hacer publicidad testimonial desde sus cuentas de diversas redes sociales.

Estas nuevas modalidades publicitarias, si bien puede ser mecanismos de información más beneficiosos para los consumidores al reducir los costos y mejorar el alcance de la publicidad (lo cual genera mayor competencia en los mercados y más información sobre las ofertas disponibles a los consumidores), lo cierto también es que reduce el riesgo de detección de infracciones que se puedan realizar a través de la publicidad, toda vez que con estas modalidades la publicidad es más dinámica y llegará de acuerdo con los intereses particulares y búsquedas *online* de cada usuario, lo cual dificulta la capacidad de la autoridad para poder fiscalizar cuándo se difunde publicidad ilícita. En efecto, si se ha realizado búsquedas sobre determinados medicamentos en la Web o si se hace una búsqueda concreta de un medicamente en Google, es bastante probable que nos llegue publicidad acerca de este tipo de productos a través de enlaces patrocinados. A sabiendas de ello, la FDA, en los últimos años, ha publicado diversos lineamientos a fin de dar pautas a las empresas farmacéuticas para la difusión de su publicidad por Internet (Tushnet y Goldman, 2014).

Y es que, como bien señala (Gibson, 2014) la falta de capacidad y recursos de las autoridades a nivel mundial para poder perseguir la publicidad *online* a través de sus diversas estrategias ha generado como efecto que más operadores económicos jueguen 'al límite' o que algunos vean más conveniente "pedir perdón que pedir permiso"; también hay que reconocer que con el Internet los usuarios tienen más recursos para poder acceder a la información que estén buscando sobre los beneficios o perjuicios que pueda generar determinado medicamento. En ese sentido, mal harían los gobiernos al censurar información valiosa, en su lugar, podrían apoyarse en los privados que, a través de sus sistemas de autorregulación o sistemas de buenas prácticas de las plataformas digitales, colaboren con la fiscalización de que la información que se difunda a través de la publicidad no genere efectos negativos en la sociedad.

En el caso peruano, es hace poco que el Indecopi está enfrentando este tipo de casos y, poco a poco, va reconociendo la dificultad a la que se va a enfrentar cuando trate de fiscalizar anuncios que utilicen tecnologías más avanzadas de difusión publicitaria en Internet. Mediante Resolución n.° 0024-2020/SDC-INDECOPI, la SDC se pronunció sobre una supuesta infracción al principio de legalidad por la difusión de publicidad de un producto farmacéutico a través de la página web de una reconocida farmacia. En dicho pronunciamiento, en los considerandos 39 y 40, la SDC señaló que luego de analizar la información contenida en la página web se apreciaba la figura del empaque del producto, información sobre el *stock* disponible, descripción del producto, ingrediente activo, forma de administración, precauciones y contraindicaciones y no una promoción, descuento o información destacada, por lo que se trataría de una comunicación informativa y no de publicidad comercial.

Se discrepa sobre las conclusiones de la autoridad, pues para que una comunicación sea publicidad comercial debería bastar con que sea susceptible de incentivar la realización de una transacción comercial en su receptor, efecto que se presentaba en la página web analizada, toda vez que existía información suficiente para persuadir a cualquier usuario que presente las molestias que se describían en la utilidad del producto. Y lo que es peor, la SDC pierde de vista que con dicho pronunciamiento lo que puede generar como efecto es que el resto de las empresas que comercializan productos con restricción de venta bajo receta médica, utilicen la misma configuración de la publicación Web analizada para promocionar sus productos, con lo cual se observa que la propia autoridad va en contra del objetivo de las diversas normas que regulan la publicidad de productos farmacéuticos: evitar la automedicación.

A pesar de estar en contra del sentido de la resolución comentada, cabe señalar que, desde un punto de vista positivo, se puede demostrar los beneficios que se generan al contar con más información gracias al Internet, pues dicha página web como cualquier anuncio *online* a la cual el consumidor va a tener acceso (pues por más que exista prohibición expresa no existe forma que el Estado peruano pueda ejercer control sobre el Internet) va a permitir que el consumidor valide la información con la que cuenta sobre un determinado producto farmacéutico a través de diversas fuentes de información y que ello le permita tener una mejor y menos costosa decisión (pues va a poder acceder a información sobre el genérico del producto que esté buscando). Finalmente, si se quiere evitar la automedicación, ello se logra a través de la fiscalización de los puntos de venta (farmacias), controlando

que se exija la prescripción médica antes de vender un producto farmacéutico de venta bajo receta médica. La publicidad comercial solo es un vehículo de información que no se debería satanizar ni prohibir, ya que es como dispararse a los pies. No se debe olvidar que mientras más informada se encuentre una persona, tomará mejores decisiones en el mercado (Fletcher, 2010).

DISCUSIÓN

En el presente ensayo se demuestra la actual división en la doctrina y legislación acerca de la necesidad de prohibir la publicidad de productos farmacéuticos con prescripción médica. Los fundamentos de ambas posiciones se concentran en el entendimiento de la naturaleza de la publicidad comercial. Para un sector la publicidad comercial podría incentivar la automedicación, como para el sector enfrentado la publicidad comercial genera información para tomar una decisión más adecuada de consumo. De este modo, uno de los hallazgos del presente ensayo es el enfrentamiento de posturas de la Unión Europea con la norteamericana. Mientras los primeros proscriben la difusión de publicidad comercial de estos productos, el sistema norteamericano permite la difusión publicitaria de productos farmacéuticos con prescripción médica con algunas exigencias en la forma de dirigir la información. La regulación europea y, sobre todo, la española, es la que ha inspirado la regulación de la publicidad de productos farmacéuticos en el Perú, en la que se ha podido apreciar la postura crítica de autores como Avellaneda, Súmar y Rodríguez, quienes en sus respectivas investigaciones han mostrado evidencia de los efectos perjudiciales que podría generar la referida prohibición en los intereses y salud de los consumidores. Por el contrario, la postura de autores como Lema y Patiño se inclina más a resaltar la supuesta influencia de la publicidad en el consumo de productos que puedan ser dañinos para su salud, lo cual respaldaría su posición acerca de la prohibición de la publicidad comercial de productos farmacéuticos de venta con receta médica.

Sobre este particular, la posición del autor se inclina a resaltar dos de las cualidades más importantes de la publicidad comercial, como es la capacidad que tiene para trasladar información a los receptores y el poder que tiene como herramienta de competencia. De este modo, cualquier prohibición que se realice a la publicidad comercial, siempre va a tener como efecto la reducción de información para los consumidores y, a la vez, un premio para los agentes que cuenten con sus marcas ya posicionadas en el mercado, pues al prohibirse la publicidad, no existe forma que nuevos actores en el mercado puedan difundir publicidad para informar acerca de la existencia de sus ofertas. De este modo, si bien debería ser un objetivo del Estado evitar la automedicación, este se podría lograr de forma más eficiente si en lugar de prohibir la publicidad, se fiscaliza los puntos de venta de productos, castigando a los que no cumplan con requerir a los consumidores la receta médica antes de venderle el producto.

CONCLUSIONES

En el Perú la publicidad comercial de productos farmacéuticos se encuentra prohibida (con algunas excepciones) siguiendo el modelo de regulación europeo que tiene como uno de sus objetivos evitar la automedicación. La fiscalización y represión de este tipo de publicidad recae en el Indecopi que, a través del principio de legalidad publicitaria contenida en la LRCD sanciona la publicidad de este tipo de productos.

Los cuestionamientos que se han realizado a este tipo de prohibición son relevantes para explicar por qué es muy costoso para los consumidores peruanos (sobre todo, para los de menos recursos económicos) acceder a información que les podría permitir identificar enfermedades y comprar productos farmacéuticos a mejores precios. No solo la publicidad les permitiría ampliar sus conocimientos sobre estos productos, en particular, los genéricos, sino que, además, generaría mayor competencia entre las empresas farmacéuticas, lo cual se podría reflejar en mejores precios y calidad en los medicamentos. Asimismo, se llega a la conclusión de que la publicidad comercial es un vehículo de información que no obliga a consumir un determinado producto y que, de ninguna manera podría convertirse en el motivo directo de la automedicación; de hecho, ello podría evitarse con una correcta fiscalización de los puntos de venta, máxime, si este mecanismo de control es menos costoso y más eficaz en comparación a la censura de toda publicidad comercial sobre estos productos. Lo último debe revisarse tam-

bién considerando que, en la actualidad, a través de las modalidades programáticas *online* de la publicidad, estas son cada vez más complicadas de perseguir y fiscalizar, pues la difusión masiva ahora se enfoca en los particulares intereses y búsquedas de los consumidores. De este modo se presenta la relevancia de este ensayo, el cual busca poner en la palestra el cuestionarnos si los objetivos perseguidos con la prohibición realmente estarán evitando la automedicación en los consumidores o por el contrario, están reforzando la posición en el mercado de las marcas farmacéuticas ya establecidas en perjuicio del derecho a la información de los consumidores.

REFERENCIAS

Aramayo, A., Gagliuffi, I., Rodas, C., Stucchi, P., Maguiña, R. & Sosa, A. (2013). *Competencia Desleal.* INDECOPI. https://bit.ly/39kb6dB

Avellaneda, J., y Sumar, Ó. (2010). *Paradojas en la Regulación de la Publicidad en el Perú.* Universidad del Pacífico. https://bit.ly/3dePDE2

Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. (2020, 22 de diciembre). *Resolución n.° 001-2020-LIN-CCD/INDECOPI (Lineamientos sobre Competencia Desleal y Publicidad Comercial).* INDECOPI. https://bit.ly/3d6k3Zc

De la Cuesta Rute, J. M. (2002). *Curso de Derecho de la Publicidad.* EUNSA.

Decreto Legislativo n.° 691. Por medio del cual se dicta las normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor de 1991. 06 de noviembre de 1991. Diario Oficial *El Peruano* https://bit.ly/3rwWL3Q

Decreto Legislativo n.° 1044. Por medio del cual se aprueba la Ley de Represión de la Competencia Desleal de 2008. 26 de junio de 2008. Diario Oficial *El Peruano* https://bit.ly/2O15GwQ

Decreto Supremo n.° 016-2011-SA de 2011. Por el medio del cual se aprueba Reglamento para el Registro, Control y Vigilancia Sanitaria de Productos Farmacéuticos, Dispositivos Médicos y Productos Sanitarios. 31 de enero de 2011. Diario Oficial *El Peruano*. https://bit.ly/2PwT0Oz

Directiva 92/26/CEE de 1992. Por la cual se trata la clasificación para su dispensación de los medicamentos de uso humano. 31 de marzo de 1992. Diario Oficial de las Comunidades Europeas. https://bit.ly/2NYqGnZ

Directiva 92/28/CEE de 1992. Por la cual se trata la publicidad de los medicamentos para uso humano.31 de marzo de 1992. Diario oficial de las Comunidades Europeas. https://bit.ly/3croKxH

Directiva 2002/98/CE de 2003. Por medio de la cual se establecen normas de calidad y de seguridad para la extracción, verificación, tratamiento, almacenamiento y distribución de sangre humana y sus componentes y por la que se modifica la Directiva2001/83/CE. 27 de enero de 2003. Diario Oficial de la Unión Europea. https://bit.ly/3fw2Viz

Directiva 2001/83/CE de 2011. Por la que se establece un código comunitario sobre medicamentos para uso humano. 6 de noviembre de 2001. Diario Oficial de las Comunidades Europeas. https://bit.ly/2QxRTP5

Echazarreta, C., y Vinyals, M. (2012). Evolución de la regulación jurídica de la publicidad sobre medicamentos en España (2001-2011). *Communication Papers*, *1*(01), 29-38. https://doi.org/10.33115/udg_bib/cp.v1i01.22135

Emparanza, A. (2000). *El boicot como acto de competencia desleal contrario a la libre competencia.* Civitas Ediciones S. L.

Fletcher, W. (2010). *Advertising. A very short introduction.* Oxford University Press. https://doi.org/10.1093/actrade/9780199568925.001.0001

Fueroghne, D. (2007). *Law & Advertising- Current Legal Issues for Agencias, Advertisers and Attorneys.* Pasadena, CA: Yellow Cat Press.

Garrido Pintado, P., Caerols Mateo, R., y García Huertas, J. G. (2018). Estudio Delphi sobre la evolución y perspectivas de la compra programática de publicidad en España. *Doxa Comunicación: revista interdisciplinar de estudios de comunicación y ciencias sociales X*(27), 253-271. https://bit.ly/3suC4Xz

Gibson, S. (2014). *Regulating Direct-to-Consumer Advertising of Prescription Drugs in the Digital Age.* Faculty of Law- University of Toronto. https://doi.org/10.3390/laws3030410

Jordan, P. (2014). *International Advertising Law. A practical Global Guide.* Globe Business Publishing Ltd.

Lema Devesa, C. (2007). *Problemas Jurídicos de la Publicidad.* Marcial Pons.

Ley 34/1988- Ley General de la Publicidad Española de 1988. 15 de noviembre de 1988. Boletín Oficial del Estado. https://bit.ly/3lXyYZz

Ley n.° 26842- Ley General de Salud de 1997. 20 de julio de 1997. Diario oficial *El Peruano*. https://bit.ly/3w2PWKX

Ley n.° 29459- Ley de los productos farmacéuticos, dispositivos médicos y productos sanitarios de 2009. 26 de noviembre de 2009. Diario Oficial *El Peruano*. https://bit.ly/3coGlGu

NTS n.º 162-MINSA-2020-DIGEMID- Norma Técnica de Salud de 2020 (Ministerio de Salud del Perú). Por el cual se establecen los criterios éticos para la promoción y publicidad de productos farmacéuticos, dispositivos médicos y productos sanitarios. 8 de julio de 2020. Plataforma Digital Única del Estado Peruano. https://bit.ly/3ruBVC6

Patiño Alvea, B. (2007). *La autorregulación publicitaria.* Editorial Bosh S. A.

Perez Bes, F. (2012). *La publicidad comportamental online.* Editorial Universitat Oberta de Catanlunya.

Picker, R. (2009). *Online Advertising, Identity and Privacy (John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper n° 475).* Chicago Unbound- University of Chicago Law School. https://bit.ly/3u33QuP

Posner, A. (2007). *El Análisis Económico del Derecho.* Fondo de Cultura Económica.

Rodríguez, G. (2012). Mal diagnóstico: las contraindicaciones de la prohibición de publicidad de productos farmacéuticos. *Revista de Economía y Derecho, 9*(36). https://bit.ly/3lXokly

Rodríguez, G., y Sosa, A. (2014). *Con Licencia para anunciar.* Themis.

Santaella López, M. (2003). *Derecho de la Publicidad.* Civitas Edicional S.L.

Scopesi, A. (2007). *Publicidad. Ámala o déjala.* Ediciones Macchi.

Sosa, A. (2019). *Cómo ser community manager y/o influencer y no ser sancionado en el intento.* Lima: INDECOPI. https://bit.ly/3suDnFX

Sosa, A. (2020). Uso de marcas de terceros competidores en Google ads sin autorización en el Perú ¿infracción marcaria o acto de competencia desleal? *Derecho & Sociedad 2*(54), 151- 166. https://bit.ly/2PvSz7k

Stucchi Lopez Raygada, P. (2007). Aplicación de los principios de licitud sobre los diferentes tipos de publicidad comercial: introducción sobre la regulación de la publicidad directa, indirecta, simple, alusiva, adhesiva, comparativa, encubierta y subliminal. *IUS ET VERITAS 17*(34), 179-200. https://bit.ly/3rsQZQE

Tato Plaza, A. Fernández Carballo-Calero & P. Herrera Petrus, C. (2010). *La Reforma de la Ley de Competencia Desleal.* La Ley.

Tribunal del INDECOPI. Sala Especializada en Defensa de la Competencia. *Resolución n.° 0074-2018/SDC-INDECOPI (Procedimiento iniciado de oficio contra OTIFARMA S.A.C y QUALIPHARM S.R.L. bajo el Expediente 16-2017/CCD).* 5 de abril de 2018.

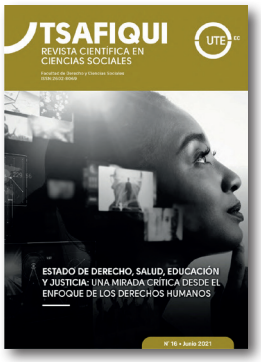
Tribunal del INDECOPI. Sala Especializada en Defensa de la Competencia. *Resolución n.° 0141-2019/SDC-INDECOPI (Procedimiento iniciado de oficio contra LABORATORIOS FARMASUR S.A.C bajo el Expediente 0051-2018/CCD).* 5 de agosto de 2019

Tribunal del INDECOPI. Sala Especializada en Defensa de la Competencia. *Resolución n.° 0024-2020/SDC-INDECOPI (Procedimiento iniciado de oficio contra INRETAIL PHARMA S.A. bajo el expediente n.° 0248-2018/CCD.* 6 de febrero de 2020.

Tushnet, R., y Goldman, E. (2014). *Advertising & Marketing Law: Cases and Materials.* Lexington: KY.

TSAFIQUI
REVISTA CIENTÍFICA EN
CIENCIAS SOCIALES

TSAFIQUI | Revista Científica en Ciencias Sociales
Nº 16, 2021 | ISSN **1390-5341** - eISSN **2602-8069** | Universidad UTE
www.revistas.ute.edu.ec/index.php/tsafiqui/index



Aportes al derecho a la protección del trabajo en adolescentes entre 15 y 17 años en Ecuador

Contributions to the right to work protection in adolescents between 15 and 17 years old in Ecuador

https://doi.org/10.29019/tsafiqui.v12i16.856

Andrea Rojas

RESUMEN

Esta investigación analiza el derecho a la protección del trabajo adolescente entre 15 y 17 años, dado el reconocimiento de la Constitución del Ecuador al derecho al trabajo en este grupo etario. Se realiza una revisión conceptual del trabajo adolescente, el cual ha sido abordado a través de dos perspectivas: una abolicionista, que asocia el trabajo adolescente como trabajo infantil lo que configura una vulneración de derechos y una perspectiva proteccionista que aboga por una protección y condiciones de seguridad para los adolescentes trabajadores. Se utiliza una metodología cualitativa que busca explorar distintas percepciones respecto al trabajo adolescente, a través de entrevistas cualitativas a actores claves del Estado, representantes internacionales y de sociedad civil, quienes analizan los factores que promueven la manifestación del trabajo en adolescentes y las demandas al Estado. Los hallazgos más relevantes se relacionan a una multicausalidad en el origen del trabajo adolescente, que la pobreza no representa el único factor que condiciona su aparición y que esta actividad no está siendo intervenida por el Estado ecuatoriano, lo que deriva en una alta invisibilización sobre el fenómeno. Se plantean las implicaciones de estos resultados que aporten al debate sobre las condiciones de dignidad y seguridad requeridas en el ejercicio del derecho al trabajo.

ABSTRACT

This research analyzes the right to protection of adolescent labor between the ages of 15 and 17, given the recognition in the Constitution of Ecuador of the right to work in this age group. It provides a conceptual review of adolescent labor, which has been approached mainly through two perspectives: an abolitionist perspective, which associates adolescent labor with child labor, which constitutes a violation of rights, and a protectionist perspective, which advocates protection and security conditions for adolescent workers. A qualitative methodology is used to explore different perceptions of adolescent labor, through qualitative interviews with key State actors, international representatives, and civil society, who analyze the factors that promote the manifestation of adolescent labor and the demands on the State. The most relevant findings are related to the multiple causes of adolescent labor, the fact that poverty is not the only factor that conditions its appearance, and the fact that the Ecuadorian State is not intervening in this activity. The implications of these results are raised, which will contribute to the debate on the conditions of dignity and security required in the exercise of the right to work.

PALABRAS CLAVE | KEYWORDS

Trabajo adolescente; derechos humanos; protección integral; proteccionismo; abolicionismo; derecho al trabajo.
Adolescent work; human rights; Integral protection; protectionism; abolitionism.

Recibido: 18/03/21 - **Aceptado**: 28/05/21 - **Publicado**: 01/06/21 | Páginas: 95-105

INTRODUCCIÓN

El trabajo infantil en Ecuador es definido por la Constitución como aquellas actividades que realizan todas las personas menores de 18 años en condiciones que afectan su salud e integridad. Esta definición se adopta desde la Organización Internacional del Trabajo (OIT) que define el trabajo infantil como una actividad peligrosa y perjudicial para el bienestar físico, mental y moral del niño (OIT, 2019). No obstante, este fenómeno en el país, ha sido estudiado desde diferentes perspectivas las cuales giran en torno a concepciones adoptadas desde sus impactos y las maneras de erradicarlo en su totalidad. Lo que, contradictoriamente, ha favorecido un menor tratamiento y mayor invisibilización. La Constitución ecuatoriana reconoce e instituye, en condiciones excepcionales, el trabajo adolescente protegido, en particular, entre 15 y 17 años, puesto que se reconoce que tal actividad "no podrá conculcar su derecho a la educación ni realizarse en situaciones nocivas o peligrosas para su salud o su desarrollo personal. Se respetará, reconocerá y respaldará su trabajo y las demás actividades siempre que no atenten a su formación y a su desarrollo integral" (CE, art 46).

La discusión que se plantea alrededor del trabajo adolescente, identifica inicialmente una 'perspectiva abolicionista'. Esta tiende a identificar el trabajo adolescente como trabajo infantil, la cual es confirmada desde organismos internacionales y que el país acoge en su normativa y políticas públicas. Esta perspectiva considera que se debe abolir todo el trabajo de menores de edad, incluyendo en este grupo a la niñez y adolescencia. Bajo este enfoque se enmarcan diversos autores e instituciones que han fomentado la construcción y aplicación de políticas y planes de acción a favor de eliminar cualquier trabajo en personas menores de 18 años. Lorena Moreno refiere en un estudio comparativo a nivel nacional en cuanto al trabajo infantil, entre 2006 y 2012, que se identifica trabajo infantil en actividades agrícolas en la zona rural (Moreno, 2015), lo que sugiere que las condiciones socioeconómicas parecerían estar estrechamente ligadas al trabajo infantil y que el Estado podría actuar más contundentemente en un contexto de mejora de las condiciones de vida de los ecuatorianos. En la misma línea, Ayala realiza un análisis del rol de los actores sociales en la construcción de políticas públicas (Ayala, 2014) e identifica que un niño o una niña con familia y escuela 'normales' tienen mayor inclusión en la sociedad y, por el contrario, de aquellos 'menores' pobres, huérfanos, con falta de educación que terminan siendo excluidos de la sociedad. Este análisis reafirma la hipótesis de que la pobreza constituye el origen y explicación del trabajo infantil y adolescente que requiere ser abolido (Rojas, 2017).

Jenny Arguello analiza la incidencia del trabajo infantil en la deserción escolar entre 1995 y 2006 y devela los problemas que afectan el acceso y la calidad de la educación para comprobar que se observa una relación entre el trabajo infantil y la decisión de dejar los estudios. A pesar de que no trata directamente el trabajo adolescente, Arguello plantea una perspectiva desde la economía que justifica la importancia de la educación para la mejora de la calidad de vida y como aporte al crecimiento económico (Arguello, 2009).

Por otro lado, se plantea la consideración del trabajo infantil y adolescente asociado a las condiciones no dignas, a partir de un estudio en plantaciones bananeras del Ecuador en las provincias de los Ríos, Guayas y El Oro (Borja, 2010). Aun cuando se observa una coincidencia con anteriores autores al situar la pobreza como principal causante de trabajo infantil en las bananeras, advierte del rol e intereses de otros actores, tales como empresarios, cuando se trata de elegir mano de obra más barata y sin la seguridad social que dicta la ley. Esto pone en evidencia la falta de aplicabilidad de la legislación nacional e internacional y la necesidad de control por parte del Estado (Rojas, 2017). En este punto, un estudio de caso en la provincia de Cotopaxi concluye que la política pública en el período 2006 y 2014, ha logrado avances en el país al enfatizar los cambios en la institucionalidad y la incorporación de diversas normativas bajo un bloque de constitucionalidad (Rengel, 2016). Se plantea que el trabajo infantil ocurre por el desconocimiento de derechos de la niñez y se sugiere que la educación tiene la capacidad de reducir la probabilidad de que los menores trabajen (Rengel, 2016).

Este primer enfoque teórico recalca la importancia de reducir hasta eliminar por completo el trabajo de todas las personas menores de dieciocho años, ya que les priva de su correcto desarrollo. Además, las condiciones socioeconómicas se asocian directamente al trabajo infantil, lo que deriva en vulneraciones de derechos, tales como el acceso y permanencia en un entorno escolar. De esta manera, se refuerza la consideración de que la erradicación del trabajo infantil traerá ventajas a la sociedad, al abordar la necesaria resolución del derecho a la educación y a la disminución de vulneraciones asociadas a la seguridad de los niños, niñas y adolescentes (NNA).

Un segundo enfoque se identifica como 'proteccionista' y asocia el fenómeno del trabajo infantil como una práctica cultural (Albornoz, 2010) que reconoce que la realización de labores requiere la consideración de distintos factores causales y una perspectiva de derechos humanos. En una investigación del caso de los centros PANITA, se rescata el derecho de niños y adolescentes a ser considerados sujetos que pueden optar por trabajar, lo que implica que la realización de una actividad laboral no necesariamente se asocia a condiciones materiales. Esto cuestiona el discurso oficial de la erradicación del trabajo infantil, proponiendo la noción de un trabajo infantil digno, que sea normado para transformar la visión de los niños y adolescentes como objetos de protección a sujetos de derechos (Albornoz, 2010). La crítica hacia la concepción de erradicación del trabajo infantil, Morsolin (2010) aporta un criterio desde un enfoque de derechos humanos, que identifica la participación activa del sujeto de derecho como protagonista, que le otorga un significado cultural a la capacidad de los NNA de formular sus propios intereses (Rojas, 2017).

Morsolin identifica este protagonismo de NNA en diversos ámbitos: en primer lugar, relacionado con los movimientos de niñez y la lucha por la reivindicación de derechos de aquellos niños que no pueden asistir a la escuela por necesidad de trabajar y ayudar a sus familias (Morsolin, 2010). Seguido de esto, se plantea el protagonismo infantil, en cuanto a la posibilidad que tienen los niños y niñas de formar colectivos que luchen por transformar la realidad, lo que vincula la participación infantil como un derecho que les permite el desarrollo como sujetos sociales para configurarse como sujetos de derecho (Morsolin, 2010). Asimismo, este autor contrapone la visión de erradicación del trabajo infantil versus la lucha contra el abuso y la búsqueda de un trabajo digno (Morsolin, 2010), reconociendo que se observan diferencias entre el trabajo adolescente y el trabajo infantil. Esta búsqueda de un trabajo digno plantea que un enfoque proteccionista busca garantizar la dignidad en el trabajo de quienes lo desempeñan. Complementariamente, Lucila Cruz asume a los niños y adolescentes trabajadores como sujetos que participan y exigen trabajar en condiciones dignas y seguras. Se apoya en buscar el principio del interés superior del niño planteado en la Convención de Derechos de la Niñez, sugiriendo que es derecho de la niñez el organizarse para demandar mejoras de sus condiciones laborales, luchar contra toda forma de abuso y explotación y la regulación del trabajo infantil por medio de un mejor marco jurídico (Cruz, 2017).

De otro lado, cabe mencionar la propuesta de Aurélie Levoy, la cual resulta controversial para el paradigma de la erradicación del trabajo infantil. Levoy denuncia que se está "confundiendo la defensa del "interés superior del niño" con la "abolición del trabajo infantil" (Levoy, 2010, p. 10) y que los actores principales de esta discusión quieren reivindicar su derecho a poseer un trabajo digno. Además, plantea que la producción académica ha mermado y "la OIT, UNICEF, ONG, han intentado en el marco de sus políticas o sus programas de acción, definir lo que entendían por trabajo infantil" (Levoy, 2010, p. 12). Siguiendo con este argumento, los organismos internacionales han tendido a definir el trabajo infantil como "infancia robada" (Levoy, 2010) y que, al respecto, requieren establecerse debates para políticas públicas que se orienten a la erradicación. Empero, los actuales parámetros de la OIT resultan difíciles de aplicar, no solo por la libertad de cada país en elaborar sus propias listas, sino porque el enfoque que se prioriza es el abolicionista. Esto se evidencia en los objetivos para eliminar paulatinamente el trabajo infantil y no enfocarse en definir al trabajo adolescente como protegido, ni destinar los recursos económicos necesarios para cambiar esa realidad.

Tomados en conjunto, la perspectiva abolicionista expone claramente las condiciones externas que vulneran distintos derechos de niños y adolescentes y da la característica de trabajo infantil a aquel que irrespeta diversos derechos al contribuir a la deserción escolar, interrumpir la conformación de un proyecto de vida y exponer a riesgos en salud, al desarrollo, vida, libertad y seguridad de los NNA (Cruz, 2017). En tanto, el enfoque proteccionista aporta a esta articulación al considerar a los adolescentes entre 15 y 17 años como personas con capacidad de agencia y decisión para optar por el trabajo y exigir mejoras en sus condiciones laborales, potenciando así la cualidad de sujetos de derecho que exigen protección en el trabajo. A partir de una articulación entre ambas posturas, se sostiene que resulta indispensable una protección integral para aquellos adolescentes que opten por trabajar, en muchas ocasiones, obligados por la propia realidad y que ese trabajo deba realizarse en condiciones de seguridad y dignidad.

A partir de esto último, se comprende la protección integral de adolescentes como: "el reconocimiento como sujetos de derechos, la garantía y cumplimiento de los mismos, la prevención de su amenaza o vulneración y la seguridad de su restablecimiento inmediato en desarrollo del principio del interés superior" (Ministerio de Educación Colombia, Ley 1098, s/f). De este modo, el trabajo adolescente que considere condiciones de protección

y dignidad está implícito una visión emancipadora, en donde los adolescentes sean reconocidos como sujetos de derechos (Ávila, 2012). Esto significa, en primer lugar, una modificación de la posición de dominio adultocéntrica centrada en abordar las necesidades de adolescentes solo desde una visión adulta. Esta falta de reconocimiento y visibilización de un sujeto de derechos presenta directa incidencia con una visión oficial que sitúa el trabajo adolescente como trabajo infantil. Esta posición ubica a la pobreza como causa principal del trabajo adolescente y la deserción escolar como su consecuencia, sin plantear un análisis sobre las condiciones de vida en las que se insertan los adolescentes que trabajan. En este sentido, resulta indispensable considerar la desigualdad social, la precarización laboral y la creciente desprotección de los derechos laborales de los trabajadores que hacen que el entorno laboral sea aún más riesgoso para los adolescentes y se configuren en derechos vulnerados.

De esta manera, "la propuesta es transitar desde una postura adultocentrista, a una de derechos humanos, en la cual los adolescentes entre 15 y 17 años sean reconocidos como titulares de derechos y pueden gozar de ellos sin discriminación y en igualdad de condiciones". Así, se reconoce un sujeto adolescente con la libertad y capacidad para exigir mejoras en sus condiciones laborales y un Estado que aborde tales condiciones y ofrezca las garantías para el ejercicio del derecho al trabajo en condiciones de dignidad y seguridad. Esto último posiciona un enfoque de derechos humanos para abordar la necesaria protección y dignidad de sujetos adolescentes, que requieren marcos normativos protectores que permitan el acceso al derecho de un trabajo seguro, considerar el principio de igualdad y no discriminación, respecto a otros sujetos de derechos y el derecho de participación para garantizar que tal acceso ocurra en un sistema coherente de principios y reglas en el ámbito del desarrollo del país (Abramovich, 2006). Esto, a su vez, consiste en una obligación positiva de los Estados (Abramovich, 2006), ya que no solo debe construir políticas específicas para adolescentes, sino que debe contar con estructura que brinde capacitación, programas de inclusión en el mercado laboral y asegurarse de que a través de estas medidas afirmativas se garantice la inclusión de los adolescentes en trabajos dignos.

El enfoque de derechos humanos, a partir del principio de igualdad y no discriminación, permite considerar la diversidad etárea, en el cual no se trata únicamente de generar un equilibrio para lograr una igualdad material con respecto al derecho de un trabajo seguro y digno, sino de responder con la especificidad necesaria para que, sin importar cuales sean las motivaciones por las cuales trabajen los adolescentes, todos obtengan la protección requerida en cada uno de sus contextos. Otro aporte del enfoque de derechos humanos se refiere a la dignidad humana, la cual parte de entender la autonomía como la posibilidad de trabajar con los beneficios y protecciones, de manera que las condiciones materiales concretas para vivir bien estén cubiertas y permitan trabajar en un ambiente donde la integridad física y moral esté libre de humillaciones (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-881/02, 1991) lo que implicaría las condiciones de un trabajo seguro. Este concepto va de la mano con la libertad que, en palabras de Amartya Sen, corresponde a las capacidades del ser humano que, en este caso, implica que los adolescentes entre 15 y 17 años, como sujetos de derecho tengan libertad para optar a un trabajo digno, sin discriminaciones, en igualdad de condiciones de seguridad que trabajos de adultos. Esto conlleva una valoración de la diversidad generacional que exige hacer distinciones para garantizar que tanto adolescentes como adultos sean diferencialmente iguales ante los beneficios de ley laboral.

El análisis de los elementos y la propuesta desde un enfoque de derechos humanos sobre la protección y las condiciones de dignidad y seguridad en el acceso al trabajo en adolescentes entre 15 y 17 años en Ecuador, parte de suponer que, en efecto, el referido grupo adolescente presenta el derecho a ser protegido, a un trabajo digno que no vulnere sus derechos. La promoción del derecho a la protección del trabajo adolescente constituye, de este modo, un proceso que busca transformaciones sociales al requerir el cambio de mentalidad en considerar a los y las adolescentes como sujetos autónomos con capacidad de agencia y participación social.

MATERIALES Y MÉTODOS

Participantes

Se seleccionaron participantes que estén trabajando en instituciones públicas y organizaciones de la sociedad civil que vienen abordando el trabajo infantil y adolescente en Ecuador. Esto posibilitó la inclusión de trabajadores

y extrabajadores del Ministerio del Trabajo que son relevantes para conocer el accionar institucional, así como un representante de la OIT, delegado para temas de trabajo juvenil. Además, se complementa la visión estatal con algunos funcionarios del Centro del Muchacho Trabajador y la voz de un activista independiente en temas de trabajo infantil. Todos estos participantes aportaron por medio de los instrumentos que se detallan a continuación

Instrumentos

Se realizaron entrevistas semiestructuradas a actores claves de instituciones estatales y de organizaciones particulares. Se ha escogido la entrevista como herramienta, considerando que es una vía de acceso a los aspectos de la subjetividad humana, como lo menciona Vela Peón (2001).[1] Con esta técnica de recolección de información se posibilita una comparación de las respuestas desde diferentes roles de los participantes y hacer un contraste de las similitudes y divergencias de sus respuestas. Se define el contenido de la conversación según los objetivos de la investigación y no por los intereses particulares o personales de los entrevistados.

En el proceso, los entrevistados han sido asumidos como sujetos interlocutores quienes plenamente informados han aceptado la conversación con preguntas guía, pero no han permitido grabaciones ni de audio ni video durante las entrevistas. Los códigos deberán entenderse de la siguiente manera: CIE para el coordinador de la institución educativa; MIE para el maestro de la institución educativa; GPETI, para el Gerente del PETI en el MDT; FPETI, para el funcionario PETI; ROIT, para el presentante de la OIT. La presentación de resultados será expuesta por medio de la construcción de categorías de registro y de inferencia sobre las entrevistas realizadas.[2]

RESULTADOS

Para conocer en qué medida se ejerce en Ecuador el derecho a la protección del trabajo adolescente, hay que analizar las respuestas de los entrevistados por esta *primera categoría*: conceptualización del trabajo adolescente. Para esta, el participante 1, CIE menciona lo siguiente:

> El trabajo infantil en los más pequeños es robarles la infancia, están expuestos a daños en la salud y el desarrollo: sé de varios casos que terminan inhalando cemento de contacto o en basurales. Si consideramos la realidad del campo, por el contrario, todos los niños saben cuidar animales, los hijos de los agricultores nacen en esta forma de vivir y todos saben cómo hacerlo. Aprender ahí es una forma de crecimiento, los papás no les explotan (Participante 1, CIE-Coordinador Institución Educativa, 2018).

El trabajo adolescente es legal de manera excepcional en Ecuador, sin embargo, sí les "perjudica igual en su educación, aunque está permitido, no hay mucha diferencia con el trabajo infantil cuando los adolescentes no gozan de derechos (Participante 4, FPETI- MdT, 2018)". Asimismo, se lo puede ver como una "oportunidad que tienen para conseguir dinero y salir adelante en las necesidades que afronta la familia (Participante 2, MIE- maestro, 2018)", criterio que está cercano a la perspectiva teórica de esta tesis y refleja conciencia de la realidad por parte de este funcionario.

La definición del trabajo adolescente posee características que lo hacen particular más aún, cuando se reconoce que "el lado negativo es la explotación, cuando no hay paga por el trabajo. Lo positivo son los valores que uno aprende, la puntualidad, el compromiso, la honradez. Se adquieren habilidades y además se aprende al manejo adecuado del dinero propio (Participante 2, MIE, 2018)". En otras palabras, el trabajo adolescente no solamente se conforma en un mecanismo para obtener dinero, sino que constituye un proceso a través del cual los y las adolescentes aprenden estrategias, refuerzan habilidades y desarrollan capacidades que en el futuro les servirán para su desenvolvimiento en los diferentes roles que desempeñen.

1 "La entrevista cualitativa proporciona una lectura de lo social a través de la reconstrucción del lenguaje, en el cual los entrevistados expresan los pensamientos, los deseos y el mismo inconsciente" Fortino Vela Peón, "Un acto metodológico básico de la investigación social: la entrevista cualitativa" (2001).

2 Se utilizará el análisis de contenido como metodología para la presentación de resultados, propuesta de Krippendorf, que consiste en clasificar la información por medio de categorías para poder comparar las respuestas de los actores entrevistados.

En contraste a estas opiniones, algunos autores enfatizan el origen del trabajo infantil, en particular, a nivel de compensación. En la literatura se encuentran otros enfoques que sugieren que el trabajo infantil-adolescente motiva la construcción de valores que les serán de gran utilidad a los niños en la adultez para su desenvolvimiento laboral. Si bien estos enfoques reconocen que algunas formas de trabajo infantil son producto de las distorsiones económicas existentes en un país en vías de desarrollo, sus tratadistas plantean que la adquisición de habilidades, aptitudes y capacidades a temprana edad compensan las pérdidas estimadas por la no formación del capital humano (Acevedo et al, 2011).

Por lo tanto, hablar de trabajo adolescente no constituye necesariamente en sí una violación de derechos sino, por el contrario, es el reconocimiento que disponen los adolescentes a través del cual pueden desarrollarse como seres humanos y que, para ser protegido, debe distinguirse del trabajo infantil.

La *segunda categoría* se deslinda de la primera, ya que es sobre proteger el trabajo adolescente e identificar si se ejerce ese derecho. Esta categoría es sustancial para este trabajo de investigación puesto que abarca el principal cuestionamiento de investigación, y para esto se parte de la respuesta del ahora maestro del centro educativo, que como característica particular cuando niño y adolescente fue muchacho trabajador y habla desde la experiencia y vivencia personal:

> Hay que ser consciente de la realidad. Deberían proteger (el trabajo adolescente) creando sitios para que trabajen en condiciones seguras fabricando cosas, por ejemplo, manillas, aretes, etc., y que los padres vayan a vender. Debe haber espacios para hacer manualidades para que los niños y niñas hagan en forma de estudio, como prácticas. Para que no estén en las calles que ahora son peligrosas por las drogas y el robo, pero en mi época no eran peligrosas. Sí, se trabaja por la necesidad de la pobreza, pero erradicar el trabajo infantil y adolescente no termina con la pobreza (Participante 2, maestro MIE., 2018).

Para este maestro del centro educativo, se debe proteger el trabajo adolescente, ya que brinda ocupación con el tiempo y, en los casos relacionados con la pobreza, la disposición de erradicar el trabajo adolescente no terminará con su condición de pobreza, sino que solo les impedirá trabajar. Este punto de vista es sumamente relevante, porque defiende el acceso al trabajo adolescente por su propia vivencia, a pesar del entorno en el que creció y las diferentes responsabilidades que le tocó asumir, a través del trabajo aprendió entre otras cosas la generosidad y la responsabilidad del ahorro. De esta manera, la propuesta de espacios seguros y dignos para que los adolescentes entre 15 y 17 años puedan trabajar representa una clave para responder la pregunta de investigación. Otro aspecto planteado para este exadolescente trabajador, es que en la actualidad no se ejerce el derecho de la protección en el trabajo, sino que se propone crear espacios adecuados donde se aprenda un oficio en condiciones dignas y poder comercializarlo.

Por parte del participante 4, representante del MdT reconoce que: "Sí... (hay que promover el trabajo adolescente) porque es formativo, tiene que ir acorde a las capacidades evolutivas y es un mecanismo para sacarles de la calle (Participante 4, FPETI-MdT, 2018)". Ello evidencia que el acceso y ejercicio a este derecho se identifica como un mecanismo para el desarrollo del adolescente, aun cuando no están las condiciones para que los adolescentes puedan ejercerlo a cabalidad.

Sin embargo, la opinión del representante de la OIT discrepa totalmente de las anteriores visiones ya que recalca con énfasis que: "Sería importante aclarar que la idea no es promocionar el trabajo adolescente, al menos no por parte de OIT ni del MdT, todavía falta conocer cuáles son las condiciones que haría que el adolescente ingrese al trabajo adolescente (Participante 5, ROIT, 2018)". Esta visión por parte de una institución internacional marca las pautas de las políticas públicas en el país y en los planes del gobierno central, provincial y cantonal. La visión de este representante de la OIT no necesariamente refleja las recomendaciones teóricas que emite la propia OIT, pero sí refleja el imaginario de la sociedad al evaluar como algo negativo al trabajo adolescente.

La *tercera categoría* corresponde a las acciones para brindar oportunidades de trabajo adolescente: en esta categoría se analiza si se encuentran políticas públicas que apunten a brindar oportunidades dignas para el trabajo adolescente y conocer las acciones previstas para ejecutar esos planes. Al respecto nos menciona el participante 6 lo siguiente:

> Los adolescentes sí pueden trabajar, pero en condiciones óptimas, hay que formalizar las relaciones laborales. Aún no está posicionado el trabajo adolescente, no se le da importancia en la bolsa pública... Al

> momento, los objetivos del PETI, son: Crear alianzas estratégicas con el sector productivo, social y la sociedad civil que prevengan y eliminen el trabajo infantil y proteja el trabajo adolescente permitido (...) Sensibilizar y generar movilización social para la prevención del trabajo de niños, niñas y adolescentes (Participante 6, GPETI, 2018).

Esta exgerente del PETI, aporta a responder la pregunta de investigación desde la estrategia que debe aplicar el Estado para la protección del trabajo el cual requiere, necesariamente, adoptar un posicionamiento sobre el trabajo adolescente para poder protegerlo y no únicamente por medio de la erradicación. Por otro lado, reconoce que en una medida muy baja o casi nula se ejerce el derecho a la protección en el trabajo adolescente, pero propone crear alianzas con el sector privado. Esto sería un paso importante para motivar a los empleadores a contratar adolescentes, que lo hagan en condiciones óptimas, garantizando así los espacios formales para que se brinden las seguridades que conllevan los trabajos dignos a cambio de una remuneración justa.

Para el participante 4, en relación con las políticas públicas sobre el trabajo adolescente, plantea que es necesario afinar también en los conceptos:

> En el trabajo adolescente protegido hay que definir cuál es la protección, porque no se especifica en qué consiste, solo es normativo en la edad mínima y se sabe que tiene que gozar de los mismos derechos que otro trabajador. También es clara la ley en que este trabajo debe ser de seis horas diarias, treinta horas a la semana, de lunes a viernes, que es prohibido en sábados y domingos, prohibido jornadas nocturnas y, que solo se puede en horario diurno y vespertino (Participante 4, FPETI, 2018).

Este criterio nos indica que en el Estado ecuatoriano se percibe limitadamente lo que está reconocido en la Constitución respecto al trabajo adolescente protegido. Este mismo participante, posteriormente menciona: "No hay efectivas oportunidades para que los adolescentes trabajen formalmente, las empresas no están sensibilizadas nos falta extender campañas," y luego añade: "Hay problemas con los adolescentes que no quieren estudiar sino solo trabajar y la única condición es que estudien, sino no se pueden mantener en la empresa (Participante 4, FPETI, 2018)". Esta respuesta revela la falta de acciones ejecutadas para aportar al ejercicio del derecho por parte de los adolescentes y una vez más que el Estado ecuatoriano sí conoce las razones por las cuales los adolescentes trabajan.

El participante 6 contrapone su criterio al afirmar que: "se realizó una propuesta con las juntas parroquiales para la profesionalización de los adolescentes para que el trabajo ya no sea peligroso. También presentamos una propuesta de reforma al código del trabajo en relación al trabajo adolescente. El Ecuador tiene que avanzar mucho en cuanto al trabajo adolescente, está invisibilizado en América Latina y el Caribe (Participante 6, GPETI, 2018)". Esta afirmación de la ex gerente del PETI, constituye un espejo de la realidad nacional y regional.

La invisibilización que los Estados realizan sobre los adolescentes en general, fomentando que, en este caso, únicamente se traten temas de trabajo infantil, o del empleo joven. No obstante, lo que sucede a los adolescentes suele estar obviada por el Estado ecuatoriano puede plantearse en distintas razones y la principal se refiere al desconocimiento de su realidad, los contextos en que se inserta y cuáles son sus principales necesidades.

A esta opinión, en particular, se le suma la del representante de una organización social cuyo eje de acción de erradicación para el trabajo infantil, el cual manifiesta como ex servidor público que el presupuesto para trabajo adolescente resulta reducido ya que se prefiere destinar los recursos hacia la primera infancia para sacarla del trabajo infantil, a invertir en el grupo poblacional que está próximo a ser mayor de edad. De esta forma, "el grupo de 15 a 17 años no representa un grupo prioritario si contemplamos la cantidad de niños que en la primera infancia se ven envueltos en temas peligrosos del trabajo infantil (Participante 7, ROC- Representante Organización Civil, 2019)" Las respuestas de este ex funcionario del Municipio de Quito, que ahora labora durante cinco años en las organizaciones civiles, resultan contundentes cuando cuestiona las políticas públicas que se han intentado formular y que se caen en la ejecución. Como ejemplo menciona que hace tiempo se intenta elaborar un protocolo de atención para NNA en trabajo infantil, pero afirma que quienes deben ejecutar las acciones no muestran claridad sobre qué significa el trabajo infantil y porqué erradicarlo.

El participante también menciona que en su momento existía el SURTI, plataforma de la niñez trabajadora, pero que nunca fue funcional, ni hubo política pública al respecto. Esta información se confirma con la aseveración de la exgerente del PETI cuando indica que: "El proyecto quiere trabajar más con los adolescentes, pero al ser parte del MdT depende mucho de la visión de las autoridades a cargo, puede haber autoridades que estén en

contra del trabajo adolescente". Esto revela que toda acción sobre el trabajo adolescente pone de condicionante la voluntad política de las autoridades para ejecutar o no los programas en favor del trabajo adolescente protegido.

El participante ROC, además, menciona que hay que tener cuidado con limitar las causas del trabajo infantil a una condición de pobreza ya que, si bien es cierto que constituye una causa, sería un error atribuir que es la única, porque se estaría volviendo al círculo de estigmatización sobre ese grupo poblacional. Hay que considerar otros factores como la violencia, la migración, el embarazo adolescente (que no respeta clase social) o las dificultades para ejercer otros derechos (como el derecho a la educación, entre otros). Asegura que el trabajo adolescente corresponde a un tema en que los ministerios buscan responsables: "los del MIES afirmando que es competencia del MdT y los del MdT diciendo que es responsabilidad del MIES velar por todos los grupos de interés prioritario" (Participante 7, ROC, 2019).

Para "cerrar este análisis por categorías" vale la pena citar la posición de la OIT en esta última categoría, dado que brinda un punto de opinión en pro de la erradicación:

> El Ministerio del Trabajo entra a trabajar temas de trabajo adolescente con las empresas con un plan piloto con los chicos y las empresas donde se les aplica un test de orientación vocacional. Por medio de una consultoría el MdT se diseñó un flujo, no para promocionar el trabajo adolescente (no se puede hacer eso) sino para priorizar cuales adolescentes deben entrar al trabajo adolescente y suelen haber dos determinantes: no se inscribieron en el año escolar o por pobreza. Se hizo el flujo por dónde debe pasar el chico para ver su entrada o no al trabajo adolescente. Pero eso se quedó ahí, el gobierno no tomó la posta. En septiembre de 2018 se cerró el proyecto con el MdT y la OIT (Participante 5, ROIT, 2018).

Después de esta entrevista, se acudió a HOLCIM, una de las empresas involucradas en este plan piloto quienes, a través de su programa de Responsabilidad Social Empresarial, han ejecutado un proyecto llamado "Formación adolescente y juvenil" en Latacunga y Guayaquil. En su reporte informan lo siguiente:

> Este programa en el cual han participado 245 personas hasta el momento, tiene el objetivo de mejorar las condiciones de formación y empleabilidad de los adolescentes y jóvenes entre 15 a 29 años que se encuentren en situación de vulnerabilidad a través de: formación técnica según demanda local; desarrollo de habilidades blandas; socializar derechos laborales; gestionar en el mercado la empleabilidad y el emprendimiento de los participantes; diálogo con empresas del sector para inserción laboral de jóvenes. De esta manera, poder aportar al proyecto de vida de los jóvenes y a la prevención de riesgos (PPT Responsabilidad Social Empresarial Holcim, 2019).

Esto último representa una acción que refleja mayor claridad sobre el aporte que se puede realizar a la población adolescente, que posibilitarían a otras empresas del mismo sector de la construcción y de otros sectores a poner sus intenciones en pro del trabajo adolescente protegido para que pueda ser ejercido en su totalidad por los adolescentes entre 15 y 17 años en condiciones dignas.

Por otro lado, se tuvo un acercamiento con la gerente de un proyecto que pertenece a la red Cinco colores para entrevistar a adolescentes entre 15 y 17 años, pero se obtuvo una negativa, ya que menciona que al trabajar con esa población se requiere suma cautela por el mismo hecho de que aún no presentan la mayoría de edad. En esta investigación la voz de un ex adolescente trabajador es lo más cercano a un adolescente trabajador que se pudo acceder para conocer su experiencia.

En este apartado se presentan los aspectos que, por un lado, refuerzan la noción de trabajo infantil y, por otro, lo diferencian del trabajo adolescente, aspecto relevante para identificar en las instituciones particulares y estatales las corrientes más prominentes a la hora de la toma de decisiones. En relación con el trabajo de campo, de las entrevistas realizadas, se concluye que el ejercicio de derecho al trabajo protegido para los adolescentes entre 15 y 17 años no constituye el óptimo ni deseable, sino que, por el contrario, se ejerce en una medida muy baja y que depende estrechamente de la visión política sobre la adolescencia y del trabajo adolescente que presenten las autoridades de turno. Esto se refleja que, en ciertos períodos políticos, se ha avanzado más en el reconocimiento del trabajo adolescente y de generar acciones y que, posteriormente, permanezcan estancados por falta de destinación de recursos a este grupo poblacional en específico.

Las entrevistas develan las falencias en la protección integral a los adolescentes, que desde las rutas que planea el Consejo de Protección de Derechos se las diseña para la actuación de profesionales en casos de vulneración

de derechos (Ruta de protección integral de los Derechos de niñas, niños y adolescentes, 2017) a este grupo de atención prioritaria. No obstante, en la práctica, no se identifican acciones frente a la desprotección del acceso al trabajo de adolescentes entre 15 y 17 años, lo cual podría estar relacionado al desinterés social en el país respecto de otros temas menos protagónicos y mediáticos, a la naturalización de las condiciones de desigualdad social y, especialmente, a la invisibilización estatal del grupo de adolescentes y sus necesidades. En específico, se reconoce que el grupo de adolescentes objeto de este estudio, está en un intersticio en el cual no consigue el interés de políticas públicas sobre niñas y niños que están realizando una actividad laboral o de un grupo de jóvenes que por su mayoría de edad podría optar a desarrollar actividades laborales.

CONCLUSIONES

Esta investigación gira en torno al fenómeno del trabajo adolescente en Ecuador y conocer el ejercicio del derecho a la protección del trabajo en adolescentes entre 15 y 17 años en condiciones de dignidad y seguridad. A pesar de que la Constitución reconoce que este grupo etáreo, presenta un acceso excepcional en la dinámica laboral. La situación actual sitúa a los adolescentes en general y al trabajo adolescente en particular, en una invisibilización que lo ubica casi exclusivamente en la política de erradicación del trabajo infantil. Esta visión estatal dificulta a la hora de actuar sobre los factores condicionantes que llevan a los adolescentes a trabajar y que, en efecto, se asocian a vulneraciones de otros derechos. Tampoco se presenta una acción de protección sobre los adolescentes trabajadores para que tengan acceso y ejerzan el derecho al trabajo en condiciones de seguridad y dignidad. El trabajo adolescente que no goce de las condiciones adecuadas de protección es considerado como trabajo infantil, el cual requiere, necesariamente, ser erradicado.

Estos últimos aspectos han sido recogidos en la literatura a través de dos posiciones teóricas: una perspectiva abolicionista y otra proteccionista. El punto a dilucidar, es "generar un consenso sobre las diferencias que se establecen entre trabajo infantil y trabajo adolescente", la visibilización de los adolescentes como grupo de atención prioritaria en el cual se requiere resguardar y proteger en todas las condiciones en que se encuentre el adolescente, ya sea estudiando o trabajando. Esto se facilita a través de un enfoque de derechos humanos en el que se lo reconoce como sujeto de derechos, con capacidad de agencia en el cual se basa su autonomía y participación en las condiciones que le competen a su vida y en fomentar una protección del Estado ante las necesidades que presenten en el acceso y ejercicio de derechos.

Lo que conlleva el reconocimiento de patrones adultocentristas al promover únicamente la abolición del trabajo adolescente en general, sin realizar distinciones para el grupo entre 15 y 17 años y, en específico, en las condiciones del trabajo en las que se encuentra ese grupo de adolescentes. Se evidencia también que se han levantado muros normativos, paradigmáticos e ideológicos en la sociedad en torno al trabajo adolescente, puesto que, al no distinguirlo del trabajo infantil, resulta complejo en su comprensión y promoción como derecho basado en la dignidad de los y las adolescentes que trabajan.

En este estudio, se concluye que la invisibilización del derecho al trabajo en adolescentes por el Estado ecuatoriano está acorde a una invisibilización mayor de este grupo poblacional, en concreto, sobre las obligaciones de respeto, protección y garantía en sus derechos. Esto plantea que no se están generando acciones estatales para promover el acceso y ejercicio de derechos de población adolescente, los cuales tienden a centrarse, exclusivamente, en el derecho a la educación. La discusión sobre el acceso y ejercicio al trabajo adolescente y en la provisión de condiciones de dignidad y protección, ocurre en un contexto de progresivas invisibilizaciones del Estado ecuatoriano a los derechos de los adolescentes. Esto conlleva a la desprotección de otros derechos, entre los cuales se inserta el derecho al trabajo en adolescentes entre 15 y 17 años. Bajo estas consideraciones, cabe preguntarse si el Estado ecuatoriano -que cuenta desde el 2011 con datos sobre el trabajo adolescente- presenta voluntad para generar una protección a las condiciones en que los adolescentes que trabajan.

Se concluye que la condición de pobreza es una causa para el trabajo infantil, más no la única, en el cual hay que contemplar otras variables como la migración, el embarazo adolescente de cualquier nivel económico, la falta de acceso al sistema educativo, entre otras. Adicionalmente, aportar al hogar con recursos económicos es otro factor que promueve el trabajo adolescente.

El Estado es consciente de su responsabilidad, conoce y reconoce sus obligaciones por velar por la integridad, salud y moral de los adolescentes, lo que incluye las condiciones seguras y dignas de su trabajo. La Constitución define al trabajo adolescente como excepcional, pero en el momento de definir políticas públicas y asignar presupuesto, se depende de la voluntad política de las autoridades de turno para que se ejecuten o no. En este punto, se evidencia una falta de coordinación entre los Ministerios de Inclusión Económica y Social, Educación y Trabajo para atender este fenómeno social. Lo que implica la destinación de presupuesto para llevar a cabo las actividades dentro de las políticas y programas. El Estado, desde su responsabilidad por velar que se cumplan los derechos que la Constitución señala para los adolescentes que trabajan, no debería omitir el análisis del trabajo adolescente.

Es necesario reflexionar ampliamente sobre las condiciones laborales de los trabajadores, de las distintas formas de vulneración y precariedad en el que se inscribe el trabajo en la actualidad y de cómo, en ese contexto, el trabajo para adolescentes entre 15 y 17 años parece no representar un interés en la política estatal en la actualidad. Al contrario, se exige a las instituciones de la sociedad civil que se alineen a la erradicación de todo tipo de trabajo en personas menores de 18 años, como es el caso de la institución educativa entrevistada, sin considerar su experiencia en ese ámbito de trabajo.

En las condiciones actuales del país —y más en un contexto de pandemia de la Covid-19 donde se evidencia una regresión en derechos laborales para todo trabajador— garantizar el derecho al trabajo adolescente es relegado a un segundo plano. No podemos obviar que en el Plan Nacional de Desarrollo "Toda una Vida", se identifica la erradicación de las peores formas de trabajo y a la disminución del trabajo infantil, pero ni siquiera menciona el trabajo adolescente. Este aspecto es una conclusión relevante, puesto que, "si el Estado ecuatoriano no asigna los recursos necesarios para garantizar el derecho al trabajo adolescente protegido, estos estarán más desprotegidos a la hora en que deban salir a trabajar". La protección integral se debe materializar en el conjunto de políticas, planes, programas y acciones (Ministerio de Educación de Colombia, Resumen de la Ley 1098, s/f) que se ejecuten en los ámbitos nacional, regional, provincial y municipal con la correspondiente asignación de recursos financieros, físicos y humanos, así como en las alianzas con el sector privado para promover las contrataciones regularizadas con este grupo generacional.

Otras variables que el Estado debe considerar son las condiciones de seguridad y dignidad en los trabajos para promover una afiliación social y realizar controles respecto de su situación para monitorear el ejercicio de derechos. Esto supone reforzar las inspecciones de las condiciones en todas las actividades que realizan los adolescentes, a fin de controlar la amplitud de los espacios, la luminosidad, el ruido, la ventilación, los peligros físicos (como las alturas o riesgo de accidente), los peligros químicos, entre otros, para garantizar espacios seguros y dignos de trabajo para los adolescentes. El eje comunicacional deberá ser robustecido con campañas respecto al derecho al trabajo de los adolescentes, dar a conocer las políticas públicas para el incentivo a las empresas que los contraten y que, a su vez, la población en general de todos los niveles económicos se familiarice con el trabajo adolescente y desde sus espacios procuren el esfuerzo particular por respetar este derecho.

El aporte de este estudio es contribuir a la discusión de cómo promover espacios de diálogo para fomentar la protección de los adolescentes en su trabajo y lograr condiciones más seguras y protegidas. Esto requiere encontrar puntos de equilibrio entre visiones teóricas contrapuestas, identificar como diferencia clave entre trabajo infantil y trabajo adolescente a las condiciones del trabajo realizado. Y, sobre todo, develar los puntos de mejora para que los adolescentes ejerzan de mejor manera su derecho a la protección en sus relaciones laborales remuneradas en condiciones de seguridad y dignidad.

REFERENCIAS

Abramovich, V. (2006). Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas del desarrollo. *Revista de la CEPAL, 88*: 35-50.

Acevedo González, K., Quejada Pérez, R., Yánez Contreras, M. (2011). *Determinantes y consecuencias del trabajo infantil: un análisis de la literatura.* Cartagena: Universidad de Cartagena.

Albornoz, B. (2010). *En los márgenes: El trabajo infantil como práctica cultural*. Quito: FLACSO Ecuador.

Arguello Ruiz, J (2009). *Incidencia del trabajo infantil en la deserción escolar. Análisis en la ciudad de Quito nivel urbano*. Quito: PUCE.

Ávila Santamaría, R. (2012). "De invisibles a sujetos de derechos: una interpretación desde el Principito". En *Los derechos y sus garantías. Ensayos críticos*. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición / Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.

Ayala, A. (2014). Análisis del Rol de los Actores Sociales en la construcción de la política pública de erradicación del trabajo infantil en el caso de Ecuador. Quito: FLACSO,Ecuador.

Borja Torres, P. (2010). El trabajo infantil en la plantaciones bananeras del Ecuador tomando como escenarios las provincias del Guayas, El Oro y Los Ríos, en el período 2000-2008. Quito: PUCE.

Colombia (1991). "Sentencia T-881/02", Corte Constitucional de Colombia, 1991, 1.

Colombia (s/f). "Resumen de la Ley 1098, s/f" Ministerio de Educación. https://www.mineducacion.gov.co/primerainfancia/1739/articles177828_archivo_pdf_resumen_ley1098.pdf

Cruz, L (2017). Incidencia del ejercicio de competencias de protección integral a la niñez y adolescencia de los GADS provincial de Pichincha y Municipal de Puerto Quito para erradicar el trabajo infantil desde el enfoque de garantías de derechos, en el Cantón Puerto Quito, período 2012-2014. Quito: UASB-E.

Ecuador (2008). Constitución de la República del Ecuador. *Registro Oficial 499*. 20 de octubre de 2008.

Ecuador (2005). Código del Trabajo. En Registro Oficial Suplemento167. 16 de Diciembre de 2005.

Ecuador (2017). "Plan Nacional de Desarrollo 2017-2021. Toda una vida", Consejo Nacional de Planificación, mediante Resolución CPN-003-2017. 22 de septiembre de 2017.

Levoy, A. (2010). Contra el trabajo infantil? En Aurelie Levoy, *Trabajo infantil, Explotación o necesidad?*, pp. 7-49. Madrid: Popular.

Moreno, L. (2015). *Factores asociados al trabajo infantil en el Ecuador*. Quito: FLACSO Ecuador.

Morsolin, C. (2010). *En deuda con los derechos. Diferentes miradas sobre ciudadanía, trabajo infantil, explotación y derechos de los niños, niñas y adolescentes en Ecuador.* Quito: Crissancolor.

Obando Martínez, Y.(2011). *Análisis de los Resultados de la propuesta alternativa de Niñas, niños y adolescentes PANITA implementado por el Programa del Muchacho Trabajador para la erradicación progresiva del trabajo infantil en Quito de 2006-2009*. Quito: PUCE.

Organización Internacional del Trabajo. "¿Qué se entiende por trabajo infantil?". Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo infantil (IPEC) en https://www.ilo.org/ipec/facts/lang--es/index.htm

Rengel Calvopiña, X. (2016). *Análisis de las políticas públicas de disminución del Trabajo Infantil y estrategias desde un enfoque local.* Quito: UASB-E.

Rojas, A. (2017). *Estado del arte sobre trabajo adolescente en el Ecuador. Una lectura desde derechos humanos.* Quito: UASB-E.

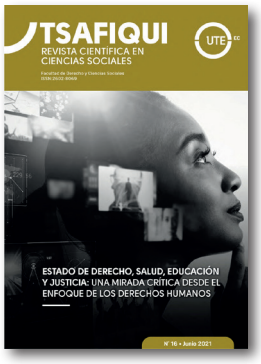
TSAFIQUI
REVISTA CIENTÍFICA EN
CIENCIAS SOCIALES

TSAFIQUI
REVISTA CIENTÍFICA EN CIENCIAS SOCIALES

MOSAICO

TSAFIQUI
REVISTA CIENTÍFICA EN
CIENCIAS SOCIALES

TSAFIQUI | Revista Científica en Ciencias Sociales
Nº 16, 2021 | ISSN **1390-5341** - eISSN **2602-8069** | Universidad UTE
www.revistas.ute.edu.ec/index.php/tsafiqui/index



Importancia de las luchas populares, desde la Época Colonial, en la configuración del Estado-nación ecuatoriano

The importance of the popular masses in the development of ecuador's national state since the colonial period

https://doi.org/10.29019/tsafiqui.v12i16.879

Jorge Almeida

RESUMEN

Desde un punto de vista social, el desarrollo histórico del Ecuador se enmarca en el establecimiento de un proyecto nacional hegemónico caracterizado por expresiones y practicas de exclusión basadas en la clase, la raza y el color de la piel, originadas en concepciones coloniales de ordenamiento social basándose en una estructura de castas bien diferenciadas. Esta pesada herencia influenciará de distintas maneras en la consolidación de una nación que parte desde una visión de las elites, en profunda contradicción con los sectores populares que se van desarrollando como elementos subalternos, pero que como veremos en el desarrollo de este trabajo que abarca los distintos períodos históricos del país, desde la Colonia al presente, van también convirtiéndose en actores de su propia historia, pugnando por alcanzar niveles de representatividad y conducción.

ABSTRACT

Ecuador`s historical development has been profoundly influenced by its colonial inheritance, based in a structured caste system, that spawned a hegemonical national project characterized by racial and class discrimination. As such the Ecuadorian nation has been developed through the vision of its elites in a profound contradiction with the popular masses that developed as subordinated elements, yet however as we will see in this work, these popular masses have also struggled not only to be included and represented but also to lead and therefore, construct themselves as historical actors on their own right.

PALABRAS CLAVE | KEYWORDS

Clases populares, Élites, Colonialidad, Movimientos Sociales, Movimiento Indígena, Trabajadores.

Recibido: 07/04/21 - **Aceptado**: 27/05/21 - **Publicado**: 01/06/21 | Páginas: 109-117

INTRODUCCIÓN

En su tesis séptima sobre la historia, Walter Benjamin llama a la reflexión sobre la inexistencia de una posición neutral del historiador, entendiendo que, una narración de la historia que se enfoca tan solo en los grandes momentos y personajes, constituye el relato de la clase dominante y deja por fuera el proceso de despojo que acarrea justamente su elevación a la posición de dominio, pero también el proceso creativo de los excluidos (Benjamin, 2008, pp. 22-23). Este es el ánimo de este trabajo, que intenta enumerar hitos centrales de la participación de los sectores populares en nuestra historia y evidenciar así su papel fundamental en la creación de la idea de un Ecuador plurinacional y pluricultural.

En ese sentido abordaremos en primer instancia el período colonial como momento fundacional de un proyecto de las élites económicas y raciales, frente al cual eclosionarán las primeras expresiones de la lucha popular, que, poco a poco, se irán acondicionando al surgimiento de un proyecto nacional criollo que mantienen niveles de exclusión basadas en la propiedad, la riqueza y la raza; modificándose posteriormente hacia una hegemonía del sentimiento mestizo donde existe una mayor cabida a la expresión popular pero que no logra aun cohesionar todas sus diversidades.

PERÍODO COLONIAL

La sociedad colonial se caracterizaría por el establecimiento de una estructura piramidal fundada en la claridad de la piel y el origen peninsular como fuentes de jerarquía social, basadas en el control de la tierra y la explotación de la mano de obra indígena. Los primeros años de la Colonia se caracterizaron por una relación entre conquistadores y conquistados que se organizó con base en una red de relaciones bilaterales, tácticas, relativamente flexibles, caracterizadas por la explotación mutua (Salomon, 1996, p. 111).

Sin embargo, la imposición del sistema de mandato indirecto (Salomon, 1996, p. 111), junto con un declive de la población indígena por las guerras, epidemias y explotación, incidirá sobre el control de la mano de obra y las tierras baldías, que llevaría luego a la consolidación de la hacienda (Miño Grijalva, 1996, pp. 55-61); situación que irá desarticulando una sociedad indígena relativamente autónoma, aunque subordinada (Salomon, 1996, p. 114).

Otro sector popular, que se adscribiría al régimen de la hacienda son los negros quienes, si bien habían llegado con los conquistadores (Quintero, 1983, pp. 29-30) incrementarán su presencia como esclavos en las haciendas cañeras del Chota, de propiedad de los jesuitas. Siendo este el estrato popular de peores condiciones en la Colonia (Quintero, 1983, p. 47).

Por otra parte, se dio la tendencia de separar a la élite indígena de sus bases a través de la aculturación, de la asimilación y del proceso de enriquecimiento de los cacicazgos mediante la apropiación de las tierras otrora estatales o comunales; así como también de la capitalización y monetización de las relaciones con sus tributarios y tierras (Salomon, 1996, pp. 115-116). Esto llevó a que muchos *ayllus* y familias huyeran de sus territorios, iniciándose el "forasterismo" como método de evasión tributaria y que, junto a la migración y la lucha por la tierra (Miño Grijalva, 1996, p. 74) serían los principales métodos de resistencia indígena frente al dominio colonial (Bustos Lozano y Terán Najas, 2015, p. 74) Ambos fenómenos influirían decididamente en el surgimiento del mestizaje.

El naciente "populacho" urbano-mestizo de artesanos, comenzará a organizarse en torno a gremios y cofradías (Quintero, 1983, p. 33) vinculándose con la economía del textil a través de "chorrillos" y "obrajuelos" (Miño Grijalva, 1996, pp. 97-100). Este grupo tendrá una participación destacada en la Rebelión de las Alcabalas, la que pese a comenzar como una revuelta de las élites contra el impuesto (Bustos Lozano y Terán Najas, 2015, p. 85) amalgamará el descontento popular (con excepción de los indígenas) contra el gravamen (Landázuri, 1996, pp. 209-210), generándose, además, una incipiente conciencia criolla (Bustos Lozano y Terán Najas, 2015, pp. 94-97).

Durante los siglos XVIII y principios del XIX, la sociedad mestiza continuará fortaleciéndose y se irá consolidando un sincretismo cultural bilingüe que caracterizó a los barrios populares de las ciudades de la Audiencia de Quito (Salomon, 1996, p. 118) sincretismo que ha llevado a algunos autores a hablar de una cultura colonial barroca expresada a través de las festividades (Núñez Sánchez, 2015, p. 11). Este sincretismo, realizará además grandes aportes a la cultura nacional, con su participación como albañiles, pintores y artesanos en la elaboración de las iglesias y obras de arte coloniales en especial de la Escuela quiteña (Bustos Lozano y Terán Najas, 2015, p. 131).

Este estrato social —que para 1730 abarcaba prácticamente un tercio de la población que habitaba la Real Audiencia de Quito— (Quintero, 1983, p. 45), se encontraba subordinado a las élites por redes clientelares que les brindaban empleo (Terán Najas, 2009, p. 102). Sin embargo, empezará ya a identificarse un sector político (Quintero, 1983, p. 45) aunque asociado a "la desocupación, vida inestable y a la 'plebe', que era un conjunto social de pobres urbanos [...]"; (Bustos Lozano y Terán Najas, 2015, p. 119) será el foco de la protesta social, destacándose la ya mencionada revuelta de Quito y sus barrios en 1765 (Bustos Lozano y Terán Najas, 2015, p. 119) en la que los sectores populares expulsarían a las autoridades españolas y tomarían el control de la ciudad, armándose bajo el grito de "¡Viva el rey, mueran los chapetones!" (Bustos Lozano y Terán Najas, 2015, p. 124).

La presión fiscal generada por las reformas borbónicas hizo del siglo XVIII y principios del siglo XIX un período de constantes revueltas,[1] con la particularidad de que, en la Audiencia de Quito estas revueltas se enmarcarían además en condiciones previas, como el declive de la economía textil y la pandemia de 1765 (Minchom, 2019, p. posición 5627-5647). Lo cierto es que la grave crisis económica generó "una creciente polarización ricos-pobres" (Terán Najas, 2009) que empujó a los sectores populares hacia una "transición [...], desde la esfera de la sociedad corporativa y clientelar, a la esfera de la marginalidad y la ilegalidad" (Terán Najas, 2009, p. 103).

Tras la revuelta, el territorio de la Audiencia entraría en una tensa calma; lo que resulta particular pues, a partir de 1780, se generarían diversas revueltas regionales como la de los comuneros en Nueva Granada o la rebelión de Túpac Amaru en el Perú, que movilizarían a amplios sectores populares, pero con muy poco eco en nuestros territorios. No obstante, es un fenómeno comprensible ante el carácter decididamente popular de la revuelta de 1765, en el que "la élite criolla había visto de lo que era capaz el populacho y durante décadas tendría más miedo de este, que de las reformas fiscales" (Minchom, 2019, p. posición 5856).

INDEPENDENCIA Y PERÍODO COLOMBIANO

El programa independentista fue esencialmente un proyecto criollo, aunque no uniforme, pues se vio marcado por procesos de desarrollo económico heterogéneo en las regiones de la Audiencia de Quito, con una crisis económica en la Sierra centro norte marcada por una economía subsumida a la hacienda (Mills, 1996, p. 156). Mientras que, por otra parte, Cuenca, gracias a la exportación de cascarilla, se encontraba en un período económico favorable (Mills, 1996, p. 276).

En la Costa, merced al intenso comercio del cacao, se desarrollarán grandes latifundios y un importante crecimiento poblacional, a esto contribuyó también la migración de mestizos e indígenas, principalmente al agro, quienes irán reemplazando a los esclavos negros en el trabajo en las haciendas cacaoteras. Esto propició el desenvolvimiento de relaciones de trabajo mixtas donde coexistirían el concertaje, el trabajo esclavo y trabajadores asalariados (Mills, 1996, pp. 154-155). Por su parte, la plebe urbana se agrupará principalmente en Guayaquil, donde para 1832 los artesanos agremiados constituían el 8 % de la población urbana.

Cabe señalar que el carácter de élite de estos proyectos nacionales que no buscaban un cambio fundamental en el tipo de desarrollo planteado por el modelo colonial, sino simplemente extirpar a la corona de la ecuación (Manuel Chiriboga, 1996, pp. 274-276). Por este motivo, llevó apenas a una participación pasiva de las clases populares (Landázuri Camacho, 2015, p. 140), en especial de los indígenas quienes, incluso en algunos casos, se transformaron en oposición directa al proceso independentista (Manuel Chiriboga, 1996, p. 280). *Pese a esta conducta general de las clases populares, s*e destaca su intervención en el proceso de independencia quiteño a partir de 1810. Pues si bien, la primera etapa de esta insurrección (1809) se enmarcó en un proceso conspirativo de la élite criolla local por la toma del poder que reproducía el sistema de dominación de la elite criolla, con base en su control sobre la milicia local (Minchom, 2019, p. Posición 6044-6071).

La represión gestada por las fuerzas militares de Manuel Arredondo, comandante enviado por el Virrey de Lima, despertaría el repudio de la sociedad quiteña, en especial, de sus clases populares que tratarían de asaltar la cárcel de la ciudad el 2 de agosto de 1810, hecho que provocaría una masacre por parte del ejército, que horrorizaría a América entera (Landázuri Camacho, 2015, p. 150) A su vez, la participación popular permitiría a

1 Varias rebeliones indígenas se desarrollarían durante este período, Pomallacta en 1730; Riobamba 1764; San Miguel 1766, San Phelipe 1771; Otavalo 1777; Guamote y Columba 1803. (Ver Bustos Lozano y Terán Najas, 2015, p. 73).

la segunda junta encabezada por Carlos Montufar, levantar una resistencia armada y ofensiva contra Guayaquil, Pasto y Cuenca que, aunque conseguiría ciertas victorias, fue finalmente derrotada en 1812 (Manuel Chiriboga, 1996, pp. 279-280).

La campaña liberadora de Bolívar generó una mayor participación de las clases subalternas, debido a la claridad del Libertador al comprender que para triunfar necesitaría de la colaboración de todos los grupos dominados, previendo una concepción de la guerra que busque la incorporación de indios, mestizos, negros y mulatos, tanto al ejército como al Estado, pero bajo tutelaje criollo (Manuel Chiriboga, 1996, p. 287); la manumisión de los esclavos y la eliminación del tributo indígena son ejemplos de esta política de tinte liberal. Sin embargo, esta posición era rechazada por las élites criollas, pues era entendida como una amenaza a su dominio sobre la explotación indígena, que era la base de su economía; particularmente en Quito, donde "la política liberal de Santander desestabilizaba la sociedad jerárquica y corporativa quiteña y afectaba los intereses de los marqueses" (Manuel Chiriboga, 1996, p. 294).

En ese sentido, la política bolivariana cambió de rumbo y pactó con la élite terrateniente, generando una política conservadora y restaurando el tributo indígena. Ayudó además a sofocar rebeliones de esclavos en la Costa, lo que le granjeó el apoyo guayaquileño que prefería un gobierno fuerte, que evite posibles alzamientos populares. Este escenario determinó a los años finales del período colombiano como los de una alianza "entre los terratenientes criollos, los militares gran-colombianos y el alto clero"(Manuel Chiriboga, 1996, p. 299), que permitió la perpetuación del sistema de dominio heredado por la Colonia.

PERÍODO REPUBLICANO

Los inicios de la República verán una continuación de la situación económica vivida durante el período colombiano, basada en el desarrollo heterogéneo de Quito (hacienda-textiles), Cuenca (minería-quina) y Guayaquil (cacao) (Ayala Mora, 2015a, pp. 19-20). En consecuencia, se generan proyectos de las élites regionales que confrontarán la idea de un Estado centralista, con un proyecto serrano de tipo católico y un proyecto costeño de tipo laico (Maiguashca, 1983, p. 185).

La naciente identidad de la República del Ecuador se erigirá sobre lo que Maiguashca denomina la "frontera interna", entendida como la separación del proyecto nacional hispano/y mestizo de las masas indígenas entendidos simplemente como fuerza laboral (Maiguashca, 1983, pp. 187-188). La propiedad comunal de la tierra de los pueblos indígenas se mantendrá, aunque por supuesto subordinada a los intereses de la clase dominante y muchas veces también en contradicción con estos últimos como destaca la rebelión de Guachalá en 1843, que sería duramente aplastada (Geours, 1983, p. 64). A la vez, figuras como los tributos y los protectores de indios se eliminarán a mediados del siglo XIX, junto con la esclavitud que fue suprimida en el Gobierno de Urbina (1851); sobre este punto es importante notar que la misma había declinado considerablemente gracias al dinamismo económico de la Costa y las migraciones de mano de obra hacia esta región (Ayala Mora, 2015a, pp. 29-41).

La crisis provocada por la pugna entre las élites regionales, que llevó prácticamente a la posibilidad de disolución nacional en 1859, encontró un freno durante el Gobierno de García Moreno, en términos de lo que Ayala Mora denomina la "Alianza Oligárquica". Es decir, un proyecto político orientado a "superar la etapa inicial de anarquía y establecer un entendimiento expreso o tácito entre los sectores en pugna de la clase dominante" (Ayala Mora, 1981, p. 4).

Bajo este esquema, se privilegiaría un Estado fuerte y autoritario, que mantenga el orden impuesto por la fuerza y un gobierno centralizado que aplique políticas en beneficio del desarrollo económico (Geours, 1983, p. 65); así como, la modernización y reforma del clero; consolidando así el proyecto oligárquico de las élites (Ayala Mora, 1981, pp. 9-14) lo que implicaría a su vez, un recrudecimiento de la situación de explotación de las clases populares, en especial de los indígenas, quienes llevarían a cabo varios levantamientos en Cañar (1862), Imbabura y Azuay (1871) (Ayala Mora, 1981, p. 4). De entre ellos, destaca el levantamiento realizado por Fernando Daquilema que:

> [...] desemboca en una masiva y violenta sublevación en la región del Chimborazo, en 1871; aún más, como no había acontecido desde mediados del siglo XVIII, parece que asistimos a una suerte de ensayo

> de independización étnica y, en consecuencia, de desconocimiento del Estado en la época. (Fuentealba, 1983, p. 71)

Ya en las décadas finales del siglo XIX, el "proyecto nacional criollo-latifundista" (Ayala Mora, 2008, p. 110) empezaría a encontrar sus límites. Sobre todo, ello se concatenaría con la emergencia de nuevos actores sociales y políticos que empezaron a criticar este proyecto excluyente que nunca logró superar el "divorcio entre las familias gobernantes 'blancas' y el resto del país, cholo, montubio, indio y negro [...]" (Ayala Mora, 2008, p. 109). Al mismo tiempo, las críticas de intelectuales liberales como Montalvo —pero también de conservadores como Juan León Mera—, dan muestra de la consolidación de un sentido de identidad que buscaba afianzarse en raíces nacionales y populares, que encontraría eco en las luchas liberales que marcarían los últimos años del siglo XIX y principios del XX (Ayala Mora, 2008, p. 110).

De esta manera, el siglo XX encontró al Ecuador saliendo de un período de guerra civil que culminó con el triunfo de la Revolución Liberal de Eloy Alfaro en 1895. Para Maiguashca, la Revolución Liberal no necesariamente fue un conflicto entre clases, sino "sobre todo de un conflicto horizontal, es decir, un conflicto entre grupos, que estaban socialmente a un mismo nivel" (Maiguashca, 1983, p. 198). Destaca, sin embargo, una primera fase vinculada con el alfarismo, donde prima un liberalismo que buscó la integración nacional, una sociedad laica e igualitaria y la promoción de la industria (Maiguashca, 1983, p. 199).

Es importante notar que los cambios radicales llevados a cambio por Alfaro hubiesen sido imposibles sin una amplia movilización popular que dio la característica a esta fracción del liberalismo, en especial, a través de su expresión armada en las montoneras, las que tendrán además un papel destacado en la lucha contra el dominio plutocrático, sobresaliendo en la costa en la rebelión de Carlos Concha(Antón, 2012, pp. 15-16).

Por otra parte, la concentración de capital producida por la exportación del cacao permitió la consolidación de una burguesía agroexportadora-financiera agrupada en pocas familias, que impulsó la Revolución liberal y, tras la muerte de Alfaro, consiguió convertirse en hegemónica (Chiriboga, 1983, pp. 92-93). La dinamización económica que produjo el auge cacaotero posibilitó el surgimiento de una pequeña industria nacional (Chiriboga, 1983, pp. 87-88) la que determinará el surgimiento de una clase obrera urbana concentrada principalmente en Guayaquil, aunque existen también pequeños núcleos industriales en la sierra en torno a la producción textil.

El clivaje regional influirá en las organizaciones de trabajadores. Así, por ejemplo, en 1892 Quito contaba con la Sociedad Artística e Industrial de Pichincha, de origen gremialista y confesional, vinculada posteriormente con el Centro de Obreros Católicos fundado en 1906 y muy cercano al partido conservador. En la costa, la organización transitará en torno al liberalismo; entre 1905 y 1906 se crearían el Partido Obrero Liberal y la Confederación Obrera del Ecuador, impulsados por anarquistas como el cubano Albuquerque (Paéz Cordero, 2001, p. 35).

Se empezaría también a configurar una intelectualidad popular que, junto al surgimiento de la prensa obrera (Paéz Cordero, 2001, pp. 33-34) y por la influencia de marinos y trabajadores extranjeros de tendencia socialista y anarquista, permite a los sectores populares convertirse en actores políticos, mediante el uso de la huelga como una herramienta no solo reivindicativa, sino política (Paéz Cordero, 2001, p. 48), por ejemplo, en 1913 la Reunión de Sindicatos de Guayaquil reivindicaría el derecho a las ocho horas de trabajo, que finalmente se decreta en 1916 (Muñoz Vicuña, 1986, pp. 20-29).

No obstante, la grave situación económica de 1920 afectará profundamente a los sectores populares, especialmente por el incremento del costo de la vida(Chiriboga, 1983, pp. 104-105), llegando incluso a permear a los sectores medios, lo que generó una crisis de lealtad en los empleados públicos (Paéz Cordero, 2001, p. 43). Así, a partir de septiembre de 1922, empiezan a sucederse varias movilizaciones y huelgas en la ciudad de Guayaquil que agrupaban a distintos grupos gremiales y sindicales, como la Federación de Trabajadores Regional Ecuatoriana (FTRE) o la Confederación Obrera del Guayas (COG), la que iniciaría también movilizaciones, aunque en torno a la incautación de giros (González Leal, 1997, pp. 165-166).

El 13 de noviembre, la FTRE y la COG confluirán en una asamblea popular que decretará la huelga general. El 14 de noviembre se dio una gran movilización que copó las calles de Guayaquil (González Leal, 1997, p. 168). El 15 de noviembre, pese a los intentos de los dirigentes por detenerla, se genera una gran movilización popular que es acribillada por las fuerzas militares apostadas en la ciudad; los cuerpos masacrados de las y los obreros guayaquileños serían arrojados al mar ante los aplausos de la prensa, los políticos y la iglesia (Ayala Mora, 2015b, p. 103).

Para 1925 la crisis y la polarización hacía insostenible el mantenimiento del poder por parte del sector oligárquico, el que es derrocado por un grupo de militares influidos por ideas de izquierda (Paéz Cordero, 2001, pp. 38-39) antioligárquicas y antiplutocráticas en la Revolución Juliana, aunque la crisis se extendería por al menos dos décadas más, especialmente por la dependencia económica del país y la crisis de la bolsa de 1930 (Ayala Mora, 2015b, pp. 105-107). De tal suerte, el proceso juliano, se vio envuelto una vez más en la pugna regional entre élites serranas y costeñas y terminó decantando en un proceso reformista de modernización del Estado, que logró establecer restricciones a los plutócratas, pero que, al mismo tiempo, no tuvo ningún problema en reprimir a sectores populares, como durante el levantamiento indígena de Columbe en 1929 (Cueva, s/f, pp. 91-95).

Paralelamente, este período se verá marcado por la insurgencia del movimiento popular como un actor social y políticamente organizado, destacándose sobre todo el nacimiento del Partido Socialista Ecuatoriano en 1926, como el espacio donde confluirían las diferentes tendencias de la germinante izquierda ecuatoriana. Sin embargo, ya para 1931 este se dividirá, surgiendo de sus entrañas el Partido Comunista Ecuatoriano (Paéz Cordero, 2001, pp. 106-107).

De forma similar, en los años treinta nace la Confederación Ecuatoriana de Obreros Católicos (CEDOC), heredera de los gremios y cofradías confesionales de siglos anteriores, con una extracción mayoritariamente artesanal y una marcada animadversión al sindicalismo de izquierda y la revolución social, aunque esta posición ira variando, posteriormente, (Ycaza, 1991, pp. 52-61). Se conseguirá como producto de la lucha, la expedición del Código del Trabajo de 1938 y la Ley de Comunas de 1939.

En 1942 nacen la Federación de Estudiantes Universitarios del Ecuador (FEUE) y la Confederación de Trabajadores del Ecuador (CTE), como resultado del esfuerzo de los partidos socialista y comunista por el establecimiento de una posición clasista entre los sindicatos, así como de reivindicar la unión de todas las clases subalternas en una alianza entre trabajadores y campesinos.(Ycaza, 1991, pp. 81-132). En este mismo año, surgen la Federación Ecuatoriana de Indios (FEI), como producto de un largo proceso de luchas reivindicativas y asociativas desarrolladas por los indígenas, sobre todo, en Pichincha, Chimborazo, Cotopaxi e Imbabura, que buscaban el acceso y propiedad sobre la tierra y el agua y la eliminación de relaciones serviles de producción.

Mientras tanto, a nivel cultural grupos de intelectuales provenientes en su mayoría de los estratos medios, sintonizarán profundamente con las reivindicaciones sociales y la ideología socialista y comunista, creando una expresión artística de tinte popular y contestataria, representada en la literatura con la "Generación de los 30" y, en la plástica, con artistas de la talla de Kingman, Paredes y Guayasamín, entre otros (Ayala Mora, 2015b, p. 113).

Los años cincuenta verán mejorar la economía gracias al *boom* bananero, que produjo "una acelerada urbanización; el fortalecimiento del estado; y, hacia inicios de los años sesenta, la disolución de las relaciones pre capitalistas en el agro y el proceso de sustitución de importaciones" (Cueva, s/f, p. 95) Esto implicará una moderación de la lucha social, aunque los beneficios económicos no se extendían necesariamente a los sectores más empobrecidos que engrosaban los barrios marginales de las ciudades, sobre todo de Guayaquil, donde la izquierda de tinte marxista perdía camino ante el surgimiento de grupos populistas como Concentración de Fuerzas Populares (CFP) y el velasquismo (Ayala Mora, 2015b, pp. 125-130).

A pesar de haberlo apoyado en 1944, las fuerzas populares concentradas en los partidos comunista y socialista, así como en la CTE, participarán en una decidida lucha contra Velasco Ibarra, quien desplegará una fuerte política represiva contra los sectores sociales. Por otro lado, "los reducidos niveles de vida de los trabajadores directamente relacionados con el banano y las precarias condiciones de los campesinos sectores subalternos rurales", permitirán en 1954 la creación de la Federación de Trabajadores Agrícolas del Litoral (FTAL), adscrita a la CTE.(Ycaza, 1991, pp. 166-168).

Los años sesenta, por su parte, se encuentran marcados por el declive de la economía bananera en Ecuador y una profunda contienda ideológica en América Latina que, tras la Revolución cubana, fomentará las actividades revolucionaras en el continente. En Ecuador se crea así la Unión Revolucionaria Juvenil Ecuatoriana (URJE), pero se desarrolla también un programa de tinte reaccionario auspiciado principalmente por los Estados Unidos, mediante la Alianza para el Progreso (Ycaza, 1991, pp. 187-195). En el mismo sentido, como parte de la contraofensiva anticomunista, se crea el Instituto Americano para el Desarrollo del Sindicalismo Libre, cuya expresión nacional será la Confederación Ecuatoriana de Organizaciones Sindicales Libres (CEOSL) que nace en 1962 (Ycaza, 1991, pp. 187-195). Es importante mencionar que esta organización desplegará una agenda sindical moderna, especialmente en su lucha por la contratación colectiva (Ayala Mora, 2015c, p. 150).

A partir de esta década, en Ecuador se sucederían varias dictaduras militares que, buscando limitar la amenaza de una revolución comunista, en 1964 establecerán la primera Ley de Reforma Agraria, desarticulando la hacienda y transitando hacia formas más modernas de capitalismo agrícola (Ayala Mora, 2015c, p. 159). Nace también el Partido Socialista Revolucionario (PSRE), que busca retomar una posición revolucionaria en el socialismo y la FENOC (1968); a su vez, surge el Partido Comunista Marxista Leninista del Ecuador (PCMLE), de extracción maoísta, pero generado por infiltrados de la CIA (Ycaza, 1991, pp. 208-210).

Los años setenta estarán marcados por el *boom* petrolero. Por otra parte, se observará una nueva etapa de crecimiento de la lucha de los sectores populares. De igual forma, se desarrollará la iglesia social en el país con un referente en Monseñor Leónidas Proaño (Ayala Mora, 2015c, p. 155) y surgirán organizaciones de izquierda radical, como el Movimiento de Izquierda Revolucionaria, bastante activo en los sectores estudiantiles a finales de los sesenta (Ycaza, 1991, pp. 222-223). Nace también la ECUARUNARI (1972), inspirada en los procesos de la Teología de la Liberación, que junto con la FEI constituirán frentes unitarios de lucha en el agro (Altmann, 2017, p. 5).

En el plano obrero, las organizaciones sindicales desempeñarán un importante papel en la lucha contra la dictadura. La CEOSL dará un viraje hacia la izquierda socialista, lo que propicia los primeros ensayos de unificación clasista de las centrales sindicales (Ycaza, 1991, pp. 244-253). Estos intentos se consolidarán tan solo a partir de la huelga nacional de 1975, donde realmente se afianza el FUT con la participación de la CTE, CEOSL y CEDOC que, para 1976, se dividiría en CEDOC-CUT con una adscripción socialista y, CEDOC-CLAT, de índole reaccionaria. Se generó a su vez una segunda huelga nacional unitaria en 1977 (Ycaza, 1991, p. 260); además, en estos años se funda la UGTE por parte del comunismo pro-chino, y se suscita la masacre del ingenio Aztra (Ayala Mora, 2015c, pp. 150-163).

La década de los ochenta iniciará con la llegada, tanto de la democracia como de una crisis marcada por el alto costo de la deuda externa, la inflación, la falta de inversión y una alta tasa de desempleo a la que los gobiernos neoliberales, que marcaron esta década y la consiguiente, buscaron aplacar mediante la aplicación de políticas de reajuste estructural dictadas por el FMI (Ayala Mora, 2015c, pp. 164-165). Serán además los años protagónicos de la lucha obrera y del FUT, que desarrollarán 14 huelgas nacionales desde 1981 hasta 1989, así como de un nuevo desarrollo de los partidos políticos. De entre estos, desde el campo popular podríamos resaltar a los siguientes: MPD (1978), el PRE de carácter populista, el FADI (1978) y el reagrupamiento del PSE (1983) (Ayala Mora, 2015c, pp. 151-152). Destaca asimismo la resistencia frente al gobierno represivo de Febres Cordero contra quien se desarrollarán la mitad de las huelgas nacionales, que serán respondidas mediante el asesinato de trabajadores en el marco de la represión y la prisión de dirigentes sindicales (Ycaza, 1991, pp. 288-296).

Por otra parte, la lucha indígena comenzará un período de fortalecimiento organizativo, que dará sus frutos en los noventa, creándose la CONFENIAE en el Oriente ecuatoriano, aunque en estricto sentido provenía de un proceso de largo aliento desarrollado desde 1970 (Confederación de Nacionalidades Indigenas del Ecuador, 1988, p. 54) y, junto a esta, la Coordinación de las Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONACNIE) (Altmann, 2017, p. 11). En 1986 se establecerá también la CONAIE, conciliando las posiciones étnicas y de clase del movimiento indígena.

La situación de los años 1990 se encuentra marcada por la aguda crisis que vivía el país y la incapacidad de los Gobiernos neoliberales para manejarla y que, para 1999, había producido ocho millones de pobres, precipitando a los grupos medios hacia esta situación, mientras que, por el contrario, la riqueza se acumulaba cada vez más, llegando a un índice del 61.2 % de acumulación (Ayala Mora, 2015c, pp. 165-166). La CONAIE iniciará en esta década entonces su período más importante de movilizaciones, demandando tierras, una política antineoliberal, democracia participativa y un Estado plurinacional, lo que impulsó así, la lucha social contra el neoliberalismo (Altmann, 2017, p. 11). A La par, el decaimiento de la lucha obrera y la falta de legitimidad de los partidos políticos del país (Massal, 2006, pp. 115-117) influirán en convertir al movimiento indígena y a los movimientos sociales de los sectores medios urbanos, en los actores fundamentales del campo popular de los noventa. La CONAIE junto con otras fuerzas sociales, fundarán el Movimiento de Unidad Plurinacional Pachakutik en 1996, participando en la política electoral (Altmann, 2017, p. 12) y serán participes del derrocamiento de dos presidentes en los años 1997 y 2000.

El nuevo milenio estará marcado en sus primeros años por una leve recuperación económica (Ayala Mora, 2015c, pp. 174-175) y una ofensiva neoliberal. El movimiento indígena, los movimientos sociales y ambienta-

listas se movilizarán contra el Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA). Sin embargo, en el año 2002 estos grupos populares apoyarán la candidatura de Lucio Gutiérrez, lo que les significará una profunda crisis de legitimidad. Gutiérrez será derrocado en 2005 por un levantamiento popular denominado "forajido" situado fundamentalmente en la ciudad de Quito, constituido por una multiplicidad de actores sin una representatividad o hegemonía única. En el año 2006 será elegido presidente Rafael Correa, quien acumulará el sentir popular basado en una crisis del *statu quo* (Granda Aguilar, 2008, p. 43). Su gobierno estará marcado por un influjo progresista y la modernización y fortalecimiento del Estado, la que puede observarse en la Constitución de 2008, mientras que su discurso político puede encasillarse en el populismo (De la Torre, 2012, pp. 151-170).

Por otra parte, este régimen ha sido cuestionado como reformista, pues para autores como Granda las medidas implementadas por el Gobierno de Correa han sido "parcialmente redistributivas, no implican, sin embargo, el cambio de estructuras y peor del modelo económico y social" (Granda Aguilar, 2008, p. 253). Se le cuestiona el aplicar un modelo autoritario, sobre todo, en cuanto a lo que se refiere a la judicialización de la protesta social y la libertad de expresión (Ayala Mora, 2015c, pp. 178-179), aunque ciertamente el "correismo" abarca también a una buena parte de las masas populares, no tradicionalmente aglutinadas en las organizaciones de la izquierda mas clásica y que se han visto representadas en su ideario; este fenómenos se ha visto también sujeto a varias acusaciones de corrupción que, en la actualidad, cuentan con procesos judiciales abiertos y otros condenatorios hacia el exmandatario y sus colaboradores, siendo importante destacar una profunda relación de estos procesos con una estrategia de instrumentalización de la justicia (Lawfare), que ha sido dirigida sistemáticamente contra los principales voceros del progresismo latinoamericano.

CONCLUSIONES

Es importante comprender que la lucha popular en el país ha sido un proceso de flujos y reflujos; no se puede hablar de una participación sostenida de los sectores populares en la historia nacional, aunque su presencia —ya sea en momentos de algidez de la lucha popular o en momentos de pasividad— es no solo innegable sino determinante. Nuestra nación surgió marcada por la desigualdad, cimentada en un proyecto de exclusión basado en la propiedad y el color de la piel, que buscó perpetuarse en los proyectos nacionales de las elites políticas y económicas. Sin embargo, la insurgencia de los sectores populares, ya sea en el campo militar, político o cultural, ha terminado por cuestionar el sistema de exclusión, permitiéndonos pensar en este siglo en un proyecto nacional basado en la inclusión de las diversidades, cimentado en la riqueza organizativa e histórica del movimiento popular que, pese a fracturas, divisiones y derrotas, parece estar aún muy latente, como lo demostrarían los sucesos de octubre de 2019.

REFERENCIAS

Altmann, P. (2017). Una breve historia de las organizaciones del Movimiento Indígena del Ecuador. *Antropología Cuadernos de investigación*, *12*, 105. https://doi.org/10.26807/ant.v0i12.76

Antón, J. (2012). Liberalismo, la revolución liberal y los afroecuatorianos. *Contra relatos desde el Sur*, *8*(9), 11-27.

Ayala Mora, E. (1981). Gabriel García Moreno y la gestación del Estado Nacional en Ecuador. *Crítica & Utopía. Latinoamericana de Ciencias Sociales*, *5*, 0-16.

Ayala Mora, E. (2008). La Nación Ecuatoriana en la Historia. En *Una mirada al Ecuador: cátedra Ecuador fronteras, vecindad e integración* (Primera ed, pp. 105-117). Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales (Iepri).

Ayala Mora, E. (2015a). Primer período republicano-Proyecto nacional criollo. En E. Ayala Mora (Ed.), *Historia del Ecuador II Epoca Republicana* (3.ª ed., pp. 12-71). Corporación Editora Nacional / Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

Ayala Mora, E. (2015b). Segundo Período Repúblicano Proyecto Nacional Mestizo. En *Historia del Ecuador II Epoca Republicana* (3.ª ed., pp. 74-134). Corporación Editora Nacional / Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

Ayala Mora, E. (2015c). Terecer Período Republicano: El proyecto nacional de la diversidad. En *Historia del Ecuador II Epoca Republicana* (3.ª ed.). Corporación Editora Nacional / Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

Benjamin, W. (2008). *Tesis sobre la historia y otros fragmentos* (B. Echeverria (ed.); 1.ª ed.). Universidad Nacional Autónoma de México.

Bustos Lozano, G., y Terán Najas, R. (2015). Epoca Colonial. En E. Ayala Mora (ed.), *Historia del Ecuador I Epoca Aborigen y Colonial, Independencia* (2-ª ed., pp. 56-131). Corporación Editora Nacional / Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

Chiriboga, M. (1983). Auge y crisis de una economía agroexportadora: El período cacaotero. En E. Ayala Mora (Ed.), *Nueva historia del Ecuador* (1.ª ed., vol. 9). Corporación Editora Nacional.

Chiriboga, Manuel. (1996). Las fuerzas del poder durante el período de la Independencia y la Gran Colombia. En E. Ayala Mora (Ed.), *Nueva Historia del Ecuador* (segunda reimpresión, vol. 6, pp. 266-306). Corporación Editora Nacional / Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

Confederación de Nacionalidades Indigenas del Ecuador. (1988). *Las nacionalidades indígenas en el Ecuador* (L. Maldonado, A. Kowii, A. Garcés, L. Benitez y M. Conejo (eds.) 1.ª ed.). FES-ILDIS. https://ecuador.fes.de/fileadmin/user_upload/pdf/0121 NACIND1986_0121.pdf

Cueva, A. (s/f). El Ecuador de 1925 a 1960. *Nueva Historia del Ecuador*, 87-121.

de la Torre, C. (2012). Rafael Correa un Populista del s. XXI. En S. Mantilla & S. Mejía (Eds.), *Rafael Correa: Balance de la Revolución Ciudadana* (1.ª ed., pp. 151-170). Grupo Planeta.

Fuentealba, G. (1983). La sociedad indigena en las primeras décadas de la república: continuidades coloniales y cambios republicanos. *Nueva Historia del Ecuador*, *8*, 45-77.

Geours, I. Saint. (1983). Economía y sociedad la sierra centro-norte (1830-1875). *Nueva Historia del Ecuador*, *7*, 37-68.

González Leal, M. A. (1997). Insurgencia popular, oligarquía regional y estado en el Ecuador liberal (1895-1925): la Huelga General de Guayaquil, 1922. *Anuario de Estudios Americanos*, *54*(1), 159-184. https://doi.org/10.3989/aeamer.1997.v54.i1.403

Granda Aguilar, V. (2008). *Operación Explosión, La muerte de Guadalupe Larriva* (1.ª ed.). Casa de la Cultura Ecuatoriana.

Landázuri, C. (1996). De las guerras civiles a la insurrección de las alcabalas. En E. Ayala Mora (Ed.), *Nueva Historia del Ecuador* (segunda reimpresión, vol. 3, pp. 161-210). Corporación Editora Nacional / Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

Landázuri Camacho, C. (2015). Independencia y Etapa Colombiana. En E. Ayala Mora (ed.), *Historia del Ecuador I Epoca Aborigen y Colonial, Independencia* (Segunda ed, pp. 134-157). Corporación Editora Nacional / Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

Maiguashca, J. (1983). La cuestion regional en la historia ecuatoriana (1830-1972). *Nueva Historia del Ecuador*, 175-226.

Manuel Miño Grijalva. (1996). La economía de la Real Audiencia de Quito, Siglo XVII. En E. Ayala Mora (Ed.), *Nueva Historia del Ecuador* (segunda reimpresión, vol. 4). Corporación Editora Nacional.

Massal, J. (2006). El papel de los movimientos sociales en la consolidación democrática: reflexiones alrededor del caso ecuatoriano en perspectiva comparada. *Colombia internacional*, *63*, 108-127.

Mills, N. D. (1996). Economía y sociedad en el período de la independencia (1780-1845) Retrato de un país atomizado. En E. Ayala Mora (ed.), *Nueva Historia del Ecuador* (segunda reimpresión, pp. 127-163). Corporación Editora Nacional.

Minchom, M. (2019). *The people of Quito, 1690-1810: Change and Unrest in the Underclass (Kindle Ebook)* (First Edit). Routledge.

Muñoz Vicuña, E. (1986). *Temas Obreros* (1.ª ed.). Departamento de Publicaciones de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de Guayaquil.

Núñez Sánchez, J. (2015). Regulaciones de la vida urbana colonial. *Procesos. Revista ecuatoriana de historia*, *1*(24), 7. https://doi.org/10.29078/rp.v1i24.203

Paéz Cordero, A. (2001). *Los orígenes de la izquierda ecuatoriana* (1.ª ed.). Abya-Yala. https://repositorio.flacsoandes.edu.ec/handle/10469/549

Quintero, R. (1983). El Estado Colonial. En E. Ayala Mora (Ed.), *Nueva Historia del Ecuador,* Vol. 5 (1.ª ed, pp. 9-51). Corporación Editora Nacional / Grijalbo.

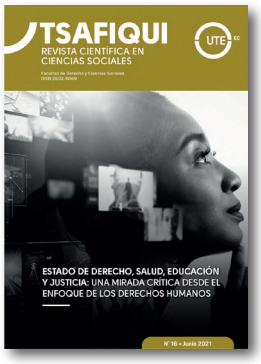
Salomon, F. (1996). Crisis y transformación de la sociedad aborigen invadida (1528-1573). En E. Ayala Mora (Ed.), *Nueva Historia del Ecuador* (segunda reimpresión, vol. 03, pp. 90-122). Corporación Editora Nacional / Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

Terán Najas, R. (2009). La plebe de Quito a mediados del siglo XVIII: Una mirada de la periferia de la sociedad barroca. *Procesos: Revista ecuatoriana de historia*, *30*, 99-108.

Ycaza, P. (1991). *Historia del movimiento obrero ecuatoriano II: de la influencia de la táctica de frente popular a las luchas del FUT* (1.ª ed.). CEDIME / CIUDAD.

TSAFIQUI
REVISTA CIENTÍFICA EN
CIENCIAS SOCIALES

TSAFIQUI | Revista Científica en Ciencias Sociales
Nº 16, 2021 | ISSN **1390-5341** - eISSN **2602-8069** | Universidad UTE
www.revistas.ute.edu.ec/index.php/tsafiqui/index



El Movimiento de los No Alineados (MNOAL) como foro y brújula de las relaciones internacionales del Ecuador

The Non-Aligned Movement (NAM) as a forum and compass for Ecuador's international relations

https://doi.org/10.29019/tsafiqui.v12i16.884

Jorge Gonzalo Fabará Espín

RESUMEN

Este documento aborda la dinámica de la relación e influencia del llamado Movimiento de No Alineación (MNOAL) respecto a la política exterior del Ecuador. Partimos de la historia del no alineamiento como respuesta conjunta de un grupo de naciones consideradas periféricas en el marco de la segunda posguerra y del proceso de descolonización, a través del cual varios países de reciente independencia intentaron establecer una tercera vía de desarrollo autodeterminado sin comprometerse con ninguno de los dos bloques hegemónicos de la época. En segundo lugar, se muestran y analizan las razones que tuvo el Ecuador para ingresar al MNOAL y las características de la agenda que el país ha tenido dentro del mismo desde su ingreso. En un tercer momento se realiza un análisis del programa constitucional de relaciones internacionales del Ecuador a la luz de los objetivos internacionales abrazados por el MNOAL. Se muestra cómo este movimiento internacional de coordinación política representó un avance fundamental para la convivencia pacífica de los pueblos que, desde la realidad de países cohesionados de menor importancia relativa, ha mantenido vigencia al constituirse en la segunda mayor organización de Estados del mundo y, pese a sus contradicciones, abanderar de forma sostenida una agenda idealista para el multilateralismo. Asimismo, el documento evidencia que, para el Ecuador, el MNOAL se constituyó en un foro amplificador de sus intereses a escala global, mejorando su visibilidad y capacidad de negociación. Finalmente, muestra la paulatina constitucionalización del no alineamiento en el programa de relaciones internacionales del Ecuador.

ABSTRACT

This paper addresses the dynamics of the relationship and influence of the so-called Non-Alignment Movement (NAM) with respect to Ecuador's foreign policy. We start from the history of non-alignment as a joint response of a group of nations considered peripheral in the framework of the second post-war period and the decolonization process, through which these newly independent countries tried to establish a third way of self-determined development without committing themselves to either of the two hegemonic blocs of the time. Then, the reasons Ecuador had for joining the NAM and the characteristics of the agenda that the country has had within the NAM since its entry are shown and analyzed. The third section compares Ecuador's constitutional program of international relations with objectives embraced by the NAM. The document shows how this international movement for policy coordination represented a fundamental advance for the peaceful coexistence which, from the reality of cohesive countries of relative minor importance, has remained in force by becoming the second largest organization of states in the world and, despite its contradictions, has consistently championed an idealistic agenda for multilateralism. The document also shows that, for Ecuador, the NAM has become a forum for amplifying its interests on a global scale, improving its visibility, and negotiating capacity. Finally, the document shows the gradual constitutionalization of non-alignment goals in Ecuador's international relations program.

PALABRAS CLAVE | KEYWORDS

No alineamiento, descolonización, Ecuador, constitución, multipolaridad, relaciones internacionales
Non-alignment, decolonization, Ecuador, constitution, multipolarity, international relations

Recibido: 06/04/21 - **Aceptado:** 25/05/21 - **Publicado:** 01/06/21 | Páginas: 119-128

INTRODUCCIÓN: ALTERNATIVA A UN MUNDO BIPOLARIZADO

Durante buena parte de la historia moderna, el mundo ha estado sujeto a vivir bajo las hostilidades y dominio de las naciones más fuertes. Estas potencias que por varias razones sentían no caber dentro de sus límites geográficos originarios, marcaron con sus proyectos expansivos un péndulo del que las naciones pequeñas —y otras no tan pequeñas— eran meras espectadores y, en buena parte del tiempo, también se veían afectadas. Por siglos, el sistema westfaliano de equilibrio de poder entre las grandes potencias europeas sirvió como un mecanismo de explicación y gestión de estas tensiones; pese a ello, por su lógica de suma cero, tuvo implicaciones en términos de la necesidad (o imposición) de gravitar hacia alianzas programáticas y militares profundas para parte del resto del mundo.

No obstante, tras las dos grandes guerras del siglo XX, con la victoria de los aliados sobre el eje, ese mundo desembocó en un período de polarización radical en el cual dos superpotencias, Estados Unidos (EE. UU.) y la Unión Soviética (URSS), con capacidades bélicas y tecnológicas nunca vistas, se disputaban la hegemonía global en una conflagración no declarada que, no obstante, mereció ser llamada como Guerra Fría.[1] Este período histórico va desde aproximadamente 1947, momento en que se dejaron los esfuerzos de hacer una gestión conjunta de los espacios ocupados y en el cual, por el contrario, las dos pasaron a repartirse espacios de influencia entre ambas superpotencias; un acuerdo de reparto mundial de estos gigantes que implicaba no solo la influencia directa de sus culturas sino también un de su control militar, político y económico en los demás territorios.

Si bien, se entendió que esta batalla política concluyó con un vencedor, por la caída del muro de Berlín y el colapso de la URSS en 1991, es destacable fijar la mirada en el rol disruptivo en este contexto maniqueo adoptó un grupo de naciones consideradas periféricas que, pese a ello, logró ser también un actor global. Nos referimos al Movimiento de los No Alineados (MNOAL), conocido también por sus siglas en inglés NAM (Non-Aligned Movement*)* el que conforme su nombre en alemán también lo insinúa (Blockfreien-Bewegung*),* tuvo como premisa el deseo explícito de estos países de no pertenecer a ninguno de esos dos bloques y, por el contrario, avanzar a un camino diferente y propio. En tal sentido, este concepto que a primera vista podría parecer de la prehistoria, retoma importancia y actualidad en un mundo en que una nueva disputa entre dos súper potencias se avizora en el horizonte.

METODOLOGÍA

A través de la revisión bibliográfica especializada y de la normativa constitucional histórica del Ecuador, el presente documento abordará el proceso histórico de formación del MNOAL, principios, su programa y objetivos; así también, se tematizarán los esfuerzos que ha emprendido para adaptarse a las distintas etapas del conflicto bipolar original y, más aún, evitar quedar relegado a otra reliquia periférica de la guerra fría tras su declarada finalización (Hobsbawm, 1998, p. 241). En paralelo, se expondrán también las críticas que el movimiento ha recibido durante su existencia. Como segundo punto, se hará una reseña del ingreso oficial del Ecuador en 1981 al MNOAL y de la utilidad que ha revestido este espacio para la concreción de sus motivaciones originales de adhesión. Finalmente, se analizará también la influencia que ha tenido la agenda del MNOAL en el programa constitucionalizado de relaciones internacionales en Ecuador.

DESARROLLO

El proceso de descolonización

Tras el fin de la Segunda Guerra Mundial y el nacimiento de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) con su llamado al fin del colonialismo, las viejas potencias europeas trataron de justificar sus imperios y su resistencia a los movimientos anticoloniales como parte de una respuesta general a la amenaza comunista (Martín

[1] Una denominación que se le atribuye al escritor George Orwell en su ensayo «You and the Atomic Bomb» *(1945*), publicado en el periódico *The Tribune*.

de la Escalera, 1955, p. 102). No obstante, con el paso del tiempo, se vieron obligadas a reconocer que la marea era irresistible. Sin perjuicio de aquello, al ir consiguiendo su independencia las otrora colonias en los años cincuenta y sesenta del siglo pasado, se dio por descontado que necesariamente unas seguirían el modelo ideológico occidental y otras el oriental.

En este sentido, si bien para algunos países era una elección de un proceso histórico político propio, muchas de estas nuevas naciones se vieron colocadas en una situación compleja, entre la espada y la pared. Compelidos a tener que escoger de entre dos bandos a uno que le garantice cooperación y protección para su supervivencia, la elección a menudo pasaba por una alianza militar, como en efecto había sucedido ya con los países europeos en el marco de la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN) y aquellas del Pacto de Varsovia. A la par, en el marco de la definición de estas alianzas militares, se blandía sobre ellos el potente peligro de la cauterización territorial, sea a la manera de la guerra de Corea (1950-1953) o como parte de la llamada Estrategia de Contención[2] estadounidense ejecutada para evitar del avance comunista; ambas opciones que, no obstante, habían demostrado consecuencias desventajosas y lesivas para las naciones en que se aplicaban (Pérez Llana, 2011, p. 51). En ellas sus poblaciones habían conformado la tropa de batallas que no hacían sino profundizar las brechas existentes (Ruilova, 1976).

No obstante, en la práctica, los nuevos Estados independientes vieron en el enfrentamiento de las superpotencias una amenaza a la vez que también una oportunidad. No querían perder su independencia, pero encontraban ventaja en mostrarse alternativamente sea en posiciones anticomunistas o anticapitalistas, para ganar con ello apoyo en sus conflictos con enemigos locales. La idea no era en sí del todo nueva, pues incluso Kissinger (2001, p. 25) reconoce que los EE. UU. recurrieron durante las décadas de las guerras napoleónicas al beneficio de declararse neutrales, por reconocer en ello un arma de negociación muy eficaz que les permitió robustecer su reciente independencia al manipular el equilibrio de poder de las potencias de la época a su conveniencia. Otro estadista de la historia, Bismarck, habría entendido las potencialidades de esta estrategia para una Prusia cuyas relaciones internacionales con una determinada potencia no se veían como obstáculo para negociar con otras, lo que no obstante, se veía como inherente a la lógica del equilibrio de poder y su ajuste constante, a saber, un cambiante alineamiento itinerante de las naciones en alianzas (Kissinger, 2001, pp. 115, 177). Empero, contrario a la tradición de esta pretendida neutralidad, los países del MNOAL adoptarían una posición activa en el contexto internacional, lo que representaría un nuevo enfoque para promover intereses y ganar fuerza para sus agendas: una potente alianza sin las superpotencias.[3] Así, las dos superpotencias sucumbieron más a menudo de lo prudente, tanto ante la idea negativa de impedir que el otro bando obtuviera ventajas estratégicas atrayendo a clientes a su causa como respecto a la idea positiva de fomentar sus valores reputadamente autóctonos; una técnica de negociación que para estos nuevos Estados se avizoraba a la vez como una estrategia de supervivencia (Rada, en Stubbs, 2020).[4]

La Conferencia de Bandung (1955) y las Cumbres del MNOAL

Se suele establecer a la Conferencia de Bandung (Indonesia) y a los principios allí planteados como el punto de partida del Movimiento de los Países No Alineados (Suescum Ottati, 1989, pp. 15-16). Esta conferencia se realizó en 1955 bajo la iniciativa de los jefes de Estado de Egipto (Gamal Abdel Nasser), India (Jawaharlal Nehru), Ghana (Kwame Nkrumah), Indonesia (Sukarno) y Yugoslavia (Josep Tito) (Dahi y Demir, 2016, p. 20); a ella acudieron representantes de 23 Estados del Asia y seis africanos. En dicho encuentro, los países se pronunciaron expresamente por la reducción de tensiones entre los bloques de poder (Mattes, 2012, p. 2). Por otro lado, aunque aún no adoptarían la denominación de no alineados sino hasta 1970, la reunión les permitió demostrar la posibilidad de discutir y plantear formas alternativas de desarrollo político que fueron también representadas

[2] La estrategia delineada en 1946 por el diplomático George Kennan implicaba a la par exigir concesiones de las nuevas naciones en términos de gravitar a su dependencia económica, política y militar (Mayer en Santos Repetto, 2005, pp. 23–24).

[3] En este punto valga señalar que, durante la Guerra Fría, continuamente se criticó al MNOAL por ser ligeramente menos críticos con los soviéticos, una potencia que representaba una mayor amenaza y cuyo apoyo era central en los foros internacionales (Kissinger, 2001, p. 553).

[4] Destaca en este juego la figura de Nasser como un hábil líder que supo sacar provecho del bando americano y el soviético para favorecer su programa nacionalista en Egipto, lo que se vio de forma más evidente durante la crisis del canal de Suez (Kissinger, 2001, pp. 514, 535).

bajo el membrete de "Tercer Mundo",[5] el expresaba la idea de entidades muy distintas de las de los mundos primero y segundo, capitalista y comunista. Finalmente, en el contexto del derecho internacional, y como las entidades soberanas e independientes que se entendía, estos Estados expresaron la legítima pretensión de perseguir una política propia y, primordialmente, en favor de sus propios intereses. Así, a través del MNOAL le decían en conjunto a las grandes potencias que, pese a sus debilidades, también eran parte del mismo planeta y, por esa sola razón, les cabía el derecho de injerir en la política global (Weiß, 2003, p. 17); es decir, romper con aquel derecho excluyente de los vencedores para también reivindicar el suyo propio para escribir la historia.

Esta emancipación multilateral de los países miembros fue un proceso que procuró cambiar y estabilizar las relaciones internacionales, superando el plantear las tensiones de la potencias como punto central de las mismas y, por el contrario, pasar a una agenda de resolución de los problemas globales, lo que necesariamente pasaría por democratizar las relaciones internacionales en el sentido de permitir a las naciones libertad de acción conjunta y participación en su solución bajo condiciones más igualitarias e inclusivas (Martínez Carreras, 1983, p. 528).

La Conferencia de Bandung tuvo un programa de cinco puntos: cooperación económica; cooperación cultural; derechos humanos y libre determinación; problema de los pueblos no autónomos; esfuerzos en pro de la paz y la cooperación internacional (Martín de la Escalera, 1955, p. 95). Como resultado de las discusiones, se establecieron diez principios de convivencia y cooperación de las naciones, que se recogen a continuación:

1. Respeto de los derechos humanos fundamentales y los objetivos y principios de la Carta de las Naciones Unidas.
2. Respeto de la soberanía e integridad territorial de todas las naciones.
3. Reconocimiento de la igualdad de todas las razas y la igualdad de todas las naciones, grandes y pequeñas.
4. La abstención de intervenir o de interferir en los asuntos internos de otro país.
5. El respeto del derecho a defenderse de cada nación, individual o colectivamente, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas.

6.a. La abstención del uso de pactos de defensa colectiva en servicio de los intereses particulares de cualquiera de las grandes potencias.

6.b. La abstención de todo país de ejercer presiones sobre otros países.

7. Abstenerse de realizar actos o amenazas de agresión, o de utilizar la fuerza en contra de la integridad territorial o independencia política de cualquier país.
8. La solución pacífica de todos los conflictos internacionales, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas.
9. La promoción de los intereses mutuos y de la cooperación.
10. El respeto de la justicia y de las obligaciones internacionales.

En cuanto a su estructura, el MNOAL tiene su sede en Yakarta, pero trabaja principalmente a través de Cumbres de Jefes de Estado rotativas y no jerárquicas que se han venido realizando casi sin excepción cada trienio desde 1961, cada vez con mayor adhesión de miembros permanentes (tabla 1). Entre las condiciones de adhesión constaban la necesidad de cumplir con cuatro requisitos fundamentales, entre ellos, aceptar principios de la coexistencia; no pertenecer a un bloque o alianzas militares, el apoyo a los movimientos de liberación nacional y, finalmente, no tener bases militares en su territorio creadas en el marco de la lucha entre bloques. El MNOAL cuenta con diversas instancias secundarias de trabajo como las conferencias ministeriales y un buró de coordinación; no obstante, como organización, no cuenta con una institucionalidad permanente.[6]

[5] Un término que en este contexto no tiene las connotaciones peyorativas que reviste en la actualidad, sino que simplemente proponía la analogía con el Tercer Estado francés, alejado de las clases privilegiadas de la sociedad, pero que estaba llamado a devenir un actor central de la sociedad, en este caso, internacional.

[6] Como excepción quizá quepa nombrar al Centro de Cooperación Técnica del MNOAL o "NAM CSSTC", con sede en Yakarta, que es además el único órgano que cuenta con una presencia oficia permanente de internet (http://csstc.org/). Por lo demás, únicamente existen sitios temporales los gobiernos anfitriones abren para cada cumbre.

Tabla 1. Cumbres del MNOAL

Cumbre	Fechas	Anfitrión	Miembros
1ª	1-6 de septiembre de 1961	Belgrado, Yugoslavia	25
2ª	5-10 de octubre de 1964	El Cairo, Egipto	47
3ª	8-10 de septiembre de 1970	Lusaka, Zambia	54
4ª	5-9 de septiembre de 1973	Argel, Argelia	75
5ª	16-19 de agosto de 1976	Colombo, Sri Lanka	86
6ª	3-9 de septiembre de 1979	La Habana, Cuba	96
7ª	7-11 de marzo de 1983	Nueva Delhi, India[7]	105
8ª	1-6 de septiembre de 1986	Harare, Zimbabue	105
9ª	4-7 de septiembre de 1989	Belgrado, Yugoslavia	106
10ª	1-6 de septiembre de 1992	Yakarta, Indonesia	107
11ª	14-20 de octubre de 1995	Cartagena de Indias, Colombia	113
12ª	29 y 3 de agosto septiembre de 1998	Durban, Sudáfrica	113
13ª	20-25 de febrero de 2003	Kuala Lumpur, Malasia	113
14ª	11-16 de septiembre de 2006	La Habana, Cuba	114
15ª	11-16 de julio de 2009	Sharm el Sheikh, Egipto	118
16ª	26-31. Agosto de 2012	Teherán, Irán	120
17ª	13-18 de septiembre de 2016	Porlamar (Isla Margarita), Venezuela	120
18ª	25-26 de octubre 2019	Bakú, Azerbaiyán	120

Fuente: (Mattes, 2012; Stubbs, 2020). Elaboración propia.

Desde sus inicios, el MNOAL tuvo una agenda en tres ejes: un decidido anticolonialismo, un abierto rechazo a participar en la lucha de poder de las potencias y el repudio a la carrera armamentista (Ruilova, 1976). No obstante, dentro de esta continuidad, el movimiento ha tenido un cambio profundo desde 1961 en que se fundó (Mattes, 2012, p. 8), adaptando sus temáticas a cada tiempo histórico (Pérez Llana, 2011, p. 50). Así, al final de la guerra fría tuvo que replantear su derecho de existencia y desde allí ha debido competir para ello con otros representantes colectivos de intereses globales como el propio G20, G77 y demás líderes regionales. Sus propuestas pasaron por ello del desarme y la coexistencia pacífica a reforma de la institucionalidad de las Naciones Unidas (NN. UU.), los desequilibrios económicos Norte-Sur, el fortalecimiento de la cooperación Sur-Sur y la gestión de problemas globales. De tal manera, y representando en su conjunto al 55 % población mundial y —quizá más importante para sus propósitos—, las dos terceras partes de la Asamblea General de las NN. UU., siguen siendo una palestra importante de los países que se sienten marginalizados para discutir y negociar sus agendas, a la vez que reclaman por mayor justicia global y respeto mutuo. Así, la representación de los intereses de los Estados pequeños, la lucha contra las estructuras hegemónicas, el fortalecimiento del multilateralismo, la igualdad y la renuncia recíproca al uso de la fuerza son los temas que se acoplan a las exigencias del presente y que le dan al MNOAL una perspectiva de fututo (Mattes, 2012, p. 6) Conforme a los principios de Bandung, en sus cumbres, el MNOAL ha generado importantes resoluciones y documentos en los que han presentado su posición de resistencia a un mundo bi/unipolar que controle la maquinaria de la política internacional e intente imponerla; a la vez, en defensa del desarrollo sostenible, el alivio de deudas y prácticas de comercio justo, la promoción de la Cooperación Sur-Sur, la diversidad cultural y los derechos humanos. Para esto, uno de sus requerimientos continuos es la reforma a las NN. UU., en especial a su Consejo de Seguridad, a fin de promover un mayor equilibrio

[7] Inicialmente habría de desarrollarse en Bagdad, pero el conflicto bélico de Irak con Irán lo imposibilitaron (Alburquerque, 2017, p. 1990).

regional en su conformación, cambio en sus métodos de trabajo y toma de decisiones, lo que repercutiría a su vez en favor de mayor coherencia, transparencia y responsabilidad de su accionar (Mathur, 2016, pp. 11, 18-20).

En este sentido, en la actualidad el espacio multilateral donde el MNOAL hace sentir más activamente su presencia es la Asamblea General de la ONU y sus órganos subsidiarios, de entre los cuales, por ejemplo, sobresale una de sus comisiones principales: la denominada Cuarta Comisión o Comisión Política Especial y de Descolonización (SPECPOL). Respecto de la Asamblea General, cuyo período de sesiones se realiza anualmente entre septiembre y diciembre, destaca la articulación del MNOAL como bloque al momento de fijar y sostener temas en la agenda de la organización a lo largo de los años, así como su capacidad de plantear posiciones en conjunto. Esta actividad se realiza, por un lado, a través de la designación de voceros que intervienen en el plenario con discursos que articulan los pedidos Sur global a nombre del colectivo de sus naciones soberanas, y, por otro, dentro de la construcción documental, dado que las resoluciones que el MNOAL toma en sus conferencias son usadas explícitamente como antecedentes de los documentos de la ONU. De tal manera, se evidencia la importancia de este foro para otros órganos de la ONU, como su Secretaría General, para quien es conveniente concertar con este espacio y así obtener apoyo a para su actuación. Asimismo, el MNOAL se activa dentro de la ya citada Comisión Política Especial y de Descolonización (Cuarta Comisión), encargada de examinar una amplia gama de cuestiones que abarcan desde la descolonización, los efectos de las radiaciones atómicas, un examen exhaustivo de la cuestión de las operaciones de mantenimiento de la paz de la ONU, o las misiones políticas, cuestiones sobre conflicto de Israel y Palestina e incluso sobre la cooperación internacional en la utilización del espacio ultraterrestre con fines pacíficos (Organización de las Naciones Unidas, 2021). Finalmente, las decisiones de esta comisión son luego por regla aceptadas en el pleno de la Asamblea, constituyéndose un poderoso instrumento del poder blando internacional.

Antes de cerrar este punto, es menester también enunciar las críticas que, no obstante, ha recibido la política de no alineamiento. Así, por ejemplo, se indica que "política exterior basada en principios de no alineamiento ya no es ideológicamente coherente" (Fraguela, 2008, p. 49). Sus detractores ven sus a postulados como una retórica excesivamente idealista ya que en la práctica, en abierta contradicción, algunos países se volvieron clientes de las potencias hegemónicas, tal fue el caso de Cuba e Indonesia con el lado soviético y otros, como India, que encontraron que podían jugar a ambos bandos, e incluso las guerras dadas entre sus propios miembros, como, por ejemplo, aquella entre Irak e Irán (Fraguela, 2008, p. 51). Asimismo, se les sigue achacando que desde su inicio y durante años tuvieron una postura negativa al condenar actos de violencia ejercidos por las potencias, como por ejemplo sucedió en el caso de la ocupación soviética de Hungría en 1956 (Kissinger, 2001, p. 551). En consecuencia, los detractores de esta política se pronuncian en favor de otros mecanismos que encuentran como menos contradictorios y plenamente suficientes para resistir el poder de las potencias, a saber, la formación de bloques regionales, alianzas ocasionales o las negativas llanas a participar en conflagraciones internacionales. (Fraguela, 2008, p. 52)

Ingreso del Ecuador al MNOAL: motivaciones y posiciones en juego

Con más de un siglo de historia republicana, el Ecuador de la posguerra no compartía con las naciones africanas y europeas la condición novel en el contexto internacional. Más aún, dada su posición geográfica en la directa esfera de influencia estadounidense y por su cooperación con esta potencia durante la Segunda Guerra Mundial, parecía que tenía su bando ya decidido. Pese a ello, era claro que tenía muchos más elementos en común con aquellas naciones no alineadas en cuanto a su situación periférica y legado estructural; a saber un destino común para afrontar perspectivas similares dada la división internacional del trabajo forzada e impuesta por los modos de producción (pos)colonial que gravaba con una pérdida de valor acelerada a los bienes primarios que provenían del espacio conjunto, mientras que, por su parte, los estados metropolitanos veían el valor de sus exportaciones industrializadas multiplicarse (Harris, 2018, p. 19). Esto determinaba una relación de dependencia del primer mundo y una comunidad de intereses para abordarla y hacerle frente.

En cuanto a la situación específica del Ecuador en la época, cabe señalar que en 1979 reiniciaba su vida democrática con la llegada al poder del binomio Roldós-Hurtado y una agenda de corte internacionalista de quien desde un inicio se mostró contrario a la injerencia de los EE. UU. en América Latina (Plan Cóndor). Así, al dejar atrás gobiernos militares, el Ecuador con su remozada democracia debía posicionarse como funcional al desarrollo de su población, por lo que, requería también evitar ser absorbido por el conflicto exógeno entre las potencias que pudiera menoscabar sus estrategias en pro de su bienestar (Chávez, 2007, p. 97) Asimismo, al haberse trans-

formado en una nación exportadora de petróleo, era importante tomar parte en un espacio internacional que, a nivel macro había demostrado ya su apoyo decidido en favor de la lucha por una mayor justicia socioeconómica global desde la Conferencia de Lusaka (1970) y, en particular, su avenencia en favor de las posibilidades de aplicar precios fijos a todas las materias primas y así influenciar en conjunto a los mercados financieros, con ocasión de la crisis petrolera mundial del mismo año (Stubbs, 2020).

Paralelamente, 1981 marcó un nuevo estallido del conflicto armado con el Perú, un país que formaba parte del MNOAL desde 1973 y que salió victorioso del conflicto. De allí, no es demasiado aventurado comprender lo necesario que resultaba intentar nuevos caminos para el tratamiento del conflicto y, más aún, dar un giro a la política exterior del país ampliando su agenda internacional. En este mismo orden de ideas el jurista García Sayán (1988, p. 43) señala que el ingreso del Ecuador al MNOAL significó una nueva era del posicionamiento del país ante el mundo, pasando así de una política exterior centrada única y hasta "obsesivamente" en el reclamo territorial con el Perú.

No obstante, habría sido durante el primer lustro de 1980 que, debido la concentración del esfuerzo de EE. UU. en las guerras de Centroamérica —también bajo la bandera del anticomunismo—[8] y la subsecuente escasez de recursos destinados a la cooperación para el desarrollo, lo que determinó y facilitó al Ecuador incursionar en una política de no alineamiento y de cierta independencia (Santos Repetto, 2005, pp. 20, 24-25). Esta audacia se daba aprovechando que el Ecuador se sabía poseedor de una importancia periférica, por lo cual, la potencia continental (y su fuerza militar) no considerarían su adhesión al movimiento como una amenaza para sus objetivos ideológicos. (Chávez, 2007, pp. 113-114)

Según declara un informe del Ministro de Relaciones Exteriores de la época, Luis Valencia Rodríguez,[9] el Ecuador habría seguido de cerca las actividades del MNOAL desde la conferencia de Belgrado (1961),[10] pese a que su unión como miembro pleno se diera apenas en el año 1981. Tras la trágica muerte del presidente Roldós, habría sido su sucesor quien en 1981 ordenó al entonces canciller Barrera el ingreso (Hurtado, 2006, pp. 34-35). Una de las explicaciones sería que Hurtado y su enfoque de solución del problema de la deuda externa podría tener allí un espacio de discusión en foros multilaterales (Chávez, 2007, p. 105).

La primera participación del país se dio en el marco de la VII Cumbre (Nueva Delhi), desde donde también se suele contar su membresía. De forma previa, aunque en calidad de observador, se cuenta también la participación del Rodríguez Lara en la Cumbre de Argel (Santos Repetto, 2005, p. 26). Conforme al ya citado informe de Cancillería, el país se habría sentido identificado con los postulados del MNOAL en favor de la paz y la cooperación pacífica entre los pueblos. Al mismo tiempo, el Ecuador reconocía la importancia de la lucha emprendida por el foro a favor de un "Nuevo Orden Económico Internacional" en el que las naciones más débiles puedan hacer valer un legítimo control sobre los precios que recibían por sus recursos naturales. Finalmente, se resaltó que el Ecuador en ese momento allí tendría la posibilidad de impulsar actividades de cooperación en áreas prioritarias para el desarrollo.

Así, pese a su destino continental compartido, el foro del MNOAL le permitió al Ecuador tener una relativa independencia respecto de los EE. UU. en cuanto a su política multilateral, en la cual pudo presentar sus discrepancias fundamentales en temas que se consideraban cruciales para su política internacional propia, como fueron el tratamiento y condena la deuda externa, Israel y el Medio Oriente, el armamento nuclear o el bloqueo a Cuba (Ponce Leiva, 2005, p. 12), más propias para su agenda de desarrollo social y económico.

Influencia del MNOAL para el Ecuador: constitucionalización de un programa internacionalista

La segunda de las hipótesis de este trabajo se destina a explorar si, como resultado de las relaciones internacionales en el marco del MNOAL, el Ecuador ha logrado sintonizar en tal medida con sus postulados que los objetivos de dicha organización habrían encontrado incluso su camino hacia sus textos constitucionales desde la segunda

[8] Entre otros, y frente a la victoria de la Revolución cubana (1959), el denominado *socialismo desarrollado* de la URSS apoyaba militarmente al sandinismo en Nicaragua (Santos Repetto, 2005, p. 24).

[9] Informe cuyo extracto aparece publicado en la Revista de la AFESE No. 44 (2006).

[10] Por esta presencia, algunos autores pretenden incluso que se considere al Ecuador en alguna medida como *fundador*, dada la participación en el debate de su representante, el doctor José Joaquín Silva (Suescum Ottati, 1989, p. 77).

posguerra. Esto es importante por cuanto se trataría de un intento sostenido del pueblo ecuatoriano por moldear la identidad y prioridades de su Estado hacia afuera de sus límites, un fenómeno que no necesariamente sucede en todos los países y que se ha facilitado por una tradición de recambio e hibridación constante en los textos constitucionales de la narrativa constitucional nuestro país (Fabara Espín y Pazos, 2019, p. 504). Así, se analizarán para el efecto los textos de las seis cartas constitucionales en cuestión: 1945, 1946, 1967, 1978/1979, 1998 y 2008.

Tanto en 1945 como en 1946, el Ecuador establecía con textos idénticos que acataría las normas de derecho internacional a la vez que proclamó "el principio de cooperación y buena vecindad entre los Estados, buena vecindad y la solución por métodos jurídicos de las controversias internacionales" (art. 6 CE45; art. 5 CE46). Asimismo, declaraba la existencia de una comunidad de naciones de entre las cuales, no obstante, se siente vinculado de forma solidaria e interdependiente con el espacio iberoamericano (art. 7 CE45; art. 6 CE46). En este programa se agotaba el programa de relaciones internacionales constitucional.

No obstante, en 1967, es decir, ya fundado el MNOAL en el que como se indicó, el Ecuador había tenido representantes, se presentan avances sustanciales. Así, su art. 9 adopta de forma inconfundible el lenguaje propio del no alineamiento. Puntualmente, proclama de forma expresa la igualdad jurídica de los Estados, la paz y la cooperación como sistema de convivencia internacional. Asimismo, "condena el uso o la amenaza de la fuerza como medio de solución de conflictos, y repudia el despojo bélico como fuente de derecho". Este último punto puede explicarse también como consecuencia de la derrota de 1941 y las pérdidas territoriales peruanas. Por ello, aboga además en favor de los organismos internacionales, de su estabilidad y fortalecimiento. Finalmente, además de su posición en favor del espacio iberoamericano, declara la posibilidad de formar asociaciones con uno o más Estados "para la promoción y defensa de los intereses nacionales y comunitarios". De tal manera, se abre la puerta a una comunidad de intereses allende la vecindad territorial.

Posteriormente, la Constitución de 1978/1979 recoge en sus arts. 3 y 4, todos y cada uno de los avances postulados por su antecesora. No obstante, como innovación, establece su rechazo a "toda forma de colonialismo, de neocolonialismo, de discriminación o segregación", para luego reconocer también con rango constitucional "el derecho de los pueblos a la autodeterminación y a liberarse de los sistemas opresivos" (art. 4, num. 6 CE78). Ambas inclusiones se constituyen claramente en gestos de solidaridad con la agenda del MNOAL. Todo ello se considera además como coherente con la política exterior implantada por el binomio Roldós-Hurtado, de relativa independencia, principista y de defensa de la soberanía, coincidente con aquella de los demás países de condiciones económicas similares (Santos Repetto, 2005, pp. 45-46), en persecución del anhelo rostowniano de que el desarrollo era una posibilidad que estaba al alcance de sus manos, en paz, unidad pero sin dependencia. (Ruilova, 1976)

En cuanto a la Constitución Política de 1998 se refiere, una carta política que ha sido muchas veces fustigada como abiertamente neoliberal, en cuanto a su programa de relacionamiento internacional, lo mantiene sin alteración (arts. 4 y 5 CE 1998). Más aún, por primera vez hace una declaración puntual relativa a la soberanía respecto a la diversidad biológica, de sus reservas naturales y de su conservación y utilización sostenible (art. 248 CE 1998); así como también en cuanto a la seguridad alimentaria de la población y el desarrollo de la competitividad del país (art. 270 CE). Sin duda, estos últimos puntos se concatenan con una política de apertura comercial del regionalismo abierto que caracterizó a iniciativas como la entonces naciente Comunidad Andina (Quiliconi, 2013, p. 156); no obstante, cabe resaltar que el programa constitucional hacía eco de la posición específica del país como productor primario con una agenda de desarrollo.

Finalmente, la Constitución vigente de 2008 representa el programa de relaciones internacionales más específico y extenso hasta el momento a este nivel que añade elementos a todos aquellos principios ya existentes. Así, por ejemplo, establece en su régimen de desarrollo que, además de garantizar la soberanía nacional, el país tendrá como objetivo insertarse en el contexto internacional para contribuir "a la paz y a un sistema democrático y equitativo mundial" (art. 276, num. 5). Este punto se concatena además con su demanda de democratización de los organismos estatales y de participación equitativa en ellos (art. 416, num. 9). Luego, en el mismo art. 416, aboga en favor de la coexistencia de sociedades diversas (num. 5), promueve un orden global multipolar justo y solidario, con relaciones horizontales fortalecidas (num. 10) y, entre otros, un sistema de comercio e inversión complementario y equitativo y (num. 12). De tal manera, se evidencia como incluso los nuevos que han sido constitucionalizados se vinculan estrechamente con los postulados propios del MNOAL.

Dicho esto, y más relacionado con el acápite anterior de este documento, cierro resaltando una cierta dialéctica entendida como dinámica de influencia mutua que, a su vez, permite que puntos nuevos del programa cons-

titucional ecuatoriano, como el relativo al control internacional de las empresas internacionales (art. 416, num. 12), haya sido presentado por el Ecuador para su discusión previa en el marco de la cumbre del MNOAL en el 2016 (Noboa, 2016). Por esta vía, y gracias al apoyo logrado en una posición que el grupo adoptó como propia, actualmente se está elaborando ya con el liderazgo ecuatoriano el texto tratado para regular la responsabilidad de las empresas transnacionales por violaciones de derechos humanos y con ello, un avance en las relaciones internacionales para el más chico de los países andinos.

CONCLUSIONES

El MNOAL representó un avance fundamental hacia una nueva forma de entender la convivencia pacífica de los pueblos y un esfuerzo sostenido por su equidad que, desde una posición periférica, pasó a ser una aspiración central en los ideales del multilateralismo poshegemónico. Además, pese a una agenda no exenta desafíos, sus principios se constituyen en imperativo en épocas de crisis como vía para coordinar y legitimar la acción conjunta más allá de los intereses de las potencias y así brindar respuestas a los diferentes desafíos sanitarios, ambientales, financieros y otros semejantes que enfrenta la gobernanza global; un no alineamiento que, como una forma activismo, podría ser visto como el mejor camino a seguir para una América Latina en un escenario post occidental (Fortín et al., 2020).

Pese a las críticas y su aparente anacronismo, el MNOAL ha sabido valorar y mantener su posición de actor global que dispone de una fuerte cohesión con capacidad de incursionar de forma activa en la solución de conflictos de la humanidad. En cada nueva conferencia se adhieren más miembros, lo que determina su vigencia. Actualmente, además de los 120 Estados miembros, el MNOAL tiene como observadores a 19 Estados y 10 organizaciones internacionales. Con ello, tras la ONU se coloca como la segunda organización de Estados más grande del mundo.

El presente documento evidencia el contexto y los motivos por los cuales el Ecuador accedió al MNOAL, que se sintetizan en la necesidad de encontrar un nuevo foro para insertarse activamente en las relaciones internacionales. Dentro de este, ha logrado hacer causa común y coordinarse con otros países en vías de desarrollo para promover sus intereses y mejorar sus posibilidades de visibilidad y negociación. Asimismo, el Ecuador ha hecho uso de este espacio para posesionar su agenda y alcanzar apoyo legitimador democrático de esta en base al tamaño de la población y representación en los espacios multilaterales del MNOAL, por lo que resulta conveniente continuar con su participación en él, en especial al momento de enfrentar el resurgimiento de tensiones comerciales o de cualquier otra naturaleza entre las naciones más poderosas.

Finalmente, podemos afirmar que el programa constitucional de relacionamiento internacional del Ecuador ha sido influenciado por la agenda del MNOAL con lo cual se ha vinculado a su proyecto emancipador de la periferia como parte de su sistema jurídico y parte de su identidad estatal.

REFERENCIAS

Alburquerque, G. (2017). Cuba en el Movimiento de Países No Alineados: el camino al liderazgo. *Caravelle*, *109*, 179–193. https://doi.org/10.4000/caravelle.2518

Chávez, N. (2007). *Cuando los mundos convergen: terrorismo, narcotráfico y migración post 9/11* [FLACSO Ecuador]. https://bit.ly/2SnH8jp

Dahi, O. S., y Demir, F. (2016). *South–South Trade and Finance in the Twenty-First Century: Rise of the South or a Second Great Divergence*. Athem Press. https://bit.ly/33lK42p

Fabara Espín, J. G., y Pazos, R. (2019). ¿Quiénes vienen siendo Ecuador?: una mirada transcultural a la narrativa fundacional en sus preámbulos constitucionales. *ANAMORPHOSIS - Revista Internacional de Direito e Literatura*, *5*(2), 491–514. https://doi.org/10.21119/anamps.52.491-514

Fraguela, B. (2008). Movimiento de Países No Alineados ¿Alternativa contrahegemónica o la farsa de la equidad en el poder? *Ábaco*, *58*, 45-54.

García Sayán, D. (1988). Relaciones del Perú con Ecuador. En E. Ferrero Costa (Ed.), *Relaciones del Perú con los países vecinos* (pp. 35–51). CEPEI.

Harris, K. (2018). Divergent Histories and Converging Inequalities in the Middle East and Latin America. *Middle East Report*, *284/285*, 18–23. https://bit.ly/3eShKtP

Hobsbawm, E. (1998). *Historia del Siglo XX*. Crítica.

Hurtado, O. (2006). Las relaciones internacionales del Ecuador, desde 1979. *Revista AFESE*, *44*, 21-39. https://bit.ly/3xPlZiv

Kissinger, H. (2001). *La Diplomacia* (2da. ed.). Fondo de Cultura Económica.

Martín de la Escalera, C. (1955). La Conferencia de Bandung, sus conclusiones y su posible alcance. *Revista de Política Internacional*, *22*, 93-104. https://bit.ly/3nHQB0k

Martínez Carreras, J. U. (1983). La séptima Conferencia cumbre de los países no alineados (Nueva Delhi, marzo 1983). *Revista de Estudios Internacionales*, *4*. https://bit.ly/3eRecro

Mathur, P. (2016). The Non-Aligned Movement and the United Nations. *World Affairs: The Journal of International Issues*, *20*(2), 10–23. https://bit.ly/3ee4BMy

Mattes, H. (2012). Die Blockfreienbewegung : Quo vadis? *GIGA Focus GLobal*, *8*, 1-8. https://bit.ly/337F4ht

Noboa, A. (2016, septiembre 15). *Ecuador insta a países no alineados a obligar a trasnacionales a responsabilizarse en derechos humanos*. El Comercio. https://bit.ly/2SllAE5

Organización de las Naciones Unidas. (2021). *Cuarta Comisión - Política Especial y de Descolonización*. https://bit.ly/3tcNAGP

Pérez Llana, C. E. (2011). América Latina y los países no alineados. *Estudios Internacionales*, *6*(24). https://doi.org/10.5354/0719-3769.1973.17552

Ponce Leiva, J. (2005). Introducción. En *Las relaciones Ecuador-Estados Unidos en 25 años de democracia (1979-2004)* (pp. 9–18). FLACSO / CEI / Abya-Yala / AFESE.

Quiliconi, C. (2013). Modelos competitivos de integración en el hemisferio occidental: ¿liderazgo competitivo o negación mutua? *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, *102-103*, 147-168. https://doi.org/https://doi.org/10.24241/RCAI.V0I102-103.269005

Ruilova, L. (1976). Los No Alineados. *Revista AFESE*, *2*. https://bit.ly/33lL1rv

Santos Repetto, C. (2005). Relación Ecuador-Estados Unidos Gobiernos Roldós-Hurtado. En J. Ponce Leiva (Ed.), *Las relaciones Ecuador-Estados Unidos en 25 años de democracia (1979-2004)* (pp. 19-50). FLACSO Ecuador / CEI / Abya-Yala / AFESE.

Stubbs, P. (2020). *Das emanzipatorische Nachleben des Blockfreien-Internationalismus*. Rosa Luxemburg Stiftung. https://bit.ly/3begDnh

Suescum Ottati, F. (1989). *El Ecuador y el Movimiento de los Países No Alineados* [Instituto de Altos Estudios Nacionales]. https://bit.ly/3eReJJU