UNIVERSIDAD DEL AZUAY | Casa Editora

DICERE

REVISTA DE DERECHO & ESTUDIOS INTERNACIONALES

Vol. 2
Nº. 01
Mayo
2025

e-ISSN: 3028-886X

DICERE

REVISTA DE DERECHO & ESTUDIOS INTERNACIONALES

Vol. 2
Nº. 01
Mayo, 2025
DICERE. Edición Digital
E-ISSN: 3028-886X

La Revista DICERE es una publicación de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Azuay. Se publica semestralmente en español o inglés, en los meses de mayo y noviembre en formato digital. Se enfoca a recibir trabajos originales de investigación, los cuales estarán relacionados tanto al campo del Derecho como de Estudios internacionales.

En este contexto, DICERE mantiene una apertura constante a través de convocatorias abiertas para autores de la Universidad del Azuay o externos que quieran publicar textos originales e inéditos. Se espera ser privilegiados por autores del ámbito nacional e internacional. Los artículos presentados para publicación son sometidos a una evaluación editorial mediante arbitraje de doble ciego cumpliendo con estándares de revisión de alta calidad.

Por otro lado, los trabajos aceptados y publicados en la revista se acogen a un licenciamiento bajo Creative Commos de Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional. Esto implica que los trabajos deben ser citados adecuadamente para su reproducción total o parcial.

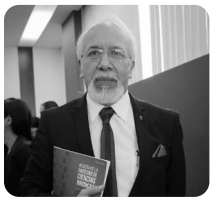
El equipo editorial se encuentra en constante autoevaluación y mejora con el fin de publicar artículos de valor para la ciencia.

Autoridades Universidad del Azuay / Authorities

Francisco Salgado Arteaga, PhD
Rector / Rector

Genoveva Malo Toral, PhD
Vicerrectora Académica / Academic Vice Provost

Raffaella Ansaloni, PhD
Vicerrectora de Investigaciones / Investigation Vice Provost



Dr. José Chalco Quezada
Decano / Dean Facultad de Ciencias Jurídicas

Dr. Guillermo Ochoa Rodríguez, PhD.
Subdecano / Vice Dean Facultad de Ciencias Jurídicas

Toa Tripaldi Proaño
Directora de Casa Editora / Director of Casa Editora

Juan Lazo Galán
Universidad Abierta / Open University

Gestión Editorial / Editorial Team

Editor Principal

Guillermo Ochoa Rodríguez, PhD.
Universidad del Azuay

Editor Asociado

Juan Fernando Lima S., MSc.
Universidad del Azuay

Editor Ejecutivo

Ana María Bustos Cordero, PhD.
Universidad del Azuay

María Inés Acosta Urigüen, PhD (c).
Universidad del Azuay

Damiano Scotton, MSc.
Universidad del Azuay

Comité Científico / Scientific Committee

Lorena Melchor Llopis, PhD
Universitat de València, España
0009-0003-4842-2181

Fábio da Silva Veiga, PhD
Universidade Lusófona do Porto, Portugal
0000-0002-9986-7813

Lorenzo Bujosa Vadel, PhD
Universidad D Salamanca, España
0000-0003-1660-7483

Reyes Marzal Raga, PhD
Universitat de València, España
0000-0002-7972-7709

Joaquin Martín Cubas, PhD
Universitat de València, España
0000-0002-8467-6993

Jaime Villacreses Valle, PhD
Universidad Andina Simón Bolivar - UASB, Ecuador
0000-0002-1260-5221

Clara Isabel Cordero Álvarez, PhD
Universidad Complutense de Madrid, España
0000-0001-8755-4820

José Francisco Chalco Salgado, PhD
Universidad del Azuay, Ecuador
0000-0002-1901-9065

Javier Cuenca Cervera, PhD
Universitat de València, España

Santiago Francisco Carranco Paredes, PhD
Universidad Internacional del Ecuador - UIDE, Ecuador
0000-0002-7752-8175

Michel Leví Coral, PhD
Universidad Andina Simón Bolívar - UASB, Ecuador
0000-0002-4976-9270

Mónica Angelina Vergara, PhD
Pontificia Universidad Católica del Ecuador - PUCE, Ecuador
0000-0002-3693-197X

Lorena Herrera Vinelli, PhD
Instituto de Altos Estudios Nacionales - IAEN, Ecuador
0000-0003-0652-617X

Andres Abad Merchán, PhD
Universidad Andina Simón Bolívar - UASB, Ecuador
0000-0001-8834-0218

Paolo De Stefani, PhD
Università degli Studi di Padova, Italia
0000-0002-4264-6825

Equipo Técnico / Assistance

Mauricio Carrasco Aguilar
Corrector de estilo / Proofreader
Departamento de Publicaciones / Publication Department

Sebastián Ramón Lazo
Diseñador gráfico / Graphic Designer
Departamento de Publicaciones / Publication Department

Fabián Ávila Lazo
Técnico Open Journal System / Technician OJS.
Universidad Abierta / Open University
Diana Lee Rodas

Traductor / Translator
Unidad de Idiomas / Language Department

Impreso en:
PrintLab, Universidad del Azuay

DICERE
REVISTA DE DERECHO & ESTUDIOS INTERNACIONALES

Vol. 2
Nº. 01
Mayo, 2025
Cuenca

01
p.01

The blockchain DAO as an evolution of the North American trust: Legal and philosophical aspects.
La blockchain DAO como una evolución del Trust Norteamericano: Aspectos jurídicos y filosóficos
Sebastian Rivero-Silva,
Universidad Europea Miguel de Cervantes, Valladolid, Spain.

02
p.20

Discretion and Legitimate Expectation
Discrecionalidad y Confianza Legítima
Jorge Vargas Morgado,
Universidad Anáhuac Querétaro, Querétaro, México.

03
p.32

The Declaration of environmental damage in administrative proceedings: Is it an effective means to fully repair environmental damage Per Se?
La Declaratoria de daño ambiental en la vía administrativa ¿Resulta una vía eficaz para reparar de manera integral el daño ambiental Per Se?
Andrés Delgado-Garrido,
Universidad de las Américas, Quito, Ecuador.

04
p.52

Access to public information as a guarantee of the Principle of Transparency in Public Administration: Arcana Imperii in a Constitutional State of Rights?
Acceso a la información pública como garantía al Principio De Transparencia De La Administración: ¿Arcana Imperii en el Estado Constitucional de Derechos?
Christian Masapanta Gallegos,
Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, Ecuador.

05
p.66

Purpose of the relevance report by the General Controller's Office before initiating public Procurement Processes
Objetivo del Informe de pertinencia de la Contraloría General Del Estado previo al inicio de procesos de Contratación Pública
Paola Fernanda Matute Mera,
Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, Ecuador.

06
p.80

Temporal limits of the right to Action in Administrative Litigation Proceedings
Límites Temporales del Derecho de Acción en los Procesos Contencioso-Administrativos
Pablo Morales Andrade,
Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, Ecuador.
Gabriela Samaniego,
Universidad San Francisco de Quito, Quito, Ecuador.

07
p.100

The Metaverse in the configuration of Public Administration
El metaverso en la configuración de la Administración Pública
Nancy Nelly González Sanmiguel,
Universidad Autónoma de Nuevo León, San Nicolás de los Garza, México.

08
p.118

Transfer of Buildability Rights in Historic, Agricultural, and Environmental Protection Areas
Derechos de Transferencia de Edificabilidad en Áreas Históricas, Agrícolas y de Protección Ambiental
Santiago Albán,
Universidad San Francisco de Quito, Quito, Ecuador.

09
p.132

Las respuestas de política migratoria de Colombia y Ecuador frente a la movilidad humana venezolana
Migration policy responses of Colombia and Ecuador to the human mobility of Venezuelans
Estefania Abigail Barros Bravo,
Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, Ecuador.

Original

The blockchain DAO as an evolution of the North American trust: Legal and philosophical aspects

La blockchain DAO como una evolución del Trust Norteamericano: Aspectos jurídicos y filosóficos

DOI: https://doi.org/10.33324/dicere.v2i1.877

Sebastian Rivero-Silva, 0009-0004-9995-6893 sebastian.riverosilva@gmail.com
Universidad Europea Miguel de Cervantes, Valladolid, Spain.

Recibido: 11-01-2025 **Revisado:** 14-04-2025 **Aceptado:** 15-05-2025 **Publicado:** 30-05-2025

Abstract

This article explores the philosophical foundations of the North American trust and its connection to blockchain technology, proposing that Decentralized Autonomous Organizations (DAOs) represent its direct technological evolution. Rooted in Common Law traditions, the trust derives from an emphasis on negative liberty, where individuals shield their property from state intervention by transferring legal ownership to a trustee. This arrangement maintains autonomy and resists potential shifts in government regulation or policy. DAOs, driven by self-executing smart contracts, retain the trust's fundamental purpose, protecting assets and ensuring independent governance, while eliminating reliance on a single fiduciary. By dispersing administrative power across a decentralized network, DAOs enhance resilience against political and economic unpredictability. However, European jurisdictions, influenced by Rousseau's notion of positive liberty, traditionally subordinate property to the collective interest, thus restricting trusts and, more recently, imposing regulatory measures on blockchain organizations. In Europe, this idea often collides with legal frameworks that prioritize public interests, leading to regulatory scrutiny of blockchain-based systems. Despite these challenges, DAOs continue to refine the trust's core principles in a technologically advanced environment, offering security and autonomy. Ultimately, this evolution reaffirms the enduring tension between individual freedom from governmental authority that underpins the Anglo-Saxon legal tradition.

Resumen

Este artículo analiza los fundamentos filosóficos del fideicomiso norteamericano y su conexión con la tecnología blockchain, planteando que las Organizaciones Autónomas Descentralizadas (DAOs, por sus siglas en inglés) representan su evo-

Cómo citar: Rivero-Silva, S. (2025). The blockchain DAO as an evolution of the North American trust: Legal and philosophical aspects. *DICERE Revista De Derecho Y Estudios Internacionales, 2*(1), 1–19. https://doi.org/10.33324/dicere.v2i1.877

lución tecnológica directa. Basado en las tradiciones del Common Law, el fideicomiso surge del énfasis en la libertad negativa, mediante la cual los individuos protegen sus bienes de la intervención estatal, al transferir la propiedad legal a un fiduciario. Este arreglo preserva su autonomía y resiste posibles cambios en la regulación o política gubernamental. Las DAOs, operadas por contratos inteligentes autoejecutables, conservan el propósito fundamental del fideicomiso: proteger activos y asegurar una gobernanza independiente, al tiempo que eliminan la dependencia de un único fiduciario. Al distribuir el poder administrativo a través de una red descentralizada, las DAOs fortalecen la resistencia frente a la imprevisibilidad política y económica. No obstante, las jurisdicciones europeas, influenciadas por la noción de libertad positiva propuesta por Rousseau, tradicionalmente subordinan la propiedad al interés colectivo, restringiendo así los fideicomisos y, más recientemente, imponiendo medidas regulatorias a las organizaciones basadas en blockchain. En Europa, esta idea frecuentemente choca con marcos legales que privilegian los intereses públicos frente a los privados, lo que genera una vigilancia regulatoria sobre los sistemas basados en blockchain. A pesar de estas dificultades regulatorias, las DAOs continúan desarrollando los principios centrales del fideicomiso en un entorno tecnológicamente avanzado, ofreciendo seguridad y autonomía. Finalmente, esta evolución reafirma la tensión permanente entre la libertad individual frente a la autoridad gubernamental, característica fundamental de la tradición jurídica anglosajona.

Keywords

DAO, Blockchain, Trust, Trustee, Common Law, Civil Law

Palabras clave

DAO, blockchain, fideicomiso, fiduciario, derecho anglosajón, derecho continental.

1 The Philosophical Origin of the North American Trust and Its Connection with Blockchain Technology

Scholarly doctrine unanimously recognizes the significant social role of the North American trust, referred to in English simply as “trust” (Rounds, 1990, p. 165). This legal construct is central to Common Law–based societies and, as we shall see, exists in multiple variations and adaptations. It plays a fundamental role in two main ways: (a) as a counterbalance mechanism in corporate governance, serving as a key tool in the management of property or business belonging to others, an inherent feature of the Common Law legal tradition (Bruner, 2009, p. 600). Moreover, (b) the trust is intrinsically linked to the relationship between North American society and the State, within the context of the “negative liberty” put forth by Isaiah Berlin (1958, p. 169) and subsequently expanded upon by prominent liberal economists such as Hayek (1960) and Mill (1959). Today, this philosophical concept of liberty translates into the social right “to be

left alone" by the State. Thus, the trust provides citizens with a mechanism that allows them to protect their assets autonomously by segregating them from their personal estate. This aligns with the ideal of individual autonomy in the face of external interventions (Hansmann & Mattei, 1998, p. 434) and serves as a safeguard against potential governmental regulatory shifts.

This ideological standpoint underscores both the legal importance of the trust and its influence on social and economic dynamics. From a viewpoint, it thereby becomes an instrument that balances individual autonomy with state structures. Consequently, we are dealing with a perspective that, by its very name, completely diverges from the concept of "positive liberty" formulated by Rousseau (1762) and later developed by Hegel (1991) or Taylor (2015), a viewpoint that has profoundly shaped continental Europe, heir to the Civil Law Roman tradition in contrast to the Anglo-Saxon Common Law. In other words, trusts fit well in societies of Anglo-Saxon origin because they adhere to the notion of individual liberty and the corresponding ability to protect one's own work, particularly against the State. Likewise, collective trusts need not be individual in nature; instead, they can serve a form of voluntary associational framework with the same objective as that of the individual trust: protecting property from third parties (including the State) and administering it according to ethical and sustainability criteria that may conflict with the ideology of the incumbent government. In this regard, scholars have also highlighted that the "associative" character of North American society is inseparable from its legal system (Skocpol, Ganz & Munson, 2000, p. 529).

By contrast, in continental Europe, the concept of the social function of property and the subordination of private property to social interests took root. French scholar Duguit (1912) and the Italian scholar Silvestrini (2010, p. 283) dedicated extensive prose to this philosophy and its legal application. Separately, David, Jauffret-Spinosi, and Goré (2016) noted that this conception in Europe fundamentally stems from a "Rousseauian" mindset. Along the same lines, Emerich (2018) observes that this perception of property and wealth has become one of the hallmarks of European *Civil Law*, itself a product of Roman law and in opposition to the Anglo-Saxon Common Law. This is precisely why the North Americans' trust, which allows for asset protection against the State, has been banned or severely restricted in much of continental Europe (Smith, 2012, p. 157). Similarly, this also helps explain one of the reasons why the European Union is now actively regulating blockchain structures that might produce similar effects to those of a North American trust, for instance, DAOs, as discussed below. Regarding Europe's pervasive regulation in this area, we can refer to measures such as the Markets in Crypto-Assets Regulation (MiCA), MiCA 2, the Transfer of Funds Regulation (TFR), the Anti-Money Laundering Directive 6 (AMLD6), the Digital Operational Resilience Act (DORA), the European Crowdfunding Service Providers Regulation (ECSPR), the European Payment Services Directive 2 (PSD2) and PSD3, the Pilot Regime for Distributed Ledger Technology, and finally, the EU Taxonomy Regulation. Indeed, a specific report by the European Central Bank has already underscored the importance of the European Union having targeted legislation to regulate blockchain Decentralized Autonomous Organizations (DAOs), (Central European Bank, 2023) in order to prevent (a) the provision of unregulated investment services, (b) their use for tax evasion, or (c) the possibility of trustees or beneficiaries (essentially, voting-token holders within the DAO structure) remaining anonymous to EU authorities.

Having identified the controversial political nature of the trust, how can we define it? The most canonical definition this humble author has found to date is that of Langbein (1995, p. 627), which states: *"The trust is*

defined as 'a fiduciary relationship with respect to property,'... The owner, called the settlor, transfers the trust property to an intermediary, the trustee, to hold it for the beneficiaries. We treat the trustee as the new owner for the purpose of managing the property, while the trust deal strips the trustee of the benefits of ownership." This interpretation is articulated in terms of a "legal" or "fiduciary" relationship among (a) the settlor, who creates the trust; (b) the trustee, who receives it solely for administrative purposes; and (c) the beneficiary, who benefits from the trust but does not participate in its management. Other authors, however, understand the trust, arguably in a more realistic manner, as an instrument rather than a strictly defined legal or fiduciary relationship. For instance, Newman (2008, p. 4) offers the following definition: *"Typically, the trust instrument provides that the settlor may revoke the trust at any time, in which case its assets are to be returned to the settlor, and designates beneficiaries to whom the trust assets are to be distributed, or held for the benefit of in one or more now irrevocable trusts, following the settlor's death."*

Hence, in realistic terms, we can identify a dual definition. The first is formal and undeniable: a three-way legal relationship whereby an owner conveys the fiduciary or equitable title of an asset to a third party for management, with the benefits directed toward a specific goal. Secondly, there is the reality familiar to attorneys but often unrecognized in the law: typically, the settlor will set extremely restrictive fiduciary conditions that render the trustee a mere administrator of what "used to be" the settlor's property. The advantage is that the property no longer forms part of the settlor's assets and thus cannot be seized, yet the settlor maintains a certain degree of control via the rules imposed upon the so-called trustee. In the United States, some jurisdictions even allow the segregated asset to acquire, to some extent, the legal status of an entity with its own legal personality, capable of acting independently in court proceedings or entering into contracts with third parties, while the trustee essentially serves as a mere administrator. These kinds of trusts are called "Statutory Trusts," prevalent in Delaware (Del. Code tit. 12, §§ 3801–3862), Nevada (Nevada Legislature, 2011), or South Dakota (South Dakota Codified Laws on Trusts, SDCL tit. 55). Ordinarily, the beneficiary might be the community or the settlors' families (in the case of a collective trust) or, if an individual trust, the settlor's own family or some other relatively opaque legal structure that eventually leads back to the settlor. In other words, the North American trust retains a dual character, one formal and noble, and another more concrete and somewhat less glamorous.

To understand this duality, and particularly the unusual figure of the trustee, Asante (1965) identifies the trust as a legal construct emerging from the distinction between legal and equitable interests in property, a distinction nonexistent in Civil Law jurisdictions. This in turn makes it significantly more difficult for, for instance, European notaries (as is the case in Spain) to apply such structures in their day-to-day practice (Cid, 2017, p. 183). When an asset, for example, a piece of real estate, is segregated from its owner's estate (and is not organized as a Statutory Trust with quasi–legal personality status), two types of ownership emerge:

On the one hand, legal ownership, vested in the fiduciary (the trustee), who has formal and administrative control over the assets. Under Anglo-American law, the trustee is the legal owner of these assets. However, from a European legal perspective grounded in Roman law, the trustee does not possess the minimum ownership attributes the law confers upon the holder of an object. Historically described by famed Roman jurists Gaius and Ulpian, these attributes, *ius utendi* (the right to use), *ius fruendi* (the right to enjoy benefits), and *ius abutendi* (the right to consume or dispose), constitute

absolute control over the item (Földi, 2009, p. 358). The evident reason is that the trustee's legal ownership more closely resembles, to a European jurist, the figure of an "administrator of another's estate" rather than that of a genuine owner. This peculiar type of legal ownership authorizes the trustee to conduct legal transactions, such as routine management, property sales, or mortgages, always within the limits and conditions spelled out in the trust's founding agreement by the settlor. Thus, ownership is neither absolute, nor is it a mere "bare title" in the Roman sense, as codified, for example, in Article 489 of the Spanish Civil Code or Article 981 of the Italian Civil Code.

On the other hand, there is equitable ownership is held by the beneficiaries, who have the right to receive the benefits derived from these assets (e.g., generated income or usage rights). Although they do not directly control the assets, they have legally protected rights to ensure the trustee administers the property on their behalf. Various authors have focused on the nature of these particular rights of the beneficiary vis-à-vis the trustee (Zaccaria, 2019), which largely depend on what the settlor stipulated in the foundational trust agreement. Doctrine (Jaffey, 2015, p. 380) concurs that, regardless of the settlor's specific arrangements, the beneficiary's generic rights against the trustee include the full enforcement of the trust's provisions for the beneficiary's own advantage, which can be summarized as: (a) enforcement, (b) legal challenges to the trustee's actions, (c) distribution of trust benefits, and (d) removal of the trustee itself, raising the pressing question of who then assumes ownership of the trust property, a matter that is highly advisable to anticipate in the founding document.

In this context, certain critical commentators (Knobel, 2017, p. 31) cast a negative light on the trust. Their main critique is its potential for tax evasion and for circumventing enforcement orders. This concern echoes the apprehension voiced by others regarding blockchain structures, particularly DAOs, which we will explore later, and fully offline Cold Wallets, immune to judicial orders (Haryadi et al., 2023, p. 98). It is precisely at this junction that the North American trust and complex blockchain-based structures converge as mechanisms that yield analogous outcomes and attract comparable scrutiny, at least in continental Europe. This is especially pertinent given that statutory trusts are often difficult to seize in some states, such as Nevada (Nevada Revised Statutes, NRS § 163, 2023), Delaware (Delaware Statutory Trust Act, 12 Del. C. § 3801 et seq., 2023), or California (California Probate Code §§ 15200–15210, 2023), since the beneficiary frequently remains relatively anonymous, similar to holders of cryptocurrency or NFTs in blockchain technology.

This anonymity and the capacity to evade State action suggest certain parallels between trusts and blockchain structures, parallels that become more evident once one understands the creation process of the latter. Any decentralized blockchain organization, such as a DAO, is initiated by a settlor, who is the party that generates the so-called Smart Contract. This concept (Rivero Silva, 2024, p. 48) is linked to "immutable operating rules" of a dual (technical and legal) nature, which must be adhered to by all who join that particular blockchain ecosystem or community. In other words, just as there are settlors in a trust arrangement, there are also foundational agreements that subsequent participants must respect. Once the established blockchain community begins to function autonomously under the rules of the relevant Smart Contract, this becomes inevitably reminiscent of a statutory trust, which similarly exhibits autonomy. After its deployment, the Smart Contract cannot be altered, ensuring impartial execution, much like the beneficiaries' rights mentioned earlier. In this sense, the blockchain itself and its consensus mechanisms assume a role analogous to that of a fiduciary by guaran-

teeing that the rules are executed as programmed and that no single actor can intervene to modify or manipulate outcomes. In both cases, the immutability of the trust agreement or Smart Contract not only wards off manipulation but also fosters a solid foundation of confidence in the structure's autonomous operation.

Ultimately, both North American statutory trusts and blockchain communities governed by consensus mechanisms such as DAOs constitute self-sustaining, enduring tools that may help circumvent regulatory shifts or facilitate the development of collective initiatives for the benefit of a family or community. All this occurs within a common ideological framework that opposes collectivism, informed by the Rousseauian notion of positive freedom discussed earlier. That is to say, it is founded on the idea that private property cannot, at least not absolutely, be subject to the general interest, as Silvestrini and Duguit have noted in their commentary on continental Europe.

2 The Blockchain DAO and Its Analogous Nature to the Statutory Trust

A DAO is generally defined as a decentralized organizational structure based on blockchain technology (Santos & Kostakis, 2018). It operates autonomously, using Smart Contracts, akin to the organization's "constitution", to execute decisions and actions without direct human intervention. In essence, it is a technological innovation that represents a disruptive shift in how individuals self-organize, manage, and govern the virtual or digital communities they voluntarily join. All of this stands in contrast to the "standard framework" offered by institutions under state control, such as foundations, associations, joint-property communities, or various types of commercial corporations. Liu et al. (2021, p. 205) provide the following concise definition of a DAO: *"an organization built on smart contracts that can execute autonomously."*

DAOs operate according to a doctrinal concept called "logarithmic authority" (DuPont, Gkikaki & Rowan, 2020, p. 105). In other words, what the trustee in an American trust would be is partially or fully automated in a DAO, governed purely by the foundational agreement of the DAO itself, the Smart Contract. Consequently, the authority to carry out the DAO's foundational agreements is relegated to a mere algorithm, which does not heed governmental orders and cannot slow its operations based on external circumstances, barring, cyberattacks or force majeure.

DAOs can be extremely versatile, depending on what has been established at their founding by the equivalent of the settlor. In certain contexts, a degree of "democratic" functionality can be granted to DAO community members, insofar as the original Smart Contract allows for certain modifications and/or adaptations (Rikken, Janssen & Kwee, 2023, p. 11). Therefore, DAOs, conceived as an evolution of traditional trusts, enable an automatic, fluid dialogue among settlors who may also be beneficiaries, generating voting rights and automatic audits, much like what occurs in a trust. In this context, one could argue that the DAO is an organizational structure (we will later examine its legal underpinnings) that provides strong legal certainty, thanks to the general benefits of blockchain technology: total transparency in its operations and the prevention of

fraudulent or malicious conduct within the organization via different voting models and automated functioning under "logarithmic authority" (Santana & Albareda, 2022, p. 182). Ultimately, one could describe it as "a further turn of the screw" in terms of counterbalances and security mechanisms relative to the traditional trust.

Thus, both the trust governed by the settlor's foundational agreement and the DAOs governed by blockchain-based Smart Contracts serve as tools for structuring complex relationships in an environment where significant trust is placed in the trustee or in the blockchain node community acting as trustees. Although they operate in distinct technical spheres and rely on different administrative formulas, both share a common underlying logic: they establish reliable systems through clear rules and self-sustaining mechanisms designed to guarantee compliance. The key difference is that blockchain eliminates the human component of the fiduciary, instead relying on algorithms and distributed consensus as the bedrock of the modern fiduciary relationship.

The legal status that blockchain DAOs deserve remains uncertain. Some authors suggest that DAOs might fit the mold of a private associational structure (Bergström, 2023), that is, a legal entity independent from its members. Indeed, a DAO is essentially a group of individuals who vote and manage an entity (trustees) under rules previously set by what is effectively one or more settlors, all for a specific purpose that may be profit-driven or altruistic. Nevertheless, the question of asset segregation between DAO members and the DAO itself is far from settled. In this regard, the U.S. Commodity Futures Trading Commission (CFTC) held the members of the "Ooki" DAO jointly liable for the organization's actions (McGuire, 2023, p. 1226). That said, the CFTC's standing to pursue claims against the Ooki DAO members rested on the DAO's classification as an "unincorporated association," i.e., an association not duly registered with the relevant legal authority. Moreover, the DAO in question provided certain financial services, which, unsurprisingly, are subject to strict regulations. For this reason, using a DAO-type blockchain structure as an investment platform effectively distorts the DAO's underlying nature and typically requires different treatment from an ordinary DAO established for collective asset management, whereby the settlor contributes some benefit and the trustees hold voting rights.

In short, there is no comprehensive legal framework that can be confidently applied to DAOs to ensure that trustees' assets remain distinct from those of the DAO itself, assuming one can even regard a DAO as having its own legal personality. Consequently, some authors note that any future regulatory scheme for such blockchain structures must promote transparency and designate representatives to interface with government agencies (Furnari & Villani, 2024, p. 19). This development would move DAOs closer to an American-style LLC (limited liability company), which might also undermine the nature of these structures. Typically, a DAO does not aim to develop a business venture or facilitate collective investment structures. It is true that, a DAO can pursue such activities, but at its core it is simply a means of administering a "something" originally contributed by the settlors who created the Smart Contract, with a particular purpose in mind. Thus, it appears better suited to the administration of goods or assets than to the offering of investment services.

Nonetheless, that is precisely the solution adopted by the State of Wyoming in the United States. Under the so-called Wyoming DAO Supplement, DAOs can gain their own legal personality by registering publicly as a sort of state-level LLC (Gässl & Weidinger, 2023, p. 21). This is no trivial matter, as U.S. legal scholarship generally accepts that members of an LLC can, under certain circumstances, be liable to one

another for negligence or private breaches (Golding, 1994). In effect, Wyoming law stipulates that DAO trustees can be held liable among themselves for damages incurred in a "commercialized and registered" DAO classified as an LLC. It also seems unwise to assume that a DAO would necessarily be profit-driven as an LLC typically would be, given that, as we will see, the end goal may be social, cultural, or environmental rather than financial. That is, the DAO's beneficiaries might not be natural or legal persons at all, but rather the protection of a specific environmental ecosystem or the management of certain plots of land or digital assets. Likewise, note Vermont's Limited Liability Company Act, which allows DAOs to register under what it calls a "Blockchain-Based LLC," effectively conferring upon DAOs the status of a traditional LLC (Mienert, 2021, p. 5) while simultaneously enabling decentralized management and, of course, requiring the disclosure of certain information to the State (DAO members, managed assets, Smart Contract details, etc.), all of which remain anonymous in original DAOs.

Malta is the second jurisdiction to enact specific legislation on DAOs, via its 2018 Digital Innovation Authority Act (Hude, Iglicar & Mondoh, 2023). Under this law, DAOs are categorized within the broad field of "innovative technology arrangements." As such, they are accorded their own distinct legal status, separate from the DAO's members, and required to appoint a "technology agent." This intermediary figure ensures compliance, serves as the legal point of contact, and addresses technical or regulatory challenges facing the DAO. Similarly, the legislation prescribes mechanisms for validating and overseeing the DAO's foundational Smart Contracts, ensuring that the DAO's self-executing processes remain transparent and accessible to its members.

Thirdly, Singapore represents another jurisdiction that has promulgated certain regulations regarding DAOs. In Singapore, DAOs can register with state authorities as traditional corporations under the Accounting and Corporate Regulatory Authority (ACRA). This model allows DAOs to function as what Singaporean law terms Private Limited Companies (PLCs), granting them legal personality and limiting their members' personal liability. While this approach facilitate DAOs' integration into the economic system, some authors contend that it may run contrary to the principle of decentralization that defines these blockchain structures (Bodellini & Dalvinder, 2021). Moreover, as in Malta, this regime requires the appointment of a resident "director."

Finally, in Switzerland, rather than adopting an LLC approach, which is typically associated with Anglo-American jurisdictions, the legal framework more closely resembles that of a foundation or an association. This approach is arguably more faithful to the DAO's actual nature (Caviezel, Spychiger & Stallone, 2023, p. 370), since (a) it acknowledges that not every DAO is profit-oriented; (b) it accepts that the initial assets contributed by a benefactor to launch a DAO can be managed autonomously and segregated from their original owner, as occurs with Statutory DAOs; and (c) it positions the "founders" in a manner much more akin to that of trustees. Nonetheless, even though Swiss law allows the formation of such associative entities through DAOs, in my view, any attempt to "nationalize" DAOs essentially undercuts their blockchain nature, originally intended to be anonymous, decentralized, and free from governmental interference.

In my opinion, DAOs do not require a legal structure identical to that of a non-blockchain, conventional entity. Evidently, had the DAO's original settlors wanted to create an American LLC or PLC, they would have done so. Similarly, if they had wanted to establish a foundation using the assets they provided to the community of trustees who manage the DAO, they could have achieved it that

way. Therefore, every effort to "equate" DAOs with other legal structures merely distorts their inherently decentralized, non-state-controlled character. In this same vein, as previously noted, DAOs and Statutory Trusts share essential elements, so if one were to legally analogize DAOs to something already established, I would unhesitatingly opt for the Statutory Trust.

It seems that the main regulatory advances concerning DAOs are designed to undermine their blockchain nature and bring them closer to ordinary, state-controlled structures. If the future in Common Law jurisdictions, or ones especially open to technology, involves subsuming DAOs into business corporations, the outlook is not promising for their adoption in continental Europe, shaped by Roman law and generally viewing decentralized associational forms as a potential threat to its tax revenue. The original DAO is decentralized and operates independently from state intervention. It is taken for granted that DAOs must coexist with national regulatory authorities and, for instance, designate a domicile so that disputes among the trustees responsible for the voting system, or between the original settlor and the lack of financial return for the intended goal, are handled in the appropriate jurisdiction. Beyond these minimal "coexistence" rules, equating DAOs with commercial entities is, in my view, both erroneous and detrimental to their essence.

In the context of the analogy between data trusts (fiduciary arrangements for mere access to certain confidential data) and DAOs, some authors (Nabben, 2021, p. 8) stress the importance of "trust tokens" or "reputation tokens," which refine governance or administrative formulas within the DAO following the original settlor's establishment of the Smart Contract. Thus, among the many variants available for Smart Contract configuration, it is possible from the outset to grant certain voting or qualified veto rights and to define rules for distributing these rights so that the original settlor knows that specific trustees, who enjoy special trust, will safeguard the DAO's best interests. This is yet another clear similarity to the confidence placed by the settlor in a trustee for a traditional trust, regarding how that trustee should administer the trust for the DAO's benefit.

Depending on the type of DAO and its purpose, the creation and distribution of trust tokens can indeed generate internal tensions among DAO participants (Merk, 2024). Nonetheless, they also enhance cohesiveness in digital communities participating in the DAO, given that they provide reputational certainty: the individuals responsible for those tokens (in essence, voting and qualified management rights within the DAO) possess a certain auctoritas initially conferred by the settlor or subsequently earned in the DAO's ongoing administration. In addition, other authors note that issuing such trust tokens leads to increased legal certainty for the DAO, because all members are aware that counterbalance measures exist to ensure the DAO's proper functioning and to prevent various forms of misuse or exploitation by trustees.

3 Land Trusts, IP Trusts, and the Various Purposes of a DAO

When considering a practical application of trusts, the first image that may come to a reader's mind might be that of complex tax-evasion structures or ad hoc methods of administering some type of estate for heirs who are not particularly inclined to reach mutual agreements. In truth, however, the nature of the Anglo-American trust is rooted in associational dynamics, and, beyond the myriad possibilities it offers, its operation can indeed be community-oriented (yet not "communist"), in the sense of being entered into *individually and voluntarily by peers*. All of this is aimed at philanthropic or land-conservation goals under commonly agreed-upon rules, existing largely (though not entirely) outside the typical commercial framework shaped by the State. Within this paradigm, we encounter Community Land Trusts (CLTs) and Conservation Land Trusts.

Community Land Trusts trace their origins to mid-19th-century theories of community development regarding landownership, articulated by Henry George. They focus primarily on providing long-term affordable housing and fostering the development of a specific community (Davis, 2010, p. 10). In other words, various landowners voluntarily decide to transfer their land to a trust for administration under a set of self-imposed rules, benefiting their own families. Thus, the trust retains ownership of the land, while individuals or entities lease it via long-term agreements with the trust's autonomous administration. This arrangement ensures that the land continues to serve as a shared community resource, safeguarded from speculative real-estate markets or particular government policies in that area. CLTs also commonly impose resale restrictions on the properties to maintain their affordability over multiple generations, preventing rapid cost increases that could displace future residents. One might thus see this as a form of resistance to government policy on rental housing or land management, allowing the group to impose its own moral and ideological ideals concerning political outcomes. In this context, other scholars link the rise of CLTs to the need among American farmers and peasants to keep land under communal control, preventing speculation and political shifts, thereby ensuring affordable access for future generations (Daly, 2024).

Conservation Land Trusts, on the other hand, prioritize the preservation of natural, agricultural, or ecological assets, frequently in opposition to State expropriation or lax State regulation (Bernstein & Mitchell, 2005, p. 48), as well as to land-management policies ideologically at odds with the property owners' worldview. In this regard, some authors have noted that these structures emerged from a form of American municipalism, enabling local communities to retain ownership of environmentally valuable resources that State or federal governments aimed to acquire (Brewer, 2003). These trusts typically acquire or manage land to safeguard its environmental value and often make use of conservation easements, historically linked to the private sector but potentially subject to certain agreements with government agencies. These legal instruments restrict development or specific land uses to ensure environmental protection. By 2015, Conservation Land Trusts were managing more than 16.8 million acres via easements, nearly double the 1990 figure (Parker & Thurman, 2019, p. 340). Nevertheless, this legal structure has not been free from criticism, as it has historically been associated with tax benefits for wealthy individuals (Merenlender et al., 2004, p. 69). Unlike Community Land Trusts, Conservation Land Trusts devote less attention to human habitability and focus more on maintaining

the ecological integrity of the land. Consequently, governance tends to be more centralized, guided by scientific criteria and the objective of maximizing ecological benefits. Lastly, various authors have advocated for the development of hybrid structures, targeting both land-access protection and environmental conservation (Michels & Hindin, 2022, p. 49).

DAOs share with Community Land Trusts and Conservation Land Trusts the notion of a community-based form of property, created freely and voluntarily in adherence to long-term sustainability principles and the safeguarding of resources from external forces and political fluctuations. A noteworthy example is CityDAO, which in 2021 acquired 40 acres of land in Wyoming for $8 million via a decentralized, blockchain-based model. This project was made possible by the state legislation we mentioned in the previous section, which permits DAOs to operate as (quasi) independent legal entities. Participants in CityDAO obtain "citizenship NFTs" (essentially trust tokens) that grant voting rights but do not confer direct ownership of the land, thus, participants effectively act as trustees. In November 2021, the community voted to dedicate this parcel, named Parcel 0, to conservation and wildlife, underscoring its commitment to sustainability goals akin to those pursued by Conservation Land Trusts. Furthermore, CityDAO explores decentralized governance through flexible frameworks such as guilds and other specialized projects, though it continues to face questions regarding financial sustainability (Rong & Mao, 2023, p. 4).

For its part, Kolektivo DAO operates in ecosystem regeneration and sustainable development in Curaçao. Since 2018, it has undertaken projects including the restoration of hundreds of hectares of degraded land, funded by a blockchain-based circular economy. In 2022, Kolektivo launched several reforestation and agroforestry initiatives designed to optimize natural resource use and mitigate climate-change impacts. These projects generate carbon and biodiversity credits that function in practice as tradable tokens, and their monetization helps financially sustain the initiatives. Kolektivo also fosters community engagement by involving local residents in strategic planning and execution, thereby boosting the region's economic and environmental resilience (Kolektivo, 2022). Both these cases illustrate how DAOs can adopt principles of community-based ownership and conservation, coupling them with technological innovations that are blockchain-driven and, by nature, decentralized.

Doctrine widely agrees that property rights, including real-estate rights, lend themselves to tokenization. In other words, they can undergo "digital packaging" and become "inseparably associated with an NFT," so they can then be traded on specialized blockchain platforms such as OpenSea (Rivero Silva, 2024, p. 51). In practice, acquiring an NFT could automatically confer a particular property right over real estate. This possibility arises from the principle of contractual freedom enshrined in almost all European civil codes, such as Article 1255 of the Spanish Civil Code, Article 1322 of the Italian Civil Code, and Article 405 of the Portuguese Civil Code.

In essence, parties can freely choose how to market their properties, with only the limits set by law, morality, and public order. Hence, so long as the law does not prohibit tokenizing assets via NFTs, and the technical and legal aspects are clearly defined in Smart Contracts, this remains a viable option. Similarly, under the Roman-law principle of *prior tempore, potior iure*, real-property rights could also be managed through DAOs, just like the Community Land Trusts and Conservation Land Trusts in the United States. Therefore, the growth of DAOs enables the decentralized administration of land, resembling CLTs. This, in turn, constitutes an advancement that could be ex-

ploited by libertarian utopias with aspirations of land management or by groups of citizens who wish to subject their land to an administration with a certain degree of independence and moral or ideological standards, essentially resisting the default state norms that would apply in the absence of a DAO.

In this vein, Land DAO (Landdao.io, 2025) stands out as a global management and governance initiative targeting what its management team calls "Real World Assets" (RWA). More concretely, this entails properties in Africa, Asia, and the United States, for philanthropic goals but without ruling out the possibility of profit through private trading of the DAO's own rights. Admittedly, some authors point out (Manski, 2017, p. 511) that the tokenization of land can produce inequalities for local communities. In that regard, the cooperative movement is encouraged to adopt blockchain solutions to gain an edge over corporations and autocratic governments. Another sector of scholarship cautions about the legal uncertainty of vesting certain rights in a DAO that, by its blockchain nature, is partly vulnerable to what is known as the "51% attack" (i.e., trustee nodes could be hacked, and their owners lose control of voting rights) (Vos, Lemmen & Beentjes, 2017, p. 12). Additionally, one must not overlook that in continental Europe, shaped by Civil Law legal systems, the transfer of title over land or real estate (so-called real property rights) is inextricably linked to (a) notarized validation of the transaction and (b) registration of said transaction in a public registry under a series of strict parameters. Consequently, land management via DAO in a context of minimal regulation could certainly cause friction in jurisdictions far removed from the agile Common Law model.

Within this same context, if the tokenization and subsequent DAO management of assets includes real-property rights, why not intellectual-property assets? DAOs can be crucial for artists whose work is censored in their own country, as well as for intellectuals and entrepreneurs. We argued earlier that subjecting DAOs to the legal framework of a standard business entity is misguided; here is a living example of why that would be an error for domestic legislators. A DAO allows a protest song condemning a repressive government to be transferred into it, thus functioning as a sort of digital trust, where selected trustees manage it for the benefit of the artists, who remain in that dictatorial setting, or for a philanthropic cause. In this way, the patrimonial components of intellectual-property rights (namely copying, reproduction, fixation, public communication, distribution, translation, modification, and subtitling) remain sheltered from a government's repressive actions. The same would hold for censored books or the exploitation of business ideas facilitated by know-how or trade secrets. Ultimately, one should view the DAO as a digital evolution of the trust, featuring myriad possibilities, including resistance to hybrid or dictatorial regimes.

Various authors suggest that administering intellectual-property assets via blockchain-based mechanisms like DAOs might mark a significant advancement in transparency and security (Alqarni, 2024). Overall, the prevailing outlook on this phenomenon is essentially positive. Yet the idea of intellectual-property assets managed by DAOs simply represents an evolution of IP trusts, a setup quite common among internationally renowned artists (Ado, Deconcini & Matson, 2016, p. 107), for instance, in states such as Delaware or Alaska. Essentially, what a DAO aspires to accomplish is what trusts have long pursued with respect to IP: segregating assets (in essence, the IP rights attached to them) and arranging a trust-based administrative framework entrusted to one or more trustees (which in DAOs corresponds to the aforementioned "trust tokens"), all for a social cause or the artist's own family, foresee-

ing the possibility of internal disputes jeopardizing royalty collection. Likewise, it has been customary for so-called splitsheets (legal documents attributing authorship in musical works) to evolve into "copyright trusts," i.e., management strategies in which one or a small group of attorneys (acting as trustees) administer copyright rights quasi-independently for the benefit of the artists themselves (Bell & Parchomovsky, 2014, p. 1020).

In conclusion, beyond the ideological underpinning that explains why both trusts and DAOs have been created in the first place, we find significant points of convergence in how they are managed and operated. Moreover, society has used both mechanisms for similar ends, particularly in the realms of land rights and intellectual property. Collectively, these observations reinforce the notion that the DAO constitutes an evolutionary step from the traditional Anglo-American trust in the blockchain environment.

4 Conclusions

The convergence between the Anglo-American concept of the trust and the contemporary notion of a DAO highlights the tense interplay between individual freedom and state interference, a phenomenon particularly evident in the philosophical contrast between Common Law and Civil Law traditions. From this perspective, DAOs should not be viewed as mere offshoots of the trust but rather as an evolution, or, perhaps, a technological transposition, of fiduciary mechanisms that have historically enabled U.S. society to shield its assets and projects from political vicissitudes. As a legal construct, the trust has long served as a vehicle of "self-governance over one's estate." This autonomy underscores the idea of negative liberty, wherein individuals (or collectives of individuals) assert their sphere of action vis-à-vis state intervention. DAOs, as heirs to this logic, carry autonomy to its limit by theoretically eliminating any reliance on centralized structures. They replace the human trustee with an algorithmic system that dispenses with the need for intermediaries.

This evolution does not occur without political friction. Although Common Law jurisdictions, such as the United States, have tended to accommodate trusts more flexibly and have more readily accepted the concept of decentralized legal personalities (think Wyoming or Delaware), the situation is markedly different in continental Europe. Here, the influence of Rousseauian positive liberty lingers, emphasizing the social function of property and, consequently, the subordination of personal assets to collective interest. Hence, Europe's Roman-canonical tradition endeavors to subsume DAOs within preexisting corporate forms, LLCs, foundations, or associations. This process of "nationalization", that is, the imposition of a legal framework analogous to that of commercial companies, ultimately distorts the founding spirit of a DAO, which hinges on a voluntarily formed, decentralized association wherein property and management are self-regulated, free from the oversight of a higher public authority.

Comparing DAOs with trusts is especially helpful in illustrating the practical and philosophical implications of this push for control. In its original form, the trust facilitated the creation of segregated estates

administered by a third party (the trustee) for the benefit of another person (the beneficiary), yet shielded from direct government interference or outside creditors. This protective feature is rooted in a conception of property as an individual right, not subject to constant state supervision. In similar fashion, DAOs rely on blockchain technology and Smart Contracts as a governance structure to ensure the immutability and autonomy of their that even the State encounters difficulties in intervening, seizing, or altering the organization's internal dynamics. However, while the traditional trust maintains a human fiduciary who is vested with legal ownership of the asset, the DAO disperses that responsibility across nodes or participants who collectively perform administrative functions. This design underscores the extent to which technical automation can fulfill the fiduciary role without conforming to the directives of a conventional legal system, one that, in continental Europe, must identify a specific individual or representative to bear legal responsibility.

The political dimension becomes palpable when one observes that regulatory authorities, particularly in the European Union, have enacted or proposed regulations, such as MiCA, TFR, and AMLDs, aimed at controlling blockchain-based structures. Although these measures are justified as means to combat tax evasion and criminal activity, they end up establishing constraints that clash with the decentralizing and anonymous ethos of DAOs. This scenario is not new, as the trust previously faced similar criticism in continental Europe for allegedly enabling tax opacity. However, the DAO goes even further by often dispensing with human intermediation, and its algorithmic codification renders the State's "mandatory compliance" challenging to enforce.

Although several jurisdictions, including some in Europe, have ventured into DAO legislation, examples include Malta and Switzerland, these normative approaches reveal a fundamental tension: Should the State impose a registration process, designate a responsible party, and, ultimately, subordinate the DAO to the prevailing social structure? The answer is anything but clear. On the one hand, legal certainty and the protection of third parties demand some degree of oversight. On the other hand, such a mandate entails stripping away the very philosophical principle on which DAOs rest, namely, the complete decentralization and autonomy of the community that supports them. Situations like that of Ooki DAO, whose members were pursued by U.S. regulators, illustrate how the absence of clear legal recognition may lead to collective, unpredictable liability.

In broader terms, the parallel between DAOs and trusts becomes salient when we examine the purpose of each. Whether invoked to defend a community-based vision of property (as with Community Land Trusts and Conservation Land Trusts) or to manage resources through a decentralized mechanism, both instruments aim to protect the will of those who contribute the initial assets and set the management criteria. The use of DAOs for environmental or social objectives, exemplified by CityDAO or Kolektivo DAO, epitomizes the potential of these new organizations as digital heirs to traditional fiduciary frameworks. Their ability to accommodate a wide range of interests, cultural, ecological, philanthropic, demonstrates the adaptability of DAOs in contexts where the trust, strictly understood, was limited to Anglo-Saxon regulations.

The real question, then, is whether this "evolution" of the trust will fulfill the aspirations of a global, digital society increasingly yearning for autonomy, or if the State apparatus, particularly within Civil Law systems, will impose such extensive requirements that DAOs eventually become mere replicas of conventional commercial entities. The core challenge lies in balancing legitimate state interests, legal certainty, tax collec-

tion, and third-party protection, against the decentralized, innovative essence of DAOs, which digitally embody the liberal mindset of the ancestral American trust. Thus, it is not merely a question of fad or technology; it is a fundamental debate on individual and collective freedom vis-à-vis the power of the State. In this debate, the comparison with the trust makes it clear that Anglo-Saxon jurisdictions will be more open to adoption, while continental Europe may regard these entities as both a threat and an opportunity to reevaluate the concepts of property and freedom that have shaped its legal tradition for centuries.

Conflict of interest:

The author declares that he has no conflict of interest in this article and has not received funding for its writing.

"References"

Abdo, K., DeConcini, G., & Matson, T. (2016). Death, taxes & rock n' roll: Music, law, and aging artist's estates. *Entertainment & Sports Lawyer*, 33, 21. Retrieved from: https://foxrothschild.gjassets.com/content/uploads/2017/03/Death-Taxes-and-Legacy-Management.pdf

Alqarni, A. (2024). A blockchain-based solution for transparent intellectual property rights management: Smart contracts as enablers. *Kybernetes*. https://doi.org/10.1108/K-04-2024-1074

Asante, S. K. (1965). Fiduciary principles in Anglo-American law and the customary law of Ghana, a comparative study. *International & Comparative Law Quarterly*, 14(4), 1144–1188. https://doi.org/10.1093/iclqaj/14.4.1144

Bell, A., & Parchomovsky, G. (2014). Copyright trust. *Cornell Law Review*, 100, 1015.

Bergström, F. (2023). *Legal classification of DAOs: The ability for a DAO to be recognized as a legal person under Swedish Association law*. https://www.diva-portal.org/smash/get/diva2:1762387/FULLTEXT02

Berlin, I. (1958). Two concepts of liberty. In I. Berlin, *Four essays on liberty* (pp. 118–172). Oxford University Press.

Bodellini, M., & Dalvinder, S. (2021). Decentralised autonomous organizations: Looking for a suitable regulatory treatment. *Open Review of Management, Banking and Finance*, 1–16.

Brewer, R. (2003). *Conservancy: The land trust movement in America*. UPNE.

Bruner, C. M. (2009). Power and purpose in the Anglo-American corporation. *Virginia Journal of International Law, 50*, 579–620. Retrieved from https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm?abstractid=1575039

California Probate Code. (2023). *Sections 15200–15210*. Retrieved from https://leginfo.legislature.ca.gov

Calcaterra, C. (2023). Reputation tokenomics: DAO governance design analysis. Retrieven from: https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm?abstractid=5018833

Caviezel, M., Spychiger, F., & Stallone, V. (2023, April). Aspects for implementations of decentralized autonomous organizations (DAO) in Switzerland. In *World Conference on Information Systems and Technologies* (pp. 366–376). Cham: Springer Nature Switzerland. https://doi.org/10.1007/978-3-031-45648-0_36

Cid, E. H. (2017). ¿Se puede adaptar el trust al ordenamiento jurídico español? *El notario del siglo XXI: Revista del Colegio Notarial de Madrid*, (72), 183–187.

Daly, M. (2024). Cultivating access: The benefits and challenges of using community land trusts to preserve farmland and support farmers. https://scholarworks.umt.edu/etd/12330?utm_source=scholarworks.umt.edu%2Fetd%2F12330&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages

David, R., Jauffret-Spinosi, C., & Goré, M. (2016). *Les grands systèmes de droit contemporains.* Dalloz.

Davis, J. E. (2010). Origins and evolution of the community land trust in the United States. *The Community Land Trust Reader*, 1(4), 3–47.

Delaware General Corporation Law. (1988). *Delaware Statutory Trust Act, Del. Code tit. 12, §§ 3801–3862*. Retrieved from https://delcode.delaware.gov/title12/c038/

DuPont, Q., Gkikaki, M., & Rowan, C. (2020). DAO, blockchain and cryptography. A conversation with Quinn Dupont. *Exchanges: The Interdisciplinary Research Journal, 7*(3). https://doi.org/10.31273/eirj.v7i3.594

Duguit, L. (1912). *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*. Librairie Félix Alcan.

Emerich, Y. (2018). *Conceptualising property law: Integrating common law and civil law traditions*. Edward Elgar Publishing.

European Central Bank. (2023). *The future of DAOs in finance: In need of legal status (Occasional Paper No. 331)*. Retrieved from https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/scpops/ecb.op331~a03e416045.en.pdf

Földi, A. (2009). Historic and dogmatic aspects of the triad of proprietary rights. In *Scritti in onore di Generoso Melillo*. Retrieved from https://www.academia.edu/download/57220149/Studi_Melillo_20180820.pdf

Furnari, S., & Villani, C. (2024). Regulation of financial protocol DAOs: Addressing the problems of decentralization and AI governance.

Gässl, D., & Weidinger, J. (2023). Unlocking the Potential of DAOs: Legal Challenges, Regulatory Solutions, and Opportunities for a New Paradigm in Business [Technical Report]. Leopold-Franzens Univer-

sität Innsbruck. https://doi.org/10.13140/RG.2.2.23934.77128

Golding, M. (1994). Financial aspects of Oregon limited liability companies. *Oregon Law Review, 73, 55*.

Hansmann, H., & Mattei, U. (1998). The functions of trust law: A comparative legal and economic analysis. *New York University Law Review, 73*(2), 434–467. Retrieved from https://openyls.law.yale.edu/bitstream/handle/20.500.13051/4605/73NYULRev434.pdf

Haryadi, G. A., Rahaman, M. F., Subhan, M. R., Lee, J. M., & Kim, D. S. (2023). Comparative study of cryptocurrency wallet security: A hybrid, hot, and cold wallet approach. *한국통신학회 학술대회논문집* , 97–98. Retrieved from: https://www.researchgate.net/profile/Md-Subhan-2/publication/375187201_Comparative_Study_of_Cryptocurrency_Wallet_Security_A_Hybrid_Hot_and_Cold_Wallet_Approach/links/654372ff0426ef6369f65808/Comparative-Study-of-Cryptocurrency-Wallet-Security-A-Hybrid-Hot-and-Cold-Wallet-Approach.pdf

Hayek, F. A. (1960). *The constitution of liberty*. University of Chicago Press.

Hegel, G. W. F. (1991). *Hegel: Elements of the philosophy of right.* Cambridge University Press.

Hude, Z., Iglicar, M., & Mondoh, B. S. (2023). DAOs: Introducing a new era of governance. *Zbornik Znanstvenih Razprav, 83*, 195. https://doi.org/10.1177/13882627221095105

Jaffey, P. (2015). Explaining the trust. *Law Quarterly Review, 131*, 377–401.

Knobel, A. (2017). Trusts: Weapons of mass injustice? SSRN. Retrieved from https://ssrn.com/abstract=2943493

Kolektivo. (2022). *The Kolektivo framework: Regenerative finance at institutional scale (Blue paper v1.0)* [PDF]. Retrieved from https://assets.website-files.com/5fcaa3a6fcb269f7778d1f87/63297723f700491a0698ab5a_Kolektivo%20Bluepaper.pdf?ref=blog.refidao.com

LandDAO. (2025). *Launch: LandDAO* [Website]. Retrieved from https://launch.landdao.io/

Langbein, J. H. (1995). The contractarian basis of the law of trusts. *Yale Law Journal, 105*, 625.

Liu, L., Zhou, S., Huang, H., & Zheng, Z. (2021). From technology to society: An overview of blockchain-based DAO. *IEEE Open Journal of the Computer Society, 2*, 204–215. https://doi.org/10.1109/OJCS.2021.3072661

Manski, S. (2017). Building the blockchain world: Technological commonwealth or just more of the same? *Strategic Change, 26*(5), 511–522. https://doi.org/10.1002/jsc.2151

McGuire, M. R. (2023). The internet, personal jurisdiction, and DAOs. *Washington & Lee Law Review, 80*, 1217. : https://scholarlycommons.law.wlu.edu/wlulr/vol80/iss3/8

Merenlender, A. M., Huntsinger, L., Guthey, G., & Fairfax, S. K. (2004). Land trusts and conservation easements: Who is conserving what for whom? *Conservation Biology, 18*(1), 65–76. https://doi.org/10.1111/j.1523-1739.2004.00401.x

Merk, T. (2024). The unusual DAO: An ethnography of building trust in "trustless" spaces. *Internet Policy Review, 13*(3). https://doi.org/10.14763/2024.3.1795

Michels, K., & Hindin, D. A. (2022). Building

collaboration among community land trusts providing affordable housing and conservation land trusts protecting land for ecological value. Lincoln Institute of Land Policy. Retrieved from: https://go.lincolninst.edu/Michels_WP23KM1.pdf

Mill, J. S. (1859). *On liberty*. Longman, Roberts & Green.

Mienert, B. (2021). How can a decentralized autonomous organization (DAO) be legally structured? *Legal Revolutionary Journal (LRZ)*. http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3992329

Nevada Legislature. (2011). *Nevada Revised Statutes, Chapter 163 – Trusts.* Retrieved from https://www.leg.state.nv.us/NRS/NRS-163.html

Newman, A. (2008). Revocable trusts and the law of wills: An imperfect fit. *Real Property, Trust and Estate Law Journal,* 43, 523.

Nabben, K. (2021). Decentralised autonomous organisations (DAOs) as data trusts: A general-purpose data governance framework for decentralised data ownership, storage, and utilisation. http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4009205

Parker, D. P., & Thurman, W. N. (2019). Private land conservation and public policy: Land trusts, land owners, and conservation easements. *Annual Review of Resource Economics, 11*(1), 337–354. https://doi.org/10.1146/annurev-resource-100518-094121

Rivero Silva, S. (2024). Miramax, LLC vs. Quentin Tarantino y Romantica, INC: A propósito de la comercialización no autorizada de los Non-Fungible Tokens (NFTs) del guion de Pulp Fiction. *Ciencia Jurídica, 13*(25), 42–57. https://doi.org/10.15174/cj.v13i25.480

Rikken, O., Janssen, M., & Kwee, Z. (2023). The ins and outs of decentralized autonomous organizations (DAOs): Unraveling the definitions, characteristics, and emerging developments of DAOs. *Blockchain: Research and Applications, 4*(3), 100143. https://doi.org/10.1016/j.bcra.2023.100143

Rong, H., & Mao, Z. (2023). Deep-dive into CityDAO: An experiment in collective land ownership and decentralized governance. *Harvard Kennedy School, Technology and Public Purpose Project*. Retrieved from https://belfercenter.org/TAPP

Rousseau, J. J. (1762). *Du contract social, ou Principes du droit politique* (Vol. 3). Chez Marc Michel Rey.

Rounds Jr., C. E. (1990). Social investing, IOLTA and the law of trusts: The settlor's case against the political use of charitable and client funds. *Loyola University Chicago Law Journal, 22*, 163.

Santos, F. (2018). The DAO: A Million Dollar Lesson in Blockchain Governance (Master's thesis). Tallinn University of Technology, School of Business and Governance, Ragnar Nurkse Department of Innovation and Governance.

Santana, C., & Albareda, L. (2022). Blockchain and the emergence of decentralized autonomous organizations (DAOs): An integrative model and research agenda. *Technological Forecasting and Social Change, 182*, 121806. https://doi.org/10.1016/j.techfore.2022.121806

Silvestrini, G. (2010). Rousseau, Pufendorf and the eighteenth-century natural law tradition. *History of European Ideas, 36*(3), 280–301. https://doi.org/10.1016/j.histeuroideas.2010.02.003

Skocpol, T., Ganz, M., & Munson, Z. (2000). A nation of organizers: The institutional origins of civic voluntarism in the United States. *American Political Science Review, 94*(3), 527–546. https://doi.org/10.2307/2585829

Smith, L. (2012). *Re-imagining the trust: Trusts in civil law* (p. 157). Cambridge University Press.

South Dakota Legislature. (2021). *South Dakota Codified Laws on Trusts, SDCL tit. 55*. Retrieved from https://sdlegislature.gov/Statutes/Codified_Laws/

Taylor, C. (2015). *Hegel and modern society*. Cambridge University Press.

Vos, J., Lemmen, C., & Beentjes, B. (2017). Blockchain-based land administration: Feasible, illusory or panacea? In *18th Annual World Bank Conference on Land and Poverty 2017: Responsible Land Governance: Towards an Evidence Based Approach*. The World Bank. Retrieved from: https://ris.utwente.nl/ws/portalfiles/portal/287081518/lemmen_blo.pdf

Zaccaria, E. (2019). The nature of the beneficiary's right under a trust: Proprietary right, purely personal right, or right against a right? *Law Quarterly Review, 135*, 460. Retrieved from: https://uk.westlaw.com/Document/I79B94910865C11E-997B3891CC225DE3D/View/FullText.html

Original

Discretion and Legitimate Expectation
Discrecionalidad y Confianza Legítima

DOI: https://doi.org/10.33324/dicere.v2i1.895

Jorge Vargas-Morgado, 0000-0003-3129-0058 jvm@vargasmorgado.com
Universidad Anáhuac Querétaro, Querétaro, México

Recibido: 05-11-2024 **Revisado:** 30-01-2025 **Aceptado:** 17-03-2025 **Publicado:** 30-05-2025

Resumen

Existe una ya muy estudiada pero no resuelta tensión entre lo discrecional y los derechos fundamentales de las personas, en este texto se esboza una propuesta de conceptualización de lo discrecional y se plantea a la *confianza legítima* como un instrumento adicional para morigerar el impacto de lo *discrecional*.

Palabras clave

Discreción, Poder Discrecional, Autoridad Discrecionalidad, Confianza Legítima.

Abstract

There is a well-studied but unresolved tension between discretion and the fundamental rights of individuals. This text outlines a proposal for conceptualizing discretion and presents legitimate expectation as an additional tool to mitigate the impact of discretion.

Keywords

Discretion – Discretionary Power – Discretionary Authority – Legitimate Expectation

1 Introducción

En los países en desarrollo, valga el eufemismo, el abuso de la autoridad es presente y actuante de manera muy agresiva a los derechos fundamentales y humanos, para ello se utilizan diversos resortes que, así como Jean Bodin justificó el poder ab-

Cómo citar: Vargas-Morgado, J. (2025). Discrecionalidad y Confianza Legítima. *DICERE Revista De Derecho Y Estudios Internacionales, 2*(1), 20–31. https://doi.org/10.33324/dicere.v2i1.895

soluto del rey de Francia, ahora se trata de justificar, también de maneras que parecen teóricamente nobles, pero que no lo son. Un arma poderosa de la autoridad es la que suelen llamar, equivocadamente, discrecionalidad, con la que, junto con otras herramientas como el sortilegio del *interés público*, insisten contumazmente en mantener un régimen de abuso. Contra ello hemos de auspiciar una teorización racional y desarrollar instrumentos como la *confianza legítima* para contener el poder arrollador de los órganos del Estado.

2 La faceta lingüística

El enunciado *discrecionalidad* es un significante cuyos significados presentan una serie de vericuetos en sus aspectos lingüístico y sintáctico, que ameritan hagamos una serena reflexión. En el Diccionario de la Real Academia, encontramos que discreción es un nombre o sustantivo, en primera acepción, que es la que, por el momento, nos interesa, *sensatez para formar juicio y tacto para hablar*. Por su parte, *discrecional*, tiene por significados útiles para nuestro tema jurídico, en primer lugar, como adjetivo, *que se hace libre y prudentemente*, en segunda acepción, *dicho de una potestad gubernativa: que afecta a las funciones de su competencia que no están regladas*. Y, finalmente, *discrecionalidad*, es un sustantivo que refiere la *cualidad de discrecional*[1].

Bien, iniciemos asumiendo con convicción que una lingüística acertada conduce a una correcta conceptualización jurídica, por ello es que propongo esta ruta para la exploración. El desconocimiento de la lingüística del derecho hace imposible su cabal comprensión en los ámbitos social, económico, político, administrativo, y, de particular interés, jurídico. El lenguaje se utiliza para transmitir ideas, sentimientos, anhelos, gusto, disgusto, valores, principios, reglas, normas, es decir, todo lo que las personas intentan comunicar, dicha comunicación requiere de un instrumental lingüístico suficiente, claro y, muy principalmente, común a quienes se sirven de él.

El idioma nos dotará de reglas lingüísticas generales que nos habilitan para el uso del idioma en el ejercicio profesional, en cualquier campo que se realice. Los vocablos, las frases, en general, cualquier enunciado debe cumplir con las características pertinentes para que sean verdaderamente útiles para la comunicación que se intenta entablar de suerte que esa comunicación origina relaciones y vínculos entre los sujetos que se comunican. Ahora bien, el lenguaje es, ordinariamente, un instrumento dinámico, en constante crecimiento, parecería en ocasiones tener vida propia, Manuel Atienza, al parafrasear a Humberto Maturana, dice que "el Derecho sería un sistema *autopoyético*[2]", es decir, de autogeneración o autorreproducción.

Las distintas capas sociales, grupos de intereses comunes, ambientes profesionales y científicos adoptan lenguajes propios, es decir, crean vocabularios y usos lingüísticos con sentidos semánticos propios con el fin, no siempre consciente, de crear lenguajes comunes que propicien y faciliten la comunicación.

---

1. Real Academia Española. Definición de discrecionalidad. *Diccionario de la Lengua Española*. [versión en línea] [https://dle.rae.es.
2. Manuel Atienza, *Podemos hacer más. Otra forma de pensar el derecho*. (Madrid: Pasos Perdidos, 2013), 16.

El tema de la semántica es tremendamente importante porque nos permite entender no solo el lenguaje en cuanto a su significado idiomático, sino en el sentido que se utiliza cada vocablo. El lenguaje jurídico, es decir, el idioma jurídico, si cabe la expresión, es una faceta primordial del sentido, compresión, creación y aplicación del Derecho. Esto se debe a que el Derecho tiene un único instrumento para ser creado, analizado, interpretado, aplicado y ejercido, ese instrumento es la palabra, el lenguaje, no existe otro medio que este, así entonces, el indudablemente esencial que los profesionales del derecho tengan un manejo pertinente del idioma en general y de la semántica jurídica en particular.

La semántica y la sintaxis jurídicas nos proveen el conocimiento del sentido particular y específico de los enunciados, como significantes y sus significados. Es decir, es el conocimiento de los vocablos, frases y textos a los que la ciencia o el uso jurídico les ha conferido un sentido semántico concreto, sentido que idealmente vendría a típico, estricto e indudable por el requerimiento de seguridad y de certeza jurídicas, condiciones que son anhelos de la filosofía y de la metodología jurídicas no del todo alcanzados hasta la fecha.

Pero nos tropezamos frecuentemente con escollos como la imprecisión del significado del lenguaje utilizado en el derecho, sea por antinomia, por omisión sintáctica, porque al tomar el lenguaje coloquial social o lenguaje refinado de otra ciencia los enunciados involucrados devienen en ***conceptos jurídicos indeterminados***, expresión intrínsecamente absurda, cómo puede haber un ***concepto***, que es un enunciado descriptivo de una idea, ser ***indeterminado***, o sea, ser un enunciado sin descripción.

Insisto, es, quizá no absurdo, sino abstruso, efectivamente incomprensible.

Pero tenemos extendidamente la realidad jurídica de la conceptualización sin concepto de los ***conceptos jurídicos indeterminados***, lo que, en todo caso, sirve para que ahora nos reunamos a desahogar tan interesante temática.

Permítanme ahora recordar el diálogo platónico ***Cratilo o del lenguaje***[3], en esta obra, Sócrates es requerido por Hermógenes -hijo de Hermes, el dios de la velocidad-, para que resuelva si el significado de las palabras se concreta de forma natural -por lo que no tendría sentido el nombre de Hermógenes, que no era veloz-, o si tiene rasgos de arbitrariedad y sometido al uso que del idioma hacen las personas.

Este es el constante dilema en el que cotidianamente vive el lenguaje, entre la exactitud conceptual y el uso corriente, muchas veces poco ilustrado. En este tenor, el Derecho como ciencia y como orden jurídico debe agorar la tarea de investigar y definir los sentidos semánticos sociales, económicos, políticos y de todo orden que sea preciso, además del sentido semántico jurídico que se atribuyen a los vocablos que como palabras o enunciados básicos o clave utiliza, estas voces resultarán objeto esencial de estudio para alcanzar la debida claridad y consistencia en su uso.

Lo anterior es de toda relevancia, porque el sentido semántico que hemos mencionado, que es del uso común y generalizado en la sociedad o en grupo determinado, debemos considerar que al hablar solemos encontrar en él, el ánimo personal, que, al utilizar el lenguaje, obra en las personas que se comunican, el cual agrega una carga de

3. Platón. *Diálogos* (México: Porrúa. 16ª edición. 1976), 249 y ss.

contenido y sentido a los vocablos o enunciados que se trasmiten. Ciertamente, no es lo mismo cuando el Partido Comunista cubano alude a la ***democracia***, que cuando lo hace un campesino en el Amazonas. Igualmente, el sujeto receptor del enunciado puede darle un sentido personal, peculiar, si no es que enteramente diverso al que otra persona en distinto sitio pueda darle.

No es siempre posible tener la certeza de que el enunciado transmitido tiene la misma significación para el emitente y para el receptor de dicho enunciado, esta realidad puede llegar a tener efectos trágicos en el Derecho y en su práctica. En México, por ejemplo, utilizamos el vocablo ***cancelar*** para aludir la idea de anular o suprimir, pero en Ecuador, la cancelación se suele utilizar para referir el pago de un servicio o un producto. Si lo analizamos detenidamente, en ambos casos se da por terminado algo, un evento, en México, y una deuda en Ecuador, de modo que el significante tiene una verdad, si bien el significado la efectiviza de distinta manera.

Encontramos entonces que si los enunciados que se comunican tienen un significado y un sentido específico, pero también hay, por parte del sujeto emisor y del sujeto receptor del mensaje inferencias acerca del estudio significativo y semántico del enunciado, en este contexto, el que emite el enunciado intenta dar una fuerza o color al mismo para obtener un resultado y, de la misma forma, el receptor del enunciado da determinados efectos considerativos al mensaje, de tal suerte que el análisis lingüístico se toma, si algo le faltaba para ello, en un ejercicio fundamental para la creación estudio, aplicación e interpretación de los enunciados jurídicos.

Los textos normativos presentan los mismos rasgos, son enunciados que refieren una hipótesis jurídica, que no es fría o inocua, es también un mensaje de decisión que intenta promover un comportamiento determinado, aspectos todos que no siempre son claros y consistes con el sistema jurídico general, por ello no siempre son funcionales o, peor aún, realizables. La teoría de los ***conceptos jurídicamente indeterminados*** entonces, con todo y lo abstruso que su esencia tiene, es un esfuerzo reflexivo útil relativo al idioma, al idioma jurídico, porque lo cierto es que, con todo los inconsistente que sostengo es la idea de ***conceptos indeterminados***, la expresión recoge una realidad, que no es metodológicamente puntual siempre. Porque como corrigiera el filósofo de Güemes, el abogado mexicano Ramón Durón Ruiz, "Todo lo que sube tiene que bajar… A menos que se quede arriba"[4], con esta expresión de ingenio ilustro que, la ciencia ha de ser -o intentar ser- exacta, sin embargo, la realidad no lo es siempre.

El lenguaje jurídico, es decir, el idioma jurídico, si cabe la expresión, es una faceta primordial del sentido, compresión, creación y aplicación del Derecho. Esto se debe a que el Derecho tiene un único instrumento para ser creado, analizado, interpretado y ejercido, ese instrumento es la palabra, el lenguaje, no existe otro medio que este, así entonces, es indudablemente esencial que los profesionales del derecho tengan un manejo pertinente del idioma en general y de la semántica jurídica en particular. El idioma nos dotará de reglas lingüísticas generales que nos habilitan para el uso del mismo en el ejercicio profesional, en cualquier campo que se realice.

Las peculiaridades del lenguaje y de los enunciados que se intentan comunicar, entre ellos los enunciados jurídicos, nos llevan a observar que, no obstante, la muy presente carga positivista en la legislación mexicana, es necesario interpretar las leyes

4. Alberto Nájar, "Así pasa cuando sucede" y otras frases que el Filósofo de Güémez aportó a la sabiduría popular de México, BBC Mundo, 3 de junio de 2016, https://www.bbc.com/mundo/america_latina/2016/06/160603_mexico_cultura_filosofo_guemez_frases_an.

con mucho mayor frecuencia de lo que estimamos deseable, este fenómeno se verifica por las ausencias que encontramos en los textos legales y por las contradicciones en las leyes.

Las consecuencias u omisiones en el texto legal se encuentran cuando el instrumento normativo elude pronunciarse acerca de determinados aspectos atinentes al correspondiente texto legal y, dentro de estas ausencias, resulta quizá más grave cuando la previsión de ley no es cabal, cuando no se desarrolla en supuesto en todas sus vertientes. Por ejemplo, cita Manuel Atienza[5] a Álex Grijelmo, quien afirmara que: "la verdad jurídica de las palabras difiere a veces a veces de su verdad semántica y etimológica, y de cómo las entiende la sociedad. Eso suele generar un disgusto y derivar en controversia; pero, sobre todo, alienta la desconfianza."

Atienza ilustra el punto con una narración en la que, en una estación de tren en Centroeuropa se prohibía el ingreso con perros, al atender a un desaguisado sucedido en algún momento, la situación se vino a hacer difícil cuando alguien intentó acceder[6] a la estación llevando como mascota un oso, quizá una mayoría estaría conforme con que la autoridad administrativa hiciera una interpretación extensiva de la prohibición, que de suyo es evidente que no es sencilla la redacción ideal de la prohibición, pues impedir el acceso con mascotas sería demasiado radical ya que habría quien tenga un canario por mascota, de otro modo prohibir el acceso con animales peligrosos, aun cuando se escucha bien, es realmente un enunciado altamente subjetivo, porque la percepción de peligrosidad es siempre subjetiva, puesto que es una percepción de tal manera que no es pertinente como enunciado normativo que debe ser básicamente objetivo para alcanzar el objetivo de la seguridad jurídica.

Naturalmente, se puede acudir a la analogía, o a otras técnicas resolutivas, pero siempre se debe aceptar que, mientras más nos alejemos del contenido sintáctico el riesgo de la desviación, si no que el despeñadero, es mayor. Así entonces, si se reconoce la dificultad que no pocas veces encontramos para la debida textualización de los enunciados normativos, aun al intentar a hacerlo bien, también debemos señalar el grave riesgo de dejar en manos de las autoridades administrativas la amplitud para ***interpretar*** los textos legales o normativos en general.

Una aspiración fundamental y plausible de la ciencia del Derecho es la búsqueda de la certeza jurídica, esta es un valor por sí misma, un avance civilizatorio esencial, por ello es una tarea permanente y siempre apremiante crear conceptos precisos de los enunciados valor, principio, regla, norma, institución jurídica, etcétera.

Ahora bien, en una fallida obsesión positivista, está la escuela de la exégesis, que es el ***culto al texto de la ley***, o, mejor, el culto de la ley en sustitución del culto del derecho[7], como caracteriza Julien Bonnecase. Este mismo autor apunta que toda ley tiene un alcance esencialmente limitado y objetivo, que se determina, por una parte, con la ayuda de la fórmula literal del texto, y, por otra, con la del fin social perseguido en el momento de la elaboración de la ley interpretada[8], es decir, el texto frío no habla suficientemente, es preciso desentrañar el sentido, diría yo el sentido sintáctico y semántico. Pero pensemos, con León Duguit, que: "existe, pues, una correspondencia ín-

5. Atienza, Op cit., p. 12-13.
6. Atienza, Op cit. p. 14-14.
7. Julien Bonnecase, *Introducción al estudio del Derecho* (Bogotá. Tesis. 1991), p. 144.
8. Bonnecase, Op cit., p. 157.

tima entre la posesión del poder y la obligación de cumplir ciertas actividades, de prestar ciertos servicios. Esta correspondencia, sentida siempre, resulta claramente comprendida y querida con fuerza por el hombre moderno."[9]

Es decir, tenemos ante nosotros, con frecuencia, el desafío de encontrar la finalidad contenida en el texto normativo, lo que no es sencillo. Por ejemplo, Friedman y Goodhart, aluden a la competencia de la banca central de determinar la tasa de interés originaria, al atender a criterios técnicos y con mucha discreción, al considerar el contundente efecto que dicha determinación tiene en la economía, pero al respecto señalan el serio y cercano peligro de la influencia o presión política para ejercitar sus atribuciones de manera contraria a su mandato y a su fin: "considerando que el instrumento de la política monetaria envuelve el establecimiento de tasas de interés, que es un proceso altamente visible y que sus efectos en la economía requieren de largos y variables retrasos, es clara la no plausible instigación a cubrir el ciclo de los asuntos políticos vía las manipulaciones monetarias."[10]

Vemos claramente cómo cuando las decisiones de autoridad se emiten con grados distintos de libre criterio, la desviación o el despeñadero que he mencionado previamente son un riesgo al alcance de la mano.

3 Discreción, discrecional y discrecionalidad

Al inicio quedó citado el significado del vocablo *discreción*, este sustantivo sugiere la prudencia, el buen juicio al actuar, *discrecionalidad* es lo relativo a o la cualidad de discrecional y, por último, *discrecional* es el adjetivo que califica un hecho como libre. Así entonces, si afirmamos que un acto autoritario es producto de la *discreción* o de la *discrecionalidad,* estamos diciendo que es producto de la prudente y juiciosa reflexión, lo que, en todo caso, sería -o tendría que ser- propio de toda actuación pública y no sólo de algunos hechos o actos, más no se trataría de actos o hechos discrecionales, es decir libres, que son otra cosa.

De lo anterior se colige que cuando se habla en los ambientes jurídicos de que tal o cual acto fue discrecional, estaría refiriéndose lo juicioso de su emisión, más no de que fue libre de alguna manera, para significar esto último, el vocablo correcto sería que el acto fue *discrecional*, para que surta los efectos de adjetivo calificativo, lo que no acontece con las palabras *discreción* o con *discrecionalidad*, porque no califican al no ser adjetivos sino sustantivos. Tenemos pues una desviación lingüística que no ayuda a la cabal comprensión del tema.

Robert Alexy propone que, en Derecho, un principio es cuando "se exige la mayor medida de cumplimiento posible en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas", entenderíamos que se hace todo lo que se puede, por así decirlo, es su propuesta de los por él llamados *mandatos de optimización*, y, en cambio, una regla es cuando "se exige una determinada medida de cumplimiento"[11], ahora entonces se cumple

9. León Duguit, Las transformaciones del Derecho Público y Privado (Buenos Aires: Editorial Heliasta, 2001), p. 34.10.
10. Milton Friedman y Charles Goodhart, *Money, inflation and the constitutional position of The Central Bank* (London: The Institute of Economic Affair,. 2003), p. 93.
11. Robert Alexy, *Derecho y razón práctica*, (México: Fontamara. 2ª edición. 1ª reimpresión. 2017), p. 14.

y ya. Esto no tiene qué ver con nuestro tema ¿o sí?

Yo creo que sí, porque observaría que, en ninguno de las dos categorías normativas, principios y reglas -o normas- hay espacio para la actividad discrecional porque en ninguno de los casos hay libertad de actuar.

Permítanme explicarme, si en el mandato de optimización el Derecho constriñe a la autoridad fundamentalmente a actuar con un apego dinámico a los principios optimizadores, de forma creciente, sin pasos atrás, con espíritu liberal, evidentemente no hay libertad para actuare, por el contrario, hay una obligación ineludible de acrecer al acervo de derechos fundamentales y humanos de las personas. Más estrechamente la autoridad va a estar oprimida a la actuación con apego a derecho en la categoría de las reglas. Así, la actuación autoritaria será emitida con discreción, pero no será discrecional.

Diría que, idealmente, hay -o debiera haber- discreción o discrecionalidad en toda autoridad en cada uno de los actos que realiza, en tanto son enunciados que refieren la prudencia en el actuar, pero son escasísimos y de muy limitado alcance los actos discrecionales, porque es escasa o escasísima la posibilidad de que las autoridades realicen actos *libres*, esos difícilmente existen.

La regulación del actuar público es pródiga, al iniciar por la determinación de funciones, que al determinar las tareas que realizará la dependencia, constriñe a un comportamiento teleológico, que de inicio impide la desviación del ejercicio autoritario. Se determinan las competencias que, de acuerdo con el autor clásico mexicano, Teodosio Lares, en el campo administrativo son: "la *competencia administrativa*, es la medida de las facultades del poder ejecutivo, y comprende el deslinde de todas ellas, así como las reglas que determinan la naturaleza de ese poder, su acción y sus atribuciones."[12]

Continuamos viendo la ausencia de libertades en el servicio público, las competencias confeccionadas para el desarrollo de las funciones determinan motivos, rutas y destinos en la labor pública. Llegamos finalmente a las atribuciones, que limitan taxativamente los actos jurídicos que en concreto la autoridad podrá realizar.

Si a la anterior estructura organizativa de funciones, competencias y atribuciones cruzamos la estructura normativa de valores, principios y normas, simplemente tendríamos que convenir que la posibilidad de los actos discrecionales es muy débil. Ahora bien, hay una irremediable relación directa entre aplicación discrecional del Derecho y el autoritarismo y el menor respeto a los derechos fundamentales. Scott J, Shapiro muy perspicazmente lo expone así:

> En general, los sistemas de baja confianza absoluta son incompatibles con procedimientos interpretativos altamente discrecionales. Esta relación se obtiene por la siguiente razón: los mundos en los que individuos poco fiables afirman estar utilizando metodologías interpretativas altamente discrecionales son aquellos en los que estos procedimientos no se seguirán y, por lo tanto, no cumplirán una función útil. Esto es más claramente cierto para los sistemas cuyos objetivos incluyen la protección de la libertad y la autonomía. Los mundos en los que los individuos corruptibles usan procedimientos manipulables son aquellos en los que

12. Teodosio Lares, *Lecciones de Derecho Administrativo* (México: Imprenta de Ignacio Cumplido, 1852), p. 14.

> interpretarán la ley a su gusto. Los fines de la libertad y la autonomía no se cumplirán porque la ley será incapaz de proteger a los ciudadanos contra los abusos de los funcionarios.[13]

Aprovecho para insistir como en muchas ocasiones anteriores lo he hecho, cuando la estructura orgánico-autoritaria del país acude a sortilegios, más que conceptos jurídicos indeterminados, como el *interés público*, el *interés general*, el *interés social*, y todo ese vendaval de expresiones para justificar todo género de abusos, buena parte ellos en función y justificación de lo que llaman actuación discrecional.

Siempre encuentro útil recordar a Francisco González Navarro, quien al aludir a la expresión *interés general* de la legislación española reflexiona: "lo cierto es que no sólo no sabemos qué sea eso de los intereses generales, sino tampoco sabemos a quién corresponde la potestad de calificar (o <<descalificar>>) como generar un interés, ni si cabe articular un control de existencia o no de un interés de esa naturaleza, o de la prevalencia de un interés general respecto de otro."[14]

Esta es la verdad, tras de esas expresiones misteriosas se halla el abuso, el recordado Don Jesús González Pérez afirmaba "De todos los males que ha de soportar el hombre en su paso por la tierra, quizá no exista ninguno peor que la administración pública"[15]. Definitivamente, es falso que las instituciones gubernativas ejerciten un *derecho del Estado* oponible y preponderante frente a los *derechos de los particulares*, ese es un antagonismo por completo injustificado e insostenible, es contrario al paradigma constitucional humanista y democrático, por ejemplo, que la legislación tributaria y las prácticas sigan refiriendo que el fisco tiene *derechos* como acreedor impositivo frente a los posibles contribuyentes, es una atrocidad, parecería que el fisco tuviera personalidad o, peor aún, vida propia, eso es inaceptable, la autoridad tributaria sólo tiene determinadas atribuciones que debe ejercer con apego a la legislación, nada más; la extendida práctica actual de los servidores públicos, muy negativa y contraria a derecho, es presumir que representan el *derecho* del Estado, por lo que las ocurrencias expuestas bajo la exigua motivación de ser expresiones del *interés público*. Vamos a ver qué escaso es el espacio discrecional del actuar público:

Iniciaré exponiendo que la competencia y las atribuciones son indisponibles, es decir, no se encuentra en la voluntad o el ánimo del servidor público su ejercicio, deben ambas ser ejercidas cuando están previstas, y deben serlo en los términos en que lo están, de tal suerte que no está en mano de la autoridad la decisión sino realmente está en la norma. Los actos de autoridad deben estar previstos hipotéticamente en la normatividad, tienen -o deberían tener- una justificación genérica, es decir, tendrían que haber nacido concretamente para resolver un pendiente, un problema. En derecho pú-

---

13. In general, systems of *low absolute* trust are incompatible with *highly discretionary* interpretative procedures. This relation obtains for the following reason: worlds in which untrustworthy individuals claims to be using highly discretionary interpretative methodologies are ones in which these procedures will not be followed and, hence, will not serve a useful function. This is most clearly true for systems whose goals include the protection of liberty and autonomy. The worlds in which corruptible individuals use manipulable procedures are ones in which they will interpret the law in their own liking. The ends of liberty and autonomy will not be met because the law will be incapable of protecting citizens against abuse by officials.
Scott Shapiro, *Legality* (London: The Belknap Press of Harvard University Press. 2011), p. 371.
14. Francisco González Navarro, en González Pérez, Jesús y González Navarro, Francisco. *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común.* (Pamplona: Thompson-Civitas. 4ª. Edición. 2007. Tomo I), p. 297.
15. Jesús González Pérez. *Administración Pública y libertad.* (México: UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006. 2ª edición), p. 17.

blico no tenemos *actos innominados*, como los hay en derecho privado, solo tenemos *actos nominados*, es decir, deben estar explícitamente dispuestos en la normatividad.

Esos propios actos de autoridad tienen -o deberían tener- una finalidad como supuesto hipotético normativo, es decir, hay señales fijas de tránsito para lograr el orden en el tráfico de vehículos. Los actos de molestia, de perjuicio, los que impongan obligaciones o cargas, deben estar fundados en derecho, en definitiva, deben encontrar normas anteriores y precisas que acrediten su emisión. Este tipo de actos no admiten analogías, mayoría de razón ni se puede acudir a los principios generales del Derecho, son de aplicación estricta porque significan cargas para el individuo.

La emisión de los actos de autoridad o de los actos administrativos, sean autoritarios o no -sé que esta expresión es altamente polémica-, deben ser motivados, por tanto, deben contar con la justificación de la pertinencia del acto y su relación con la fundamentación argüida. Esta motivación no puede ser la alusión de que se trata de un supuesto de *interés público*, de i*nterés social*, ni cosa parecida, eso no es motivar, eso es exorcizar, invocar un poder superior que por su sola mención se justifica, lo que no es admisible en forma alguna. Quiero recordar el ensayo de Alf Ross denominado TûTû[16], en el que habla de los términos que llama metafísicos, tan fuera de época y tan presentes paradójicamente. De esta manera recojo la afirmación de que no existen actos discrecionales, hay competencia discrecional.

André Gonçalves Pereira con agudeza apunta que la discrecionalidad no proviene de la ausencia de la ley sino que procede de ella[17], en este sentido Bandeira de Mello señala que cuando la solución administrativa no pueda ser unívoca, habrá de elegirse la que sea "más adecuada a la satisfacción de la finalidad legal"[18], es entonces, aquello que llamamos acto discrecional, un ejercicio competencial y no la emisión de un acto propiamente libre, por lo que no está en la voluntad o en el ánimo libre del titular del órgano, sino que la decisión está determinada por el diseño competencial del referido órgano y por las funciones y fines que la norma de determina.

Caracterizo entonces el ejercicio discrecional como: la libertad competencial conferida al administrador para emitir un acto jurídico normativamente previsto, en función de su finalidad específica, determinada también por la norma, con cierta medida de criterio subjetivo igualmente previsto y de dimensiones jurídicas igualmente preestablecidas por la regulación.

He escuchado a Celso Antonio Bandeira de Mello decir que "el poder es una vicisitud de la atribución", no hay duda pues, en la competencia y en el ejercicio atributivo lo relevante es el régimen de derecho, el poder es meramente contingente, accidental, por lo que no define ni determina la actuación. Las instituciones públicas, tanto normativas como orgánicas, antiguamente obedecían a la fuente de poder de la que emanaban, es decir, provenían del rey y a él servían, la tradición atribuye a Luis XVI, el Rey Sol, la expresión "L'Etat, c'estmoi", el *Estado soy yo*, frase que, si la pronunció o no, carece de relevancia, lo que importa es que correspondía a una realidad jurídica y política.

En el presente, las personas han asumido el papel protagónico que sus aspiraciones democráticas prescriben, son ahora

16. Alf Ross. *Tû-Tû*. (Buenos Aires: Abeledo Perrot), pdf. https://es.scribd.com/doc/59573815/ALF-ROSS-TuTu.
17. André Gonçalves Pereira, citado en Celso Antonio Bandeira de Mello. *Curso de Derecho Administrativo Brasileño* (México: Porrúa-UNAM, 2006), p. 814.
18. Celso Antônio Bandeira de Mello,. Ídem. p. 825.

la fuente del poder político y también son su beneficiario, de suerte que el poder no pertenece al gobierno y menos a sus titulares, el poder pertenece a los individuos y, un conjunto, a la colectividad, el gobierno entonces es habilitado para existir y para actuar mediante el otorgamiento de atribuciones que serán ejercidas siempre en beneficio de los propios individuos y de la colectividad.

4 La confianza legítima

La *confianza legítima* surgió en Europa, en Alemania y en Polonia, como principio rector del actuar público y consiste en que cualquier autoridad con atribuciones resolutorias, queda obligada con los criterios de fundamentación, de motivación, de valoración de pruebas y constancias y de resolución que haya adoptado.

Es una suerte de precedente emitido por una autoridad y esta queda constreñida a su aplicación reiterada en todos los casos subsiguientes similares o análogos. Como una instancia, en la actualidad en México, las autoridades fundamentan y motivan, muchas veces con los mismos argumentos e iguales fundamentos distintos casos, pero las resoluciones expresan sentidos contradictorios, es decir, con las mismas consideraciones afirman o niegan, absuelven o condenan, tramitan o desechan, no perciben vinculación alguna de sus resoluciones con los antecedentes que consideran.

Esta condición del actuar público suele defenderse con la argucia de que se trata de atribuciones discrecionales, lo cual, como he intentado plantear, es falso, no hay tal metodología discrecional. Pues bien, la autoridad verdaderamente asume que puede resolver atendiendo a su percepción subjetiva, si no es que, a su estado de ánimo, o, lo que es peor, en función de actos de interés político o dinerario.

La confianza legítima, así se llama por la confianza o certeza que genera en las personas de que la autoridad ha de actuar en determinada manera ante casos equiparables, de suerte que, si el particular sabe que la autoridad ha dado su beneplácito a determinada petición anterior, tiene la confianza de que en un caso subsecuente similar resolverá de la misma manera. Naturalmente, el criterio podría variar, en función de nuevas consideraciones, pero para hacerlo, la autoridad ha de motivar y fundar, primeramente, el cambio de criterio, y, después, la adopción de la o las nuevas consideraciones que lleven a una nueva resolución. Evidentemente, esto no sería pertinente realizarlo frívolamente ni con frecuencia.

Este principio, me parece que es de la dimensión y complexión de la fundamentación y de la motivación, sirve como un margen adicional al ejercicio discrecional de las competencias autoritarias, en beneficio de los derechos fundamentales de las personas, alrededor de los cuales hemos de construir el derecho público, porque hasta ahora vivimos alrededor del derecho público.

5 Epílogo

El Derecho es una ciencia lingüística, la única herramienta con que contamos para plantearla, desarrollarla y practicarla es el idioma, el lenguaje, de manera que los juristas, además de ser buenos matemáticos -por el necesario enfoque sistémico algorítmico de su conceptualización-, debemos ser lingüistas, aficionados si se quiere, pero serios, nuestra conceptualización debe ser exacta, no caben las imprecisiones menos las ocurrencias o los engaños. Hemos de conocer los *significantes* lingüísticos que utilizamos y hemos de conocer, quizá crear, los *significados* que configuren un sistema jurídico cierto, sistémico, sistematizado, cognoscible, y, a la vez, funcional.

Ruda tarea es la de contener el cáncer ideológico -que no racional- de lo discrecional en el actuar público, para ello servirá de manera eficaz y eficiente la implantación y la práctica de la *confianza legítima*.

Conflicto de intereses:

El autor declara que no existe conflicto de intereses.

Referencias

Alexy, Robert. *Derecho y razón práctica.* México: Fontamara. 2ª edición. 1ª reimpresión, 2017.

Atienza, Manuel. *Podemos hacer más. otra forma de pensar el Derecho*. Madrid: Pasos Perdidos, 2013.

Bandeira de Mello, Celso Antônio. *Curso de Derecho Administrativo brasileño.* México: Porrúa-UNAM, 2006.

Bonnecase, Julien. *Introducción al estudio del Derecho.* Bogotá: Tesis, 1991.

Duguit, León. *Las transformaciones del derecho. público y privado.* Buenos Aires: Editorial Heliasta, 2001.

Friedman, Milton y Charles A.E. Goodhart. *Money, Inflation and the Constitutional Position of the Central Bank.* Londres: The Institute of Economic Affairs, 2003.

González Navarro, Francisco. *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común.* Vol. 1. Pamplona: Thompson-Civitas, 2007.

González Pérez, Jesús. *Administración Pública y libertad.* México: UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006. 2ª edición.

Lares, Teodosio. *Lecciones de Derecho Administrativo*. México: Imprenta de Ignacio Cumplido, 1852.

Nájar, Alberto. *"Así pasa cuando sucede" y otras frases que el Filósofo de Güémez aportó a la sabiduría popular de México.* BBC Mundo, 3 de junio de 2016. https://www.bbc.com/mundo/america_latina/2016/06/160603_mexico_cultura_filosofo_guemez_frases_an.

Platón. *Diálogos.* México: Porrúa. 16ª edición, 1976.

Real Academia Española. "Definición de discrecionalidad." *Diccionario de la Lengua Española.* Versión en línea. https://dle.rae.es.

Ross, Alf. *Tû-Tû*. Buenos Aires, Abeledo Perrot. pdf. https://es.scribd.com/doc/59573815/ALF-ROSS-TuTu.

Shapiro, Scott J. *Legality.* Londres: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

Original

The Declaration of environmental damage in administrative proceedings: Is it an effective means to fully repair environmental damage Per Se?

La Declaratoria de daño ambiental en la vía administrativa ¿Resulta una vía eficaz para reparar de manera integral el daño ambiental *Per Se*?

DOI: https://doi.org/10.33324/dicere.v2i1.900

Andrés Delgado-Garrido, 0009-0009-5874-5738 adelgadogarrido@gmail.com
Universidad de las Américas, Quito, Ecuador.

Recibido: 24-11-2024 **Revisado:** 17-03-2025 **Aceptado:** 06-05-2025 **Publicado:** 30-05-2025

Resumen

La Constitución de la República del Ecuador marcó un hito a nivel mundial en materia de defensa de la naturaleza. Por primera vez en el mundo se otorgó a la naturaleza la calidad de sujeto de derechos. Así pues, era necesaria la implementación de varias medidas con el fin de hacer respetar los ciclos de vida natural y evitar que las acciones antrópicas deriven en el daño ambiental. No obstante de ello, es innegable que la ejecución de actividades, obras o proyectos conllevan en sí mismo un factor de riesgo para la sociedad y que si bien existen mecanismos para evitar el daño ambiental, el mismo puede ocurrir. La Constitución es sumamente clara y obliga al Estado a reparar de manera directa ante la ocurrencia de un daño ambiental, para posteriormente, activar las acciones administrativas y jurisdiccionales en contra del operador causante del daño ambiental. La declaratoria del daño ambiental puede realizarse por dos vías (i) administrativa; y, (ii) jurisdiccional. El presente artículo pretende analizar si es que la declaratoria del daño ambiental en la vía administrativa constituye un mecanismo eficaz en cuanto se refiere a la obligación que el Estado tiene sobre la reparación integral. Para ello es necesario conocer los diferentes aspectos del daño ambiental y el procedimiento a la luz del Código Orgánico del Ambiente, Código Orgánico Administrativo, y el Reglamento al Código Orgánico del Ambiente para la determinación del daño ambiental y las implicaciones que esto conlleva al operador y al Estado.

Cómo citar: Delgado-Garrido, A. (2025). La declaratoria de daño ambiental en la vía administrativa ¿Resulta una vía eficaz para reparar de manera integral el daño ambiental per se?. *DICERE Revista De Derecho Y Estudios Internacionales, 2*(1), 32–51. https://doi.org/10.33324/dicere.v2i1.900

Abstract

The Constitution of the Republic of Ecuador marked a global milestone in the protection of nature. For the first time worldwide, nature was granted the status of a subject with rights. As such, it became necessary to implement several measures to ensure the respect of natural life cycles and prevent anthropogenic activities from resulting in environmental damage. Nevertheless, it is undeniable that the execution of activities, projects, or developments inherently carries a certain degree of risk for society. Although mechanisms exist to prevent environmental harm, damage may still occur. The Constitution is clear in this regard, obligating the State to directly address and remedy environmental damage when it occurs, and subsequently initiate administrative and judicial actions against the operator responsible for causing said damage. The declaration of environmental damage can be carried out through two avenues: (i) administrative; and (ii) judicial. This article aims to analyze whether declaring environmental damage through administrative proceedings constitutes an effective mechanism in fulfilling the State's obligation of providing full reparation. To achieve this, it is necessary to examine the various aspects of environmental damage and the procedures established under the Organic Environmental Code, the Organic Administrative Code, and the Regulations of the Organic Environmental Code, in order to determine environmental damage and understand the implications this has for both the operator and the State.

Palabras clave

Responsabilidad ambiental, impacto residual, diagnóstico ambiental, evaluación del sitio, Autoridad Ambiental Nacional, autoridad reguladora.

Keywords

Environmental liability, residual impact, environmental diagnostics, site assessment, National Environmental Authority, regulatory authority.

1 Introducción

La Revolución Industrial[1] marcó el proceso de transformación económica, social y tecnológica en la historia de la humanidad. La economía mundial se basaba fundamentalmente en la agricultura se transformó hacia una economía de carácter urbano, industrializada y mecanizada. Hasta antes de la Revolución Industrial existía cierta armonía entre la naturaleza y el ser humano, sin embargo con la llegada de

1. Inició en la segunda mitad del siglo XVIII y se extendió hacia los años 1840.

este hito en la era de la humanidad "[…] la concepción positivista del progreso conciban el dominio, e incluso la destrucción o la negación de la naturaleza, como la empresa más significativa y propia del hombre" (López, 2012, p. 7). Señala Biblioni (2005) que el ser humano:

> en lugar de utilizar [la naturaleza] sólo para satisfacer sus necesidades vitales, como lo hacían los demás seres vivientes […] la fue desviando, dirigiendo, acumulando, transportando, empaquetándola y soltándola a su antojo. De este modo no sólo cubrió sus propias necesidades energéticas, también las excedió, y usó ese excedente energético para hacer más fácil su supervivencia, y también más placentera su vida (p. 7).

Con la Revolución Industrial nace esa idea o concepto del "derecho a dañar" ya que el bien común, entendido por la humanidad en esa época, era el de generar riqueza, industrializar el mundo y hacer la vida del ser humano más fácil y placentera sin importar los efectos colaterales que sufría el medio ambiente.

El paradigma ambiental presenta ciertos conflictos en la esfera social ya que en este escenario lo individual no tiene primacía, toda vez que se está afectando a un bien común

> […] la relación entre derecho de propiedad y medio ambiente [debe reconocer] una función ambiental de la propiedad en virtud de que la multiplicidad de derechos individuales de los propietarios deben coordinarse de manera tal que se orienten en la preservación del bien colectivo. (Lorenzetti, 2009, p. 5)

Introduce su Santidad, en la encíclica *Laudato Si*, el concepto del desarrollo sustentable al referirse a que "el auténtico desarrollo humano posee un carácter moral y supone el pleno respeto a la persona humana, pero también debe prestar atención al mundo natural y tener en cuenta la naturaleza de cada ser y su mutua conexión en un sistema ordenado".

La naturaleza de acuerdo al autor Eduardo Gudynas, puede ser observada a través de dos visiones; la una desde una perspectiva antropocéntrica, y la segunda desde una visión biocéntrica. Así pues

> Las posturas convencionales sobre la Naturaleza la conciben como un conjunto de objetos que son reconocidos o valorados en función de las personas. Los valores son brindados por el ser humano, y sus expresiones más comunes son, por ejemplo, la asignación de un valor económico a algunos recursos naturales o la adjudicación de derechos de propiedad sobre espacios verdes. Esta es la postura antropocéntrica donde la Naturaleza no tiene derechos propios, sino que éstos residen únicamente en las personas. Únicamente los seres humanos, en tanto cognoscentes y sintientes, son los agentes morales que pueden otorgar esos valores, y discutir en los escenarios políticos sobre la administración del entorno. (Gudynas, 2010, p. 48)

El constituyente fuertemente inspirado en el neoconstitucionalismo incoporó los derechos de tercera generación en la Constiución de la República del Ecuador y así pues, declara a la naturaleza como sujeto de derechos. Sin embargo, dejarlo de manera declarativa sin incorporar las herramientas necesarias para su plena vigencia resultaría en letra muerta.

Es así como se incorporan los principios de prevención y precaución como los ejes fundamentales para el desarrollo de actividades que supongan riesgo ambiental. De igual manera, se introduce la responsabilidad que tiene el Estado de reparar de manera subsidiara el daño ambiental; y, de manera concordante la imprescriptibilidad para perseguir acciones de daño ambiental así como la responsabilidad objetiva e inversión de la carga probatoria al enfrentar el daño ambiental.

Sin embargo, la responsabilidad del Estado no puede ser vista únicamente bajo la óptica de una intervención inmediata y subsidiaria ante la ocurrencia de un hecho dañoso en materia ambiental. Es necesario analizar si es que efectivamente, el procedimiento administrativo establecido en las normas pertinentes, constituye un mecanismo eficaz tomando en consideración la autotutela administrativa para la reparación integral del daño ambiental.

Para ello, es necesario conocer la bifrontalidad que presenta el daño ambiental, insertarnos en el análisis procedimental establecido en el Código Orgánico Administrativo (COA), Código Orgánico del Ambiente (CODA); y el Reglamento al Código Orgánico del Ambiente (RCODA); para finalmente, establecer las conclusiones finales de este corto trabajo investigativo.

2 Un acercamiento al daño ambiental

El fin del principio de prevención es el de evitar el daño ambiental, sin embargo, no podemos negar que toda acción que genere el humano tendrá un impacto negativo en el ambiente. La legislación ecuatoriana considera al daño ambiental como toda alteración significativa al medio ambiente, lo que de cierta manera raya en la subjetividad. En ese sentido, le corresponde al Estado establecer en la legislación ambiental los límites de tolerancia los cuales si son superados recaerían en daño ambiental.

Ahora bien, existen impactos ambientales negativos que no ncesariamente generan una alteración significativa en el ambiente por lo que no pueden ser considerados como daño ambiental. Por lo que, bajo esa premisa podemos identificar que existen tres tipos de impactos ambientales los cuales son (i) el daño tolerable, (ii) el daño autorizado y finalmente (iii) el daño ambiental.

Toda acción generada por el humano y por ende las actividades antrópicas suponen un impacto al medio ambiente por lo que, unas requieren de autorizaciones estatales mientras que otras son aceptadas por la sociedad sin la necesidad de que medie un permiso ambiental previo.

> En efecto, dado que toda actividad humana genera un "impacto" o "alteración" en el ambiente y sus recursos, el desarrollo no sería posible sin generar estos impactos o alteraciones. Por esta razón, para la ley daño ambiental no es cualquier impacto, sino aquél relevante y negativo para el ambiente. (Pigretti, 2014, p. 66)

Los profesores Bedón y Albán (2018) consideran al daño tolerable como "[…] aquel que la comunidad debe aceptar, pues no se considera antijurídico, y son la sociedad y los sujetos que la componen los que deben soportarlo" (p. 77). En ese sentido, podemos ejemplificar el daño tolerable cuando el ser humano respira, pues inhala oxígeno y exhala dióxido de carbono sin que la cantidad emanada de dióxido de carbono suponga alteración alguna que ponga en riesgo el equilibrio ecológico o peor aún la vida misma del ser humano.

Traduciendo esto a las actividades económicas, la legislación ecuatoriana ha establecido que aquellas actividades, obras o proyectos que no generen un impacto significativo no están en la obligación de ejecutar el procedimiento de regularización ambiental sin embargo, en la ejecución de dichas actividades cumplirán con las guías de buenas prácticas ambientales por sector que para el efecto haya emitido la Autoridad Ambiental Nacional. Para conocer cuáles actividades se enmarcan en estos preceptos será necesario remitirse al catálogo y categorización de actividades emitida por el Ministerio del Ambiente, Agua y Transición Ecológica en la plataforma del Sistema Únioco de Información Ambiental (SUIA). En aplicación al principio de prevención, el legislador estableció límites permisibles de contaminación, lo que se traduce en el daño permitido o autorizado, aquel que

> […] es aceptado por el Estado, dentro de los parámetros que el mismo determine, y que dependerá de la política ambiental que aquel fije y nos indicará cuál es la lesión máxima aceptada, el qué, cómo, cuándo y dónde el daño que se le permite producir al operador. Cuantifica el perjuicio que el Estado considera aceptable, ya sea para una zona, un operador, una categoria de explotadores, etcétera. (Bedón Garzón, 2011, p. 15)

Por lo que, no se podrán considerar como daños ambientales aquellas acciones que se ejecuten bajo el marco de una autorización ambiental y que, en el ejercicio de sus actividades, cumplan con los límites permisibles establecidos en la legislación.

> La normativa se preocupa precisamente de establecer estos límites, los cuales se fijan tomando en cuenta la capacidad de carga de cada sistema, de esta forma se acepta la contaminación o impacto, pero se castiga las actividades que sobrepasan estos límites. (Bedón Garzón & Albán, 2018, p. 87)

Sin embargo, resulta necesario hacer hincapié en que en el ejercicio de las actividades pueden darse situaciones en que se superen los límites permisibles para lo cual la normativa señala que "[…] la autorización o permiso ambiental sobre planes de manejo y otros estudios ambientales no será utilizada como prueba de descargo en incidentes o accidentes de contaminación ambiental atribuibles a cualquier actividad y proyecto" (Bedón Garzón, 2011, p. 15).

Cuando una actividad supera esos límites permisibles estaríamos frente a un daño ambiental. Sin embargo, es importante diferenciar que existen dos tipos de daños que devienen de esta acción ilícita; (i) el daño ambiental ***per se*** y (ii) el daño ambiental continuado. El primero refiere a aquellas lesiones directas a la naturaleza y sus elementos constitutivos mientras que el segundo se enmarca sobre aquellas afectaciones devenidas del hecho dañoso en la esfera individual o colectiva cuyas características se asemejan al daño civil y por ende su maneja se lo realiza conforme sus reglas; sin embargo, este último no será abordado de manera profunda en el presente artículo. Biblioni (2005) señala que

> […] la doctrina divide en dos tipos los daños ambientales: 1) daños por contaminación: son aquellos que por un impacto ambiental luego derivan en daños a personas o bienes individuales. Son también denominados daños por rebote […] 2) el daño ambiental de incidencia colectiva (daño ambiental propiamente dicho) es el que afecta a la flora y fauna, el paisaje, el aire, el agua, el ambiente, el que sufre el ecosistema inhibiéndolo en sus funciones naturales. Este daño no se posa sobre ningún bien de pertenencia individual, sino que se extiende a los bienes indivisibles, los que el constituyente ha denominado "de incidencia colectiva. (p. 107)

Para Jorge Bustamante Alsina (1995) el daño ambiental constituye

> toda actividad humana individual o colectiva que ataca los elementos del patrimonio ambiental, causa un daño social por afectar los llamados "intereses difusos" que son supraindividuales pertenecen a la comunidad y no tienen por finalidad la tutela del interés de un sujeto particular, sino de un interés general o indeterminado en cuanto a su individualidad. (p. 44)

Néstor Cafferatta (2022) considera:

> el concepto de daño ambiental varía de acuerdo a la noción de ambiente que se tenga y que se adopte. Si se adopta una noción restringida, como la que identifica al ambiente con el patrimonio natural o con los recursos naturales, o incluso la de algunos autores como la de Ramón Martín Mateo que ve en la noción de amiente o en la de Derecho ambiental la tutela de bienes naturales -elementos de titularidad común y de características dinámicas-, concretamente, el aire y el agua, factores esenciales para la existencia del hombre sobre la tierra; que piensan que el suelo es objeto de otra disciplina como la del ordenamiento global territorial o el derecho urbanístico, es indudable que el concepto a seguir va a ser una doctrina que, como en el caso de Jorge Bustamante Alsina, en Argentina, califica de daño ecológico. El daño ecológico es el que recae sobre bienes del patrimonio natural, es decir, sobre recursos naturales, el que afecta al agua, suelo, la flora, la fauna y al aire (p. 88).

Podemos inferir que en el Ecuador, el legislador ha adoptado la noción de ambiente más amplia, en donde se toma en consideración al paisaje, los bienes del patrimonio cultural, entre otros, yendo más allá de una conceptualización restringida que se circunscribe únicamente a los recursos naturales, sino que, se consideran incluso a los recursos que podemos calificar de culturales o bienes y valores colectivos, y, aún más, el daño al equilibrio ecológico, por lo tanto todos estos factores deben ser considerados en el concepto de daño ambiental.

Es importante señalar que la doctrina civilista ha señalado que el daño jurídico es resarcible y debe cumplir con los siguientes requisitos: debe ser (i) cierto, (ii) concreto, (iii) directo, (iv) personal; y (v) diferenciado pero ¿se cumplen estos requisitos cuando nos referimso a daño ambiental per se? Evidentemente no, pues el mismo es:

> […] indirecto o reflejo, impersonal, muchas veces incierto, hasta hipotético o conjetural, es de causalidad difusa, es decir, presenta para el operador jurídico un desafío enorme de redefinición, ***aggiornamiento*** de los conceptos clá-

> sicos del derecho de daño porque el instrumental jurídico tradicional "disfunciona" frente a la problemática del daño ambiental. (Cafferatta, 2022, p. 87)

La vieja concepción del derecho de daños tuvo que transformarse y adecuarse al nuevo paradigma ambiental; en donde la lesión de los derechos colectivos no debe circunscribirse a la esfera de los derechos subjetivos y la reclamación clásica que deviene de la afectación de los mismos. En tal razón, para la reclamación del daño ambiental per se no se requiere como condición de admisibilidad la lesión de un derecho subjetivo, con el cual el accionante quedaba legitimado, en este caso la acción por daño ambiental -en el Ecuador- la puede ejercer cualquier persona por tratarse de un derecho de incidencia colectivo.

Sin embargo, resulta imperioso establecer con claridad que el daño ambiental tiene la particularidad y por ende una característica propia de bifrontalidad. Esto quiere decir que el daño no solamente recae sobre el patrimonio ambiental, sino que, del hecho dañoso se afectan los intereses legítimos de un determinado individuo. En ese sentido, se configura la teoría clásica del daño al verse afectado un derecho subjetivo, legitimando al individuo para ejercer las acciones administrativas y/o judiciales cuya finalidad es la de reparar o resarcir el perjuicio patrimonial o extrapatirmonial que se le haya cuasado. Así es como el artículo 302 del Código Orgánico del Ambiente lo señala, en donde las acciones civiles como consecuencia del daño ambiental se podrán ejercer con el fin de obtener la correspondiente reparación.

El caso ecuatoriano resulta llamativo pues si bien existe una definición en rango de ley que determina al daño ambiental como "toda alteración significativa que, por acción u omisión, produzca efectos adversos al ambiente y sus componentes, afecte las especies, así como la conservación y equilibrio de los ecosistemas. Comprenderán los daños no reparados o mal reparados y los demás que comprendan dicha alteración significativa"[2]. Pese a ello y como hemos señalado que es una definición demasiado amplia, la norma permite que la Autoridad Ambiental Nacional a través de norma técnica defina y determine qué es el daño ambiental. Es así como el artículo 289 del Código Orgánico del Ambiente dispone que:

> "La Autoridad Ambiental Nacional determinará los lineamientos y criterios para caracterizar, evaluar y valorar el daño ambiental, así como las diferentes medidas de prevención y restauración. Para ello, podrá solicitar o recibir el apoyo o colaboración de las instituciones públicas o privadas, así como de instituciones científicas y académicas.

La Autoridad Ambiental Nacional validará la metodología para la valoración del daño ambiental. Entre los criterios básicos para la determinación del daño ambiental, se considerará el estado de conservación de los ecosistemas y su integridad física, la riqueza, sensibilidad y amenaza de las especies, la provisión de servicios ambientales, los riesgos para la salud humana asociados al recurso afectado y los demás que establezca la Autoridad Ambiental Nacional". Lo cual se complementa con lo dispuesto en el artículo 807 del Reglamento al Código Orgánico del Ambiente.

> Biblioni destaca que el daño ambiental es a la vez daño patrimonial y extra-

2. Ecuador, *Código Orgánico del Ambiente*, Registro Oficial 983, Suplemento, 12 de abril de 2017, Glosario de Términos

patrimonial. Sin embargo, la diferencia principal radica en que el primero de ellos el mismo es "cuantificable" mientras que el segundo se aparta de esta concepción y al contrario, no es sujeto de cuantificación ya que por esencia su valor es incalculable. Por lo que, las acciones de daño ambiental per se no tienen como finalidad la obtención de un rédito económico si no:

> […] la recomposición, que implica que ya hay un daño y se vuelven las cosas al estado anterior (recomposición in natura); [y,] la reparación, que supone que ya hay un daño, que las cosas no se pueden volver al estado anterior (in natura) y que procede una indemnización dineraria sustitutiva. (R. L. Lorenzetti, 2009)

Sin embargo, esta última debe ser vista como un caso *in extremis* ya que por esencia lo que se desea es prevenir o en su defecto recomponer. La Corte Suprema de Justicia Argentina en el caso "Mendoza" señala

> "[…] que en virtud de lo expresado, la presente causa tendrá por objeto exclusivo la tutela del bien colectivo. En tal sentido, tiene una prioridad absoluta la prevención del daño futuro, ya que -según se alega- en el presente se trata de actos continuados que seguirán produciendo contaminación. En segundo lugar, debe perseguirse la recomposición de la polución ambiental ya causada conforme a los mecanismos que la ley prevé, y finalmente, para el supuesto de daños irreversibles, se tratará del resarcimiento"[3].

Al respecto, la Corte Constitucional del Ecuador en el Caso Chevron 2 ha señalado que:

> es además necesario tener en cuenta las particularidades propias que conlleva la reparación de daños en materia ambiental, el cual no puede ser concebido como un daño común, debido al bien jurídico comprometido y por la materia misma de la que se trata, de tal manera que no se puede encasillar dentro de las clasificaciones tradicionales (daño patrimonial o daño extrapatrimonial, daño cierto o daño incierto, daño actual o daño futuro). En razón de aquello, la doctrina señala que en materia de daño ambiental se debe considerar una doble estructura: la preventiva y la reparadora, en orden a establecer dentro de cada una de estas las sanciones apropiadas; así, el tratadista Jorge Mosset Iturraspe, afirma que: "siempre es mejor, y más en nuestro tema, anticipar que reparar; porque además, la indemnización, jamás cubre la totalidad de los perjuicios padecidos. Pero, además, debe caerse en cuenta, definitivamente, de que "no hay cálculos científicos que demuestren que la exposición de una sustancia contaminante en una concentración determinada sea segura". Aquí radica la aludida "incertidumbre científica". Por lo cual, en casos de duda, debe estarse a favor del ambiente y de la protección a la salud. […] La incertidumbre no debe invocarse válidamente para no prevenir […]"[4].

De esta manera la reparación en materia ambiental, debe incluir esta doble finalidad preventiva y reparadora, teniendo

3. Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, "Sentencia de 20 de junio de 2006", Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios.
4. Ecuador Corte Constitucional, "Sentencia", en juicio Chevron 2.

en cuenta que la función reparadora no es del todo sencilla, pues no siempre será posible remediar o restituir los perjuicios ocasionados a la situación anterior a los daños causados, de ahí que las medidas de reparación deban estar basadas en el principio *pro natura* (a favor de la naturaleza o el medio ambiente) y por supuesto, tutelando los derechos que simultáneamente se encuentren involucrados. En tal razón, el daño ambiental no puede ser desvinculado de los derechos que a su vez, hayan sido soslayados como consecuencia de la vulneración del derecho a vivir en un ambiente sano, pues este a pesar de ser un derecho autónomo, mantiene una interdependencia evidente con otros derechos.

La doctrina relativa a esta materia, al tratar el daño ambiental, menciona no solo los efectos generados sobre el ambiente en sí mismo, sino además, señala las consecuencias provocadas para los miembros de la comunidad; así, el autor Jorge Mosset Iturraspe se refiere a lo que él denomina daño ecológico, que constituye toda degradación ambiental que alcanza a: "1. Al hombre, en su salud, seguridad o bienestar, en sus actividades sociales o económicas; 2. las forma vida animal o vegetal; 3. el medio ambiente en sí mismo considerado, tanto desde el punto de vista físico como estético" (Mosset Iturraspe et al., 1999). Es decir, el daño ambiental debe ser abordado desde la totalidad de consecuencias que este genera, no sólo en los elementos naturales y el medio ambiente en general, sino además en los efectos que se ocasionan en la vida de los seres humanos; por lo tanto las medidas de reparación consiguientemente comprenderán todas aquellas esferas que conforme se haya probado en el proceso resulten lesionadas por los perjuicios irrogados en el medio ambiente (Mosset Iturraspe et al., 1999).

En el proceso judicial iniciado en contra de Chevrón la Corte Constitucional concluyó que los jueces de instancia y casación han establecido los mecanismos de reparación correspondientes a partir de lo solicitado por la parte actora.

> A su vez, se observa que el análisis realizado por los jueces atiende la naturaleza especial del daño ambiental, esto es, la relación del derecho a vivir en un medio ambiente sano en la materialización de otros derechos; de tal manera que, lo ordenado en contra de Chevron propende la remediación plena de los daños provocados por la compañía accionante. Siendo así, lo ordenado por el ***juez a quo*** y posteriormente ratificado por los Tribunales de Apelación y Casación, no resulta incongruente a las pretensiones planteadas a través del juicio por daño ambiental. Por el contrario, este Organismo constata que las medidas dictaminadas como mecanismos de reparación al daño ambiental causado por Chevron, obedecen a una concepción de reparación ajustada a los parámetros actuales en materia de derechos humanos, a través de la cual, se pretende que la remediación abarque un ámbito integral que permita una verdadera subsanación de los perjuicios causados[5].

La Corte Constitucional del Ecuador considera que:

> "[...] respecto de cómo en el juzgamiento de temas ambientales pueden generarse dudas que habiliten la elección de una norma que resulta favorable

5. Ecuador Corte Constitucional, "Sentencia", Resolución de la Corte Constitucional 230, 28 de junio de 2018.

> para la naturaleza, la Corte entiende que el centro de dicha interrogante se encuentra en las características del daño ambiental, el mismo que por su naturaleza es expansivo, tanto en lo temporal como en el espacio físico que invade. El daño ambiental va más allá de su centro de acción en la escala del tiempo siendo sus efectos nocivos crecientes y perdurables. Constituye por lo tanto, una problemática que concierne al interés general de la comunidad, sin fronteras y extiende su amenaza a las futuras generaciones.
>
> Ese carácter difuso del daño ambiental plantea un marco de complejidad incluso en la individualización del nexo de causalidad en virtud de dos factores: 1) por la posibilidad de que los efectos nocivos del daño se presenten después de un periodo largo de tiempo; y, 2) por la propagación de sus efectos en largas distancias. Tales motivos han llevado a la doctrina y jurisprudencia internacional a arribar a la conclusión de que en materia de daño ambiental hay mucho de sutilidad indescifrable y cambiante tanto en la identificación de los responsables como en la valoración de los hechos en el tiempo como para limitarlos a una simple subsunción de la norma al caso […]"[6].

Pigretti (2014) ha identificado que: "[…] en primer lugar, el daño al ambiente no necesariamente encaja en las categorías de daño del derecho civil" (p. 22).

José Cattáno, citado por René Bedón respecto al daño al ambiente señala que:

> […] no se trataría, como en el daño civil, de la reparación personal de la víctima, sino de recomponer o indemnizar de manera prioritaria a la naturaleza; la indemnización resultante del hecho dañoso deberá ser íntegra, comprensiva tanto del daño material efectivo sobre el ambiente, como de los sufridos en consecuencia por los individuos, entendiéndose por estos los padecidos tanto en la salud física, como síquica, el daño económico y el daño moral. (como se citó en Bedón, 2011, p. 11)

Jesús Conde Antequera, citado por Bedón señala que:

> será un daño ambiental aquel que se causa a bienes, elementos o recursos integrantes del ambiente como bien jurídico colectivo, que carecen de un titular específico y aquellos que se producen sobre bienes patrimoniales de un particular, que, forman parte del ambiente por su naturaleza y por la funciónque desempeñan y que no dejan de ser bienes ambientales o recursos naturales por el mero hecho de que su titularidad corresponda a un titular (Bedón Garzón, 2011).

Ahora bien, Cafferatta (2022) señala que el daño ambiental ***per se*** "[…] tiene "una pretensión de regulación continua" (p. 97), como lo enseña, magistralmente, Ricardo Lorenzetti, de manera que, una vez ocurrido el daño el régimen de "responsabilidad" por daños pasa por volver las cosas a un estado anterior, restablecer o recomponer. Remediar es lo que tiene urgencia y prioridad en materia de daño ambiental. Ocurrido el daño ambiental, sea in situ sea ex situ, se debe recomponer o compensar ambientalmente; si no es posible, entonces se deberá recurrir a la pretensión en subsidio, de natu-

6. Ibid.

raleza reparatoria o resarcitoria económica, es decir a la indemnización.

Por lo tanto, podemos concluir que el constituyente y por ende el legislador ecuatoriano ha adoptado la noción amplia sobre el daño ambiental per se por lo tanto ante un hecho dañoso será la autoridad administrativa o el ente jurisdiccional quienes en su evaluación deberán tomar en consideración la integralidad de los componentes que conforman el medio ambiente. La finalidad de la declaratoria del daño ambiental per se busca que el causante de este repare integralmente el ecosistema afectado y en caso extremis opere la compensación a la biodiversidad.

3 El procedimiento en vía administrativa para la declaratoria de daño ambiental

Con la entrada en vigor del Código Orgánico Administrativo el legislador intentó unificar los diversos procedimientos administrativos, ya sean comunes o especiales, en uno solo para brindar seguridad jurídica al administrado ya que, la administración pública debía regirse bajo un mismo procedimiento. Sin embargo, la deficiente técnica legislativa con la cual el legislador incorporó la disposición derogatoria primera del Código Orgánico Administrativo ocasionó que exista incertidumbre sobre qué procedimiento debe aplicarse cuando existe norma especial. Oyarte considera que

> esta disposición [la derogatoria primera] no cumple con el requisito establecido en el artículo 136 de la Constitución que exige que la derogación sea expresa y contenga, por tanto, "la expresión clara de los artículos que con la nueva ley se derogarían". En este caso, no lo es. En la derogación expresa la norma derogada es expulsada del ordenamiento jurídico, desaparece y ya no puede ser antinómica con ninguna otra [...]. (Aguilar & Chiriboga, 2019, p. 76)

Criterio con el cual concordamos.

Por esta razón la Procuraduría General del Estado a través de los oficios 02145 del 03 de enero de 2019, 06578 del 11 de noviembre del 2019; y, 18770 del 19 de mayo de 2022 aplicando las reglas de antinomias dispuestas en el número 1 del artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en concordancia con el artículo 39 del Código Civil concluyó que el Código Orgánico Administrativo no ha derogado, ni expresa ni tácitamente, las disposiciones contenidas en normas especiales en cuanto se refiere al procedimiento sancionador especial y los recursos administrativos correspondientes. Por lo tanto, en el caso materia de análisis deberemos revisar lo dispuesto en el Código Orgánico del Ambiente y de forma supletoria las disposiciones del Código Orgánico Administrativo.

Conforme lo dispuesto en el artículo 289 del CODA la Autoridad Ambiental Nacional es la entidad competente para determinar los "[...] los lineamientos y criterios para caracterizar, evaluar y valorar el daño ambiental [...]" sin embargo, hasta la fecha de publicación del presente artículo el Ministerio del Ambiente, Agua y Transición Ecológica no ha expedido resolución o acuerdo alguno en el cual se establezcan las reglas claras respecto a qué se considera daño

ambiental; razón por la cual, conforme hemos señalado en el capítulo anterior, debemos entenderlo como aquellas acciones u omisiones que devienen en que se rebasen los límites máximos permisibles determinados en la norma.

El artículo 808 del RCODA dispone que el daño ambiental, sea que deviene o no de un pasivo ambiental, se determinará en sede administrativa por parte de la Autoridad Ambiental Competente, es decir aquella que esté acreditada ante el Sistema Único de Manejo Ambiental en calidad de Autoridad Ambiental de Aplicación Responsable, de conformidad al procedimiento establecido para el efecto en dicho reglamento. El artículo en referencia presenta confusión pues en su redacción parecería que, además de que el daño sea declarado en sede administrativa, es necesario que también se lo haga en sede judicial; lo cual sería un completo disparate y atentaría contra los principios de tutela judicial efectiva en materia de ambiente. Por lo que, la declaratoria del daño ambiental ***per se*** puede hacérsela en sede administrativa o sede judicial.

Ahora bien ¿cómo inicia el procedimiento en vía administrativa para la determinación del daño ambiental? Para ello es necesario remitirnos al artículo 809 del RCODA el cual dispone que será necesario como primer requisito la identificación de un presunto daño ambiental el cual puede ser (i) reportado por el sujeto de control (ii) a través de una denuncia ciudadana; o, (iii) de oficio por parte de la Autoridad Ambiental Competente en el ejercicio de los instrumentos de control y seguimiento establecidos en la norma.

Observamos que el artículo en referencia no toma en consideración lo dispuesto en el artículo 250 del COA relacionado al inicio del procedimiento administrativo sancionador como consecuencia de orden superior o petición razonada de otros órganos. Sin embargo, podemos inferir que al ser el COA de aplicación supletoria no habría razón alguna por la cual la Autoridad Ambiental Competente (AAC) negare el inicio del procedimiento sancionador cuando la misma provenga de los preceptos señalados; es más, recordemos que los procedimientos sancionadores siempre inician de oficio, indistintamente de la manera en la cual llegue a conocimiento de la autoridad administrativa aquella acción u omisión que presuntamente se enmarcaría en una infracción administrativa.

Es importante hacer especial énfasis en que el sujeto de control ante la ocurrencia o existencia de un daño ambiental está en la obligación de informar en máximo 24 horas posteriores de ocurrido dicho percance a la AAC caso contrario recaerá en una infracción administrativa. De igual manera, deberá adoptar de manera inmediata, incluso sin que medie requerimiento o acto administrativo emanado de la AAC, las siguientes medidas: (i) contingencia, mitigación y corrección (ii) remediación y restauración (iii) compensación e indemnización; y, (iv) seguimiento y evaluación; los cuales generalmente se incluyen en el acápite del plan de contingencia en el plan de manejo ambiental[7].

Puesto en conocimiento de la AAC el presunto hecho dañoso le corresponde a esta realizar una inspección ***in situ*** del área presuntamente afectada y elevar los hallazgos encontrados en un informe técnico en el cual se identificará (i) la necesidad de realizar una caracterización preliminar (ii) una investigación detallada o (iii) declarar el archivo del procedimiento de determinación de daño ambiental al no encontrar afectaciones en los componentes so-

7. Ecuador, *Código Orgánico del Ambiente*, Registro Oficial 983, Suplemento, 12 de abril de 2017, arts. 291 y 292.

cio-ambientales en el área presuntamente afectada.

Previo a analizar en qué consiste la caracterización preliminar y la investigación detallada, resulta imperioso conocer en qué fase del procedimiento administrativo nos encontramos. Si bien el CODA ni el RCODA identifican la naturaleza de este tipo de actuaciones, podemos afirmar que en aplicación subsidiaria del COA nos hallaríamos frente a actuaciones previas. Toda vez que "[…] estas funcionan como una especie de instrucción para recaudar los argumentos que requiera la administración para en ese momento iniciar un procedimiento en sí mismo. Estas actuaciones son aplicables a procedimientos sancionatorios por excelencia […]"(Granda Granda et al., 2018, p. 172). Adicional, que como veremos más adelante, el artículo 812 del RCODA dispone que concluidas estas acciones la AAC podrá o no iniciar el procedimiento administrativo sancionatorio.

El artículo 810 del RCODA señala en su parte pertinente que "[l]a caracterización preliminar deberá ser elaborada por un consultor ambiental acreditado, según la norma técnica expedida para el efecto". La Autoridad Ambiental Nacional no ha emitido Resolución o Acuerdo Ministerial alguno en el cual se defina de manera clara qué implica la caracterización preliminar cuando se refiere a la identificación de un potencial daño ambiental. Por lo tanto y con el fin de entender qué es la caracterización ambiental debemos remitirnos a los procesos de regularización ambiental; en donde, este ejercicio consiste en identificar la línea base.

Hay varios factores que se deben tomar en cuenta en la ejecución de la caracterización preliminar ordenada por el RCODA con el fin de precautelar que el procedimiento no incurra en vicios que a la postre puedan acarrear la nulidad de todo lo actuado. El primero de ellos refiere a que las muestras y monitoreos, que se realicen, deberán ser ejecutadas por laboratorios que estén debidamente acreditados por el *Servicio de Acreditación Ecuatoriano*. Esto conforme a lo dispuesto en los artículos 209 y 210 del CODA en concordancia con el artículo 257 del Libro VI del Texto Unificado de Legislación Secundaria del Ministerio del Ambiente (TULSMA).

De igual manera, este procedimiento debe ser realizado por un consultor ambiental debidamente acreditado ante la Autoridad Ambiental Nacional, conforme lo disponen los artículos 519 del RCODA y 298 y 299 del Libro VI del TULSMA. Adicional a ello, deberán haber cumplido los requisitos establecidos en el Acuerdo Ministerial No. 075[8] del Ministerio del Ambiente y haber obtenido su calificación y registro como consultor ambiental ante la Autoridad Ambiental Nacional. Razón por la cual, solamente podrán ejecutar este tipo de procedimiento los (i) consultores ambientales individuales (ii) compañías consultoras ambientales (iii) Universidades y Escuelas Politécnicas; o, (iv) entidades públicas calificadas por el Ministerio del Ambiente, Agua y Transición Ecológica.

En la ejecución de todo el proceso de caracterización ambiental el RCODA dispone que el consultor ambiental deberá ejecutarlo siempre en compañía del delegado de la Autoridad Ambiental Competente. Del resultado de este procedimiento y en el caso de que "[…] existan indicios de daño ambiental, la Autoridad Ambiental Competente ordenará al operador la elaboración de una investigación detallada con la finalidad de complementar las evidencias para la determinación del daño ambiental". Es decir, la Autoridad Ambiental de considerarlo pertinente podrá obligar al regulado

8. Ecuador Ministerio del Ambiente, *Acuerdo Ministerial n.º 075*, Registro Oficial 809, Suplemento, 01 de agosto de 2016.

la ejecución de otro procedimiento adicional con el fin de tener mayores elementos para determinar la existencia o no de daño ambiental.

¿En qué consiste la investigación detallada? No es más que la ejecución de "[…] estudios, investigaciones y levantamiento de información primaria de mayor profundidad que permitan dimensionar la magnitud, extensión, reversibilidad de los impactos ambientales negativos y determinación de la existencia de daño ambiental, considerando los lineamientos de la norma técnica expedida para el efecto"[9]; norma que no ha sido emitida por la Autoridad Ambiental Nacional. Dicho enunciado no señala si es que la investigación detallada deba ejecutarse a través de un consultor ambiental acreditado sin embargo, por razonamiento lógico podríamos inferir en que en efecto; este procedimiento también lo debe llevar un consultor ambiental acreditado.

Será pues a partir de los resultados de la caracterización preliminar o ésta sumada a la investigación detallada, que la Autoridad Ambiental Competente inicie el procedimiento sancionador con el fin de determinar a través de resolución (i) la existencia de daño ambiental; y, (ii) la existencia de una infracción administrativa. Sin embargo, como detallamos en líneas anteriores tanto la caracterización preliminar y la investigación detallada constituyen actuaciones previas de conformidad a lo dispuesto en los artículos 175 al 179 del Código Orgánico Administrativo.

En ese sentido, corresponde a la Autoridad Ambiental Competente previo a iniciar el procedimiento administrativo sancionador poner en conocimiento del sujeto de control los resultados de los informes para que, este pueda manifestar su criterio con relación a los hechos que se le imputan conforme lo dispuesto en el artículo 178 del COA.

Adicional, el artículo 310 del CODA señala que la AAC "[…] promoverá, previo al inicio del procedimiento sancionador, la comparecencia del presunto infractor, con la finalidad de que presente un plan de acción frente a los ***daños ambientales*** producidos, de conformidad con la normativa que rige estos procedimientos en el sector público". De igual manera, el artículo 831 del RCODA obliga a poner en conocimiento del supuesto infractor el informe técnico previo el inicio del procedimiento sancionador con el fin de garantizar el derecho a la defensa y contradicción.

Por lo tanto, la AAC no podrá una vez se obtengan los resultados de la caracterización preliminar e investigación detallada iniciar de manera inmediata con el procedimiento sancionador. Corresponde comunicar dichos resultados para que, el sujeto de control, presente su criterio e incluso el plan de acción para corregir los errores en los que pudo haber incurrido y de esta manera cumplir con la normativa ambiental. Resulta por demás extraña la redacción del artículo 310 del CODA puesto que el mismo da por hecho la existencia de un daño ambiental sin que medie resolución administrativa o sentencie en firme y ejecutoriada que lo declare como tal.

Cumplidos dichos preceptos y en el caso de que la autoridad considere que existen los elementos para iniciar el procedimiento administrativo sancionador, en atención a lo dispuesto en el número 1 del artículo 248 del COA; corresponde a los abogados de las direcciones zonales u oficinas técnicas[10] del Ministerio del Ambiente, Agua y Transición Ecológica ejercer la

9. Ecuador, *Decreto Ejecutivo 507*, Registro Oficial 507, Suplemento, 12 de junio de 2019, art. 811.
10. Conforme la delegación contenida en la disposición general décima cuarta del Acuerdo Ministerial No. MAAE-2020-024 del 31 de agosto de 2020.

función instructora. El artículo 312 del CODA dispone que el *auto inicial* será dictado de conformidad con la normativa que rige estos procedimientos en el sector público; es decir, el acto de inicio del procedimiento sancionador deberá contener los presupuestos mínimos detallados en el artículo 251 del COA además de la solicitud al Servicio de Rentas Internas para que remita la declaración del impuesto a la renta del inculpado del ejercicio fiscal anterior al del cometimiento de la presunta infracción.

Durante la fase de instrucción consideramos que, la etapa más importante es la probatoria pues, será en este momento procedimental en donde la administración pública evacuará todas las diligencias necesarias que le permitan identificar, fuera de toda duda razonable, la materialidad y responsabilidad del sujeto sobre los hechos que motivaron el inicio del procedimiento sancionador. Es importante recordar que, el administrado está en la obligación de presentar en su primera comparecencia esto es, en la contestación al auto inicial, aquellas pruebas de las cual se crea asistido con el fin de sustentar sus pretensiones.

Conforme las disposiciones contenidas en el COA la carga probatoria "[…] cuando se trata del ejercicio de potestades sancionadoras […] la carga de la prueba le corresponde a la administración pública". Sin embargo, debemos remitirnos a lo dispuesto en el número 1 del artículo 397 de la Constitución de la República del Ecuador en donde el constituyente dispone que "[l]a carga de la prueba sobre la inexistencia de daño [ambiental] potencial o real recaerá sobre el gestor de la actividad o el demandado". De manera concordante, al existir norma especial, el artículo 313 del CODA invierte la carga probatoria en tratándose de las acciones por daño ambiental; así pues, la carga probatoria "[…] recaerá sobre el operador o gestor de la actividad, quién podrá utilizar todos los elementos probatorios legales para desvirtuarla". Además, conforme el artículo 837 del RCODA la inexistencia del daño ambiental debe ser probada en la fase de instrucción del procedimiento sancionador.

¿Cuál es la razón para la inversión de la carga probatoria en materia de daño ambiental? La realidad es que son varias que podemos sintetizar en las siguientes: (i) la responsabilidad objetiva[11] es decir la que prescinde del dolo o culpa en materia de responsabilidad para exigir el resarcimiento de daños y perjuicios (ii) como consecuencia de la responsabilidad objetiva se presume *prima facie* la responsabilidad del operador por lo que le corresponde a ésta demostrar la inexistencia de la misma (iii) el operador o gestor de la actividad se encuentra en una condición económica privilegiada lo que le permite a éste ejecutar las pericias y acciones que considere pertinente para desvirtuar su responsabilidad en el hecho dañoso; es decir, se cumple con el principio de igualdad de armas[12]; y, (iv) la situación de riesgo fue introducida por el operador.

Será pues en la etapa probatoria el momento procedimental oportuno para que el incoado pueda alegar y presentar toda prueba de la que se halle asistido con el fin de que, en el caso que aplique, no se le impute responsabilidad alguna por contemplarse alguno de los eximentes de responsabilidad establecidos en el artículo 337 del COA.

Concluida la etapa probatoria corresponderá al órgano instructor emitir su dic-

11. Los presupuestos de la responsabilidad objetiva son cuatro: (i) hecho (ii) daño (iii) culpa (iv) el nexo causal.
12. En varios de los casos en materia ambiental quienes denuncian o sufren las consecuencias del hecho dañoso son moradores del área de influencia directa o indirecta que no cuentan con los recursos económicos para ejecutar pericias ambientales; así pues, el principio de igualdad de armas permite a que cada parte tenga una oportunidad razonable para presentar su caso en igualdad de condiciones y no exista desventaja.

tamen el cual, en aplicación del derecho a contradicción debe ser notificado al incoado, y posteriormente remitir el expediente para que el órgano resolutor proceda a resolver en el plazo establecido en el artículo 203 o 204 del COA en caso de así considerarlo. En el caso de que se declare la responsabilidad del operador o gestor de la actividad, la norma le impone a la administración pública la obligación de establecer de manera clara y precisa la relación de causalidad entre la actividad y la infracción cometida; es decir, identificar de manera clara el nexo causal.

Si la resolución del procedimiento sancionador confirma la existencia del daño ambiental y por lo tanto lo declara como tal en la resolución, la AAC deberá ordenar "[…] al operador la presentación del Plan de Reparación Integral, sin perjuicio de otras medidas de contingencia, mitigación, remediación, restauración y/o reparación que hubieren sido ordenadas anteriormente y el pago de la multa correspondiente"[13]. Pero ¿esto no había sido ya ordenado por la AAC y presentado por parte del operador cuando notificó sobre la ocurrencia del hecho dañoso? En fin, interrogantes que serán analizadas con mayor profundidad en el acápite correspondiente a las conclusiones.

El Plan de Reparación Integral constituye

> "[…] el conjunto de procesos, acciones y medidas que, ejecutados completamente, tienen el objetivo de revertir daños y pasivos ambientales, así como pérdidas de biodiversidad y servicios ecosistémicos, mediante el restablecimiento de la calidad, dinámica, equilibrio ecológico, ciclos vitales, estructura, funcionamiento y procesos evolutivos de los ecosistemas afectados.
>
> Los procesos, medidas y acciones del Plan de Reparación Integral deben estar destinados a facilitar la restitución de los derechos de las personas y comunidades afectadas, a compensar sus pérdidas, y a garantizar la no repetición del daño. Los criterios y lineamientos para la elaboración del Plan de Reparación Integral, así como el procedimiento para su presentación se establecerán en la norma técnica correspondiente.
>
> El Plan de Reparación Integral deberá ser elaborado por un consultor ambiental acreditado conforme a la norma técnica expedida por la Autoridad Ambiental Nacional para el efecto"[14].

Se presentan dos problemas en este articulado (i) dispone que los criterios, lineamientos y el procedimiento para la elaboración de los planes de reparación integral serán emitidos por parte de la Autoridad Ambiental Nacional a través de la norma técnica correspondiente; la cual hasta la presente fecha no ha sido emitida; y, (ii) la elaboración estará a cargo de un consultor ambiental el cual no se ha definido por parte de la AAN si podrá ser o no aquel que realizó la caracterización ambiental e investigación detallada; a diferencia del procedimiento de regularización y control en donde la norma es clara al señalar que deberán ser dos consultores diferentes los que lleven cada una de estas etapas.

Dicho plan deberá ser aprobado por parte de la Autoridad Ambiental Competente sin embargo, la norma no define el tiempo máximo que puede tomarse la administración pública para aprobarlo, observarlo o negarlo; a diferencia de lo que ocurre en los procedimientos de regularización y control que si bien existe tempo-

13. Ecuador, *Decreto Ejecutivo 507*, Registro Oficial 507, Suplemento, 12 de junio de 2019, art. 812.
14. Ecuador, *Decreto Ejecutivo 507*, Registro Oficial 507, Suplemento, 12 de junio de 2019, art. 813.

ralidad para las respuestas de la AAC en la práctica sabemos que toman más de lo permitido[15]. Presentado el plan y hasta que sea aprobado, observado o rechazado por parte de la AAC le corresponde al operador ejecutar aquellas medidas de contingencia y emergentes que hayan venido aplicandose y que constan en el correspondiente plan de manejo ambiental.

En el caso de que a través de acto administrativo debidamente motivado el plan de reparación integral sea aprobado la AAC deberá hacer el control y seguimiento para verificar que el mismo se esté cumpliendo; para lo cual, se utilizarán los mecanismos contemplados en el RCODA.

Finalmente y en el caso de que la reparación integral no sea suficiente la AAC podrá ordenar al operador se aplique la compensación e indemnización sin embargo, esto debe ser visto en un caso *in extremis* ya que como hemos señalado en líneas anteriores, lo que debe primar es volver las cosas a su estado natural previo a la ocurrencia del hecho dañoso. Para la aplicación de la compensación e indemnización es necesario que la AAN emita la normativa secundaria correspondiente conforme lo manda el RCODA la cual hasta la presente fecha no existe; quedando así en letra muerta.

4 Conclusiones

La Constitución de la República del Ecuador sin duda alguna constituye un hito a nivel mundial en cuanto se refiere a las disposiciones en materia ambiental, un claro ejemplo de ello es que otorga la categoría de sujeto de derechos a la naturaleza. El constituyente inspirado en la Cumbre de Río de Janeiro sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992 eleva los principios de prevención y precaución a rango constitucional, con lo cual se evidencia la importancia de conocer de manera anticipada los impactos ambientales negativos que pueden generar ciertas actividades con el fin de aplicar todas las medidas necesarias para mitigarlas; o, en el caso de no existir certeza científica sobre el potencial o real impacto que pueda generar; simplemente negar la ejecución de dicha actividad.

El daño ambiental fue igualmente incorporado por el constituyente en la Carta Constitucional del 2008 y así se determinó que la responsabilidad por daño ambiental es objetiva; y que, además de las sanciones correspondientes, se deberá restaurar integralmente los ecosistemas. Es tanta la importancia que se establece que las acciones para perseguir y sancionar el daño ambiental son imprescriptibles. Imponiéndole al Estado la obligación de actuar de manera inmediata con el fin de detener y recomponer el daño ambiental, debiendo éste repetir en contra del operador que causó dicho daño.

Como hemos señalado, el daño ambiental es bifrontal es decir, del hecho dañoso se generan lesiones a los derechos

15. Nace la interrogante sobre si pudiese operar el silencio administrativo sin embargo, dicho análisis debe ser profundizado de manera particular en un trabajo específico. *A priori* podríamos señalar que no opera el silencio administrativo positivo pues nos encontramos en un procedimiento sancionador que por su naturaleza no permite esta figura si no que operaría la caducidad.

colectivos como a los derechos individuales. Por lo que, es importante diferenciar que los daños a los derechos supraindividuales se lo conocen como daño ambiental *per se* y aquellos de "rebote" que impactan en la esfera de los derechos subjetivos es el daño ambiental continuado. En ese sentido, las acciones administrativas y jurisdiccionales para reparar cada uno de estos daños son diferentes y se rigen por reglas propias.

Con la expedición del CODA se derogó la Ley de Gestión Ambiental la cual disponía que las acciones para perseguir la reparación del daño ambiental *per se*, se las realizaban únicamente en la vía judicial. Así el CODA y su Reglamento permiten que el o los afectados puedan buscar la declaratoria de daño ambiental *per se* mediante resolución administrativa previo la sustanciación de un procedimiento administrativo sancionador. Ahora bien, ¿resulta este procedimiento administrativo una vía eficaz para que el Estado cumpla con su obligación de reparar de manera integral el daño ambiental *per se?*

Si bien la norma especial no señala de manera precisa que tanto la caracterización preliminar como la investigación detallada constituyen actuaciones previas en el procedimiento sancionador, podemos afirmar sin duda alguna que, al aplicar de manera subsidiara el Código Orgánico Administrativo nos hallaríamos en esta "etapa preparatoria" del procedimiento administrativo sancionador.

Aclarado este punto evidenciamos un gran problema: la caducidad de las actuaciones previas. El artículo 179 del COA dispone que las actuaciones previas caducan a los seis meses contados desde el acto administrativo por el cual se ordenaron dichas actuaciones. Así pues, la caracterización preliminar y la investigación detallada deberán presentar sus resultados en un tiempo récord para que, la AAC a su vez, realice el informe técnico correspondiente y ponga en conocimiento del operador para que este pueda alegar contra este.

La toma de muestras y sus análisis pueden tardar incluso meses pues, en algunos casos, las muestras deben ser analizadas en laboratorios que se encuentran fuera del país presentando un riesgo de que, los resultados superen el plazo máximo establecido para el ejercicio de las actuaciones previas.

La norma no es clara en cuanto a definir a quién le corresponde realizar la contratación de los consultores acreditados para el ejercicio de la caracterización preliminar e investigación detallada. Podríamos inferir que le corresponde al operador, pero ¿podríamos asegurar que los resultados de dichos procedimientos serían imparciales? En el caso de que le corresponda a la AAC realizar dicha contratación, la debería hacer en el marco de lo dispuesto en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCP) y su normativa conexa, con lo cual el proceso de contratación tardaría demasiado tiempo y el hecho dañoso no cesaría.

Ahora bien, de los resultados que se obtengan de la caracterización preliminar, investigación detallada e informe técnico de la AAC la norma especial obliga a la autoridad a que, previo el inicio del procedimiento sancionador, comparezca el presunto infractor y presente un plan de acción. ¿Qué ocurre si se presenta el plan de acción y el mismo es aprobado por la AAC? ¿Se debe iniciar igualmente un procedimiento sancionador? Lo cierto es que la norma no lo define de manera clara por lo que, se presenta esta laguna jurídica. Sin embargo, consideramos que la AAC muy aparte de que haya aprobado el plan de acción si podrá iniciar un procedimiento sancionador con el fin de identificar la existencia o no de daño ambiental y, de ser el caso, alguna de las infracciones tipificadas en el CODA.

En la fase de instrucción se presentan varios problemas desde el mismo acto de inicio; ya que el articulo 812 del RCODA dispone que el procedimiento sancionador tiene dos fines (i) identificar el cometimiento de una infracción tipificada en el CODA; y, (ii) la existencia del daño ambiental. En lo que refiere al primer punto le corresponderá la carga probatoria a la administración pública ya que, como hemos referido, la inversión de la carga de la prueba únicamente es respecto del daño ambiental más no de otras infracciones tipificadas en la norma. Por lo tanto, la AAC deberá ejecutar los procesos contractuales al amparo de lo dispuesto en la LOSNCP para adquirir los servicios de laboratorios debidamente certificados por el SAE. Esto se traduciría en un riesgo latente de caducidad del procedimiento administrativo sancionador por el tiempo que conllevan estos procedimientos que, una vez suscrito el respectivo contrato, el laboratorio se tomará un tiempo prudencial para la ejecución de toma de muestras y análisis.

Declarada la existencia de daño ambiental mediante resolución administrativa, el operador deberá presentar un plan de reparación integral para que la AAC lo apruebe. A diferencia de lo que sucede con el procedimiento de regularización ambiental y los mecanismos de seguimiento y control; no se ha establecido en el RCODA los plazos máximos que la AAC tiene para realizar observaciones o aprobar el plan. Tampoco ha establecido los plazos a los que está sujeto el operador en el caso de que deba absolver observaciones y remitir nuevamente el plan debidamente subsanado. Igualmente, el ente encargado de hacer el control y seguimiento a dicho plan es la AAC la cual, como sabemos, carece del personal administrativo y técnico para abastecerse con las múltiples actividades que deben realizar.

Lo cierto es que la declaratoria del daño ambiental en la vía administrativa presenta más dudas que certezas. La Autoridad Ambiental Nacional ha incumplido con la expedición de toda la norma secundaria necesaria para poder brindar seguridad jurídica a la ciudadanía como a los operadores. Por tal razón consideramos que la vía administrativa no constituye un procedimiento eficaz para que el Estado garantice la reparación integral del daño ambiental. En su defecto, si bien podrá tardar más tiempo, por ahora la sede jurisdiccional constituye la vía óptima para la declaratoria de daño ambiental y su consecuente reparación integral.

Conflicto de intereses:

El autor declara que no existe conflicto de intereses.

Referencias

Aguilar, J. P., & Chiriboga, V. (2019). *Estudios sobre el Código Orgánico Administrativo.* Estudios sobre el Código Orgánico Administrativo.

Bedón Garzón, R. (2011). Aspectos procesales relativos al daño ambiental en el Ecuador. *Ius Humani. Law Journal, 2*, 9–41. https://doi.org/10.31207/ih.v2i0.15

Bedón Garzón, R., & Albán, M. A. (2018). *Responsabilidad Ambiental en Ecuador: Conceptos e implementación en materia hidrocarburífera*. Corporación de Estudios y Publicaciones.

Biblioni, H. (2005). *El Proceso Ambiental: Objeto, competencia, legitimación, prueba, recursos.* Editorial Lexis Nexis.

Bustamente Alsina, J. (1995). *Derecho Ambiental.* Abeledo Perrot.

Cafferatta, N. (2022). La responsabilidad por daño ambiental. In *PNUMA.*

Granda Granda, E., Galán Melo, G., Galán Melo, J., Cornejo Aguiar, J. S., Montalvo Perero, J., Asanza Miranda, L. F., & Enríquez Carrera, R. (2018). *Código Orgánico Administrativo Comentado.* Corporación de Estudios y Publicaciones.

Gudynas, E. (2010). *La Senda Biocéntrica: Valores intrínsecos, Derechos de la Naturaleza y Justicia Ecológica*. Tabula Rasa.

López, M. (2012). *Derecho Ambiental.* Editorial Astrea.

Lorenzetti, R. L. (2009). *Teoría del Derecho Ambiental*. Editorial La Ley.

Mosset Iturraspe, J., Hutchinson, T., & Donna, E. A. (1999). *Daño Ambiental*. Rubinzal-Culzoni Editores.

Pigretti, E. A. (2014). *Ambiente y Daño*. Dunken.

Original

Access to public information as a guarantee of the Principle of Transparency in Public Administration: Arcana Imperii in a Constitutional State of Rights?

Acceso a la información pública como garantía al Principio De Transparencia De La Administración: ¿Arcana Imperii en el Estado Constitucional de Derechos?

DOI: https://doi.org/10.33324/dicere.v2i1.902

Christian Masapanta-Gallegos, 0000-0001-9589-2192 christian.masapanta@uasb.edu.ec
Universidad de las Américas, Quito, Ecuador.

Recibido: 16-01-2025 **Revisado:** 02-03-2025 **Aceptado:** 09-05-2025 **Publicado:** 30-05-2025

Resumen

El presente artículo analiza desde una perspectiva crítica la evolución del derecho al acceso de información pública, mediante un recorrido desde la denominada *arcana imperio*, en dónde la información estatal se encontraba restringida a las autoridades que detentaban el poder estatal, hasta llegar a la regla de presunción de publicidad de la información estatal, piedra angular de la democracia, transparencia y derechos de participación. Se desarrolla además la doble dimensión del acceso a la información pública, entendida en los estados democráticos como un derecho constitucional pero también como una garantía jurisdiccional, destacándose en el estudio de esta institución jurídica el desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional del Ecuador -CCE- en cuanto a sus características, conceptualizaciones, y requisitos para su procedencia.

Abstract

This article critically analyzes the evolution of the right to access public information, tracing its development from the concept of *arcana imperii*, where state information was restricted to those in positions of state power, to the presumption of publicity of state information, the cornerstone of democracy, transparency, and the right to participation. Additionally, the article explores the dual dimension of public information access, understood in democratic states both as a constitutional right and as a judicial guarantee. In this analysis, the development of case law by the Constitutional Court of Ecuador (CCE) is highlighted, particularly regarding its characteristics, conceptualizations, and requirements for the right's applicability.

Cómo citar: Masapanta-Gallegos, C. (2025). Acceso a la información pública como garantía al Principio de Transparencia de la Administración: ¿Arcana imperii en el estado constitucional de derechos?. *DICERE Revista De Derecho Y Estudios Internacionales, 2*(1), 52–65. https://doi.org/10.33324/dicere.v2i1.902

Palabras clave

Acceso a la información pública, *arcana imperii*, principio de publicidad, administración pública, principio de transparencia.

Keywords

Access to public information, arcana imperii, publicity principle, public governance, transparency principle.

1 Introducción

La publicidad de la información estatal es uno de los pilares fundamentales dentro de un Estado democrático, al permitir mediante el acceso a la información pública fomentar la transparencia en las actuaciones de la administración. Sin embargo, dichos principios no siempre estuvieron presentes dentro de la política estatal, pues la información que producían los diversos órganos públicos se mantenía en reserva bajo la figura de la *arcana imperii* (secretos de Estado) con fundamento en la premisa de garantizar una *-razón de Estado-* por la cual los temas relevantes solo podían ser discutidos en sede estatal, por lo que dejaban de lado a la mayoría de la población en el debate de temas trascendentales para el desarrollo de sus actividades cotidianas.

En base a lo señalado, en el presente artículo se analiza la evolución del principio de publicidad de la información estatal, al partir de la *arcana imperii* hasta llegar al principio de transparencia consagrado en las constituciones democráticas y normativa infra constitucional que regula a la administración pública -en el caso ecuatoriano el Código Orgánico Administrativo (COA), Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a Información Pública (LOTAIP), y, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC)-. En esta acometida se tranversalizará un análisis a partir de los diversos modelos de Estado, para descender luego al estudio de los mecanismos de exigibilidad de estos principios constitucionales mediante la garantía jurisdiccional de acceso a la información pública, al tomar como principal referencia además de la normativa existente, a la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Ecuador, la cual ha brindado interesantes herramientas en el desarrollo de esta acción constitucional.

2 La evolución del principio de publicidad de la información estatal: del arcana imperii, a la transparencia

Conforme destacaba Hobbes -*quien tiene información tiene poder*-[1], bajo esta premisa, el principio de publicidad de la información se encuentra directamente vinculado con el Estado democrático, pues aquel garantiza la transparencia en cuanto a la información producida por el ente estatal, convirtiéndose en un mecanismo de limitación del poder, al permitir a la ciudadanía conocer y controlar las actuaciones estatales.

De ahí que quienes son partícipes de un constitucionalismo democrático propenden a buscar mecanismos tendientes a limitar el poder estatal, mediante el ejercicio y protección de los derechos constitucionales, convirtiéndose aquellos en límites y vínculos a los poderes públicos[2], permitiéndose de esta forma transparentar las actuaciones de la administración pública.

La Declaración de principios sobre libertad de expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) manifiesta: "... que garantizando el derecho de acceso a la información en poder del Estado se conseguirá una mayor transparencia de los actos del gobierno afianzando las instituciones democráticas". Sin embargo, la transparencia en cuanto a la información estatal ha sido un concepto que no siempre ha estado presente en la configuración de un Estado democrático, pues en muchas ocasiones el secreto de la información estatal fue legitimado como un instrumento despótico de ejercicio del poder, convirtiéndose en un privilegio de pocos, a lo que se sumaban prácticas corruptas y antiéticas.

En palabras de Julio César Trujillo, el derecho a la información es esencial para garantizar una democracia representativa y participativa.

> El derecho a la comunicación es un derecho que comprende, a su vez, varios derechos que van de la conversación personal al intercambio de ideas o pensamientos, sentimientos, emociones, opiniones, etc., a través de las tradicionales formas de correspondencia y de las nuevas tecnologías de la información y comunicación -TIC- (internet, correo electrónico, Facebook, twiter, etc.) e incluye el derecho a la información que, cuando versa sobre las decisiones, declaraciones, actos hechos, etc., de interés general es esencial a la democracia representativa y todavía más a la democracia participativa y al Estado social y democrático de derecho o de derechos y justicia social, como dice del Ecuador el art. 1 de la CRE.[3]

Esta transición en cuanto al secretismo estatal y el posterior acceso a la información pública desde una perspectiva teórica, puede ser entendía a partir de lo que Karl Popper denominó sociedad cerrada y sociedad abierta. En cuanto al primero de estos términos -sociedad cerrada- el acceso a la información estatal se encuentra restringido, configurándose un *sopshismata*, al ocultar al pueblo los asuntos de interés nacional, y fomentar que la información sea

1. Thomas Hobbes, *Leviathán o la materia, forma y poder de una República eclesiástica y civil* (México: Fondo de Cultura Económica, 2018).
2. Luigi Ferrajoli, *Garantismo: una discusión sobre derecho y democracia*, segunda edición (Madrid: Trotta, 2009), 42, 99 y 100.
3. Julio César Trujillo Vásquez, *Constitucionalismo contemporáneo. Teoría, procesos, procedimientos y retos,* (Quito: Corporación Editora Nacional, 2013), 271.

difundida en base a intereses particulares. Platón por ejemplo manifestaba que *"la verdad solo está en el Estado"*, al quedar la información reducida exclusivamente para un sector poblacional que en aquel entonces era la aristocracia. Mientras que la denominada sociedad abierta se caracteriza por fomentar la transparencia en las actuaciones estatales, al permitir el acceso y conocimiento de la información que sus instituciones generan a toda la población[4].

En base a lo expuesto, el acceso a la información pública estatal ha ido evolucionando de acuerdo a los distintos modelos de Estado, por lo que podemos situar a este principio en tres momentos:

- Estado absoluto: ***arcana imperii*** (secretos de estado)
- Estado de legalidad (surgimiento del acceso a la información pública como acción de carácter legal LOTAIP)
- Estado constitucional (acceso a información como derecho constitucional ejercido mediante garantía jurisdiccional de acceso a la información pública)

1.1 Estado absoluto: *arcana imperii* (secretos de Estado)

Dentro de la configuración y desarrollo de los diversos modelos de Estado, al seguir a Ramiro Ávila se puede agruparlos atendiendo a la limitación del poder, en tres momentos (Estado absoluto, Estado legal y Estado constitucional)[5]. En cuanto al denominado Estado absolutista el poder se encuentra concentrado en una solo persona -monarca- y al no existir limitación se produce la vulneración a derechos constitucionales, y en la especie el derecho a la información se mantiene restringido a favor de la autoridad, generándose lo que en la doctrina se conoce como *arcana imperii*.

Este término latino -*arcana imperii*- hace referencia a los secretos de Estado en cuanto al manejo de la información pública, en aquel sentido, la información estatal se convierte en un discurso exclusivo de las personas (autoridades) que detentan poder. El primero en acuñar la denominación de arcana *imperii* fue Tácito, al asumir que este tipo de información no puede ser conocida por todos, sino por un selecto grupo de individuos.[6]

Esta noción luego fue asimilada por Maquiavelo quien configuró la denominada *"razón de estado"*, y estableció que el Estado tiene intereses propios, por lo que solo él puede detentar la información, al asumir que las necesidades individuales de información de los ciudadanos solo tienen razón de ser si se encuentran alineados a los intereses del Estado, por lo que la información que produce el Estado se mantiene en sigilo.

Conforme lo expuesto, dentro del modelo de Estado absolutista, el acceso a la información pública se encuentra restringido a favor de un grupo selecto de personas, sustentándose como justificación al secreto estatal en las -*razones de estado*- al excluir a la mayoría poblacional de un debate democrático.

4. Secretaría Nacional de Transparencia de Gestión, *Transparencia en la gestión pública y control social,* Jeanneth Yépez, coord.., (Quito: Editorial Instituto de Altos Estudios Nacionales, 2010), 4-6.
5. Ramiro Ávila Santamaría, *El neoconstitucionalismo transformador* (Quito: Abya Yala - Universidad Andina Simón Bolívar, 2011), 107-21.
6. Secretaría Nacional de Transparencia de Gestión, *Transparencia en la gestión pública y control social.* 9.

1.2 Estado de legalidad: surgimiento del acceso a la información pública como acción de carácter legal -LOTAIP-

El modelo de Estado de legalidad[7] implica un reverencialismo hacia la norma jurídica de carácter legal, de ahí que el ejercicio de los derechos constitucionales pretende ser tutelados *prima facie* mediante las denominadas garantías normativas. En aquel sentido, el derecho constitucional a la información pública ameritaba una protección mediante un instrumento jurídico de naturaleza legal, por lo que surgió en la realidad ecuatoriana la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública -LOTAIP-, la misma que regula el ejercicio del acceso a la información pública, al delimitar qué tipo de información puede considerarse como pública, así como los órganos que producen este tipo de información.[8]

Para autores como Juan Francisco Guerrero esta acción se incorporó por primera vez en nuestro ordenamiento mediante la LOTAIP, elevándose a la categoría de garantía jurisdiccional en la Constitución de 2008,[9] al ser aquella desarrollada posteriormente en la LOGJCC, de ahí que aunque actualmente se encuentra vigente la LOTAIP al ser una norma pre constitucional, varios de sus artículos se yuxtaponen con la Constitución y con la también vigente LOGJCC[10], observándose por ejemplo, que en el ámbito competencial la LOTAIP establece que dicha acción deben conocerla los jueces de lo civil, mientras que en la Constitución, así como en la LOGJCC la acción de acceso a la información pública la conocen todos los jueces constitucionales de primera instancia independientemente de su materia; de igual manera en caso de recurrir de la decisión emitida en este tipo de acción la LOTAIP al ser norma pre constitucional establece que la apelación la conocerá el ex Tribunal Constitucional (órgano actualmente inexistente) mientras que la Constitución y la LOGJCC establece que la apelación de este tipo de acciones lo conoce los jueces de Cortes Provinciales; de igual manera en cuanto a la legitimación activa para interponerla, la LOGJCC establece una legitimación abierta, mientras que en la LOTAIP se requerirá acreditar el interés personal en la información solicitada; además conforme la Constitución y la LOGJCC la sentencia ejecutoriada emitida en acceso a la información pública se debe remitir la misma a la Corte Constitucional para que desarrolle precedentes jurisprudenciales en caso de ser seleccionada lo cual no contempla la LOTAIP.[11]

Lo antes expuesto denota evidentes incompatibilidades de la ley que regula el derecho al acceso a la información pública -LOTAIP- con el actual marco constitucional vigente, por lo que se debería emprender en reformas inmediatas por parte del parlamento ecuatoriano tendientes a evitar antinomias como las ya existentes entre la LOTAIP y la LOGJCC, para permitir de esta manera el adecuado ejercicio del derecho a acceder públicamente a la información estatal; sin embargo, no todo es malo de la LOTAIP pues contiene importantes conceptos relacionados con el carácter de información pública, los órganos estatales que generan esta información, el tipo de información que debe transparentarse por parte

7. Enrique Carpizo, *Del estado legal al constitucional de derecho. Rasgos esenciales*, (México: Editorial Porrúa, 2015), 18-19
8. Ecuador. Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, Registro Oficial 337, Suplemento, 18 de mayo de 2004.
9. Juan Francisco Guerrero, *Las garantías jurisdiccionales constitucionales en el Ecuador* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2022), 134.
10. La LOTAIP al ser emitida en el año 2004 se convierte en una norma pre constitucional, ante lo cual muchas de las regulaciones en ella establecidas no son concordantes con la vigente Constitución del 2008.
11. Gabriela Melo, "Acceso a la información pública", en *Manual de Justicia Constitucional ecuatoriana*, Jorge Benavides y Johel Escudero editores, (Quito: CEDEC, 2013), 223-30.

del Estado, así como el tiempo de entrega de la información[12], lo cual no ha sido desarrollado por la LOGJCC, por lo que, para evitar una laguna normativa es importante buscar una solución inmediata a este problema. Al respecto Julio César Trujillo señala que al aplicar la Constitución vigente y el principio *pro persona* se puede armonizar el contenido de estos dos cuerpos normativos:

> … entre la Ley de 2004 y la LOGJCC, si bien hay bastante similitud, hay también diferencias que se han de resolver mediante la aplicación de las normas, de una u otra ley, que sean más favorables al ejercicio de la acción de acceso a la información pública, por las siguientes razones: primera, la Disposición Transitoria de la Constitución de Montecristi prescribe que queda derogada toda norma que sea contraria a sus disposiciones, por lo tanto, continúan vigentes las que no le contradigan; segunda, en caso de conflicto entre normas de derechos y garantías constitucionales prevalece la que favorece mejor su vigencia (art. 11,5 CRE); tercera, en materia de derechos constitucionales es inconstitucional toda acción u omisión de carácter regresivo (art. 11,8); y cuarto, en esta materia ni las reformas constitucionales, ni las leyes, ni cualquier otra norma jurídica o acto del poder público pueden válidamente atentar contra los derechos constitucionales consagrados (art. 84 CRE); por lo tanto, las normas de la Ley de 2004 que no contradigan a la Constitución y, más bien, favorezcan mejor la vigencia del derecho a la información, continúan vigentes.[13]

Adicionalmente, el derecho a acceder a la información pública fomenta la transparencia de la administración, al ser uno de los principales objetivos que persigue el Código Orgánico Administrativo ecuatoriano -COA-, que en su artículo 12 determina: "Principio de transparencia. Las personas accederán a la información pública y de interés general, a los registros, expedientes y archivos administrativos, en la forma prevista en este Código y la ley".

En mérito de lo expuesto, si bien la *arcana imperi* y la razón de estado no desaparecen en este modelo de Estado, a través del desarrollo normativo en la esfera legal se pretende dar prioridad a las razones de los individuos por sobre el secretismo estatal, al considerar que las libertades subjetivas son los principales derechos protegidos en un estado de legalidad. Es por ello que el acceso a la información estatal y la transparencia en sus actuaciones, pretende en el Estado de legalidad estar protegido por este tipo de normas regulatorias que, aunque deficientes permiten la protección de estos derechos constitucionales.

---

12. Art. 9 LOTAIP.- Responsabilidad sobre la entrega de la Información Pública.- El titular de la entidad o representante legal, será el responsable y garantizará la atención suficiente y necesaria a la publicidad de la información pública, así como su libertad de acceso. Su responsabilidad será recibir y contestar las solicitudes de acceso a la información, en el plazo perentorio de diez días, mismo que puede prorrogarse por cinco días más, por causas debidamente justificadas e informadas al peticionario. Ver, Ecuador. Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, Registro Oficial 337, Suplemento, 18 de mayo de 2004.
13. Julio César Trujillo Vásquez, Constitucionalismo contemporáneo. 273.

1.3 Estado constitucional (acceso a información como derecho constitucional ejercido mediante AIP)

La configuración normativa del derecho a la información puede tener dos vertientes: en primer lugar, el derecho a la información de carácter personal; y, en segundo lugar, el derecho a la información pública. Con relación a esta última el marco constitucional vigente contempla el derecho de búsqueda, recepción, intercambio, producción y difusión de información sobre hechos o acontecimientos de interés general, así como el de acceder a información generada por instituciones públicas o privadas que manejen fondos públicos. Al respecto el artículo 18 de la CRE determina:

> Todas las personas en forma individual o colectiva, tienen derecho a:
>
> 1. Buscar, recibir, intercambiar, producir y difundir información veraz, verificada, oportuna, contextualizada, plural, sin censura previa acerca de los hechos, acontecimientos y procesos de interés general, y con responsabilidad ulterior.
>
> 2. Acceder libremente a la información generada en entidades públicas, o en las privadas que manejen fondos del Estado o realicen funciones públicas. No existirá reserva de información excepto en los casos expresamente establecidos en la ley. En caso de violación de derechos humanos.[14]

Sumado a ello, la Carta Fundamental ecuatoriana contempla los derechos de las personas a participar en asuntos de interés público[15], para lo cual es importante que la administración transparente sus actuaciones; aquello, al seguir lo que manifiesta O'Donell, permitirá un ejercicio deliberativo que fortalecerá la democracia. [16]

En el mismo sentido la Corte IDH ha referido:

> [...] el actuar del Estado debe encontrarse regido por los principios de publicidad y transparencia en la gestión pública, lo que hace posible que las personas que se encuentran bajo su jurisdicción ejerzan el control democrático de las gestiones estatales, de forma tal que puedan cuestionar, indagar y considerar si se está dando un adecuado cumplimiento de las funciones públicas. El acceso a la información bajo el control del Estado, que sea de interés público, puede permitir la participación en la gestión pública, a través del control social que se puede ejercer con dicho acceso.[17]

Es por ello que, el control democrático de las actuaciones estatales fomenta la participación del soberano en la toma de decisiones estatales, al afianzar otro de los principios clave en el ejercicio de la democracia como es la transparencia.

Para Marco Navas:

> La transparencia constituye una actitud de gobierno, un principio de conducta de quienes ejercen el poder, que se desglosa en una serie de obligaciones de presentar en forma clara y comprensible las actuaciones públicas, y quizá además, en el hecho de que estas actuaciones estén "iluminadas", es decir que brillen a la luz

14. Ecuador. Constitución de la República de Ecuador, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.
15. Art. 61 CRE.- Las ecuatorianas y ecuatorianos gozan de los siguientes derechos: (...) 2. Participar en los asuntos de interés público.
16. Secretaría Nacional de Transparencia de Gestión, *Transparencia en la gestión pública y control social.* 10.
17. Corte IDH, "Sentencia de 19 de septiembre de 2006, Fondo, Reparaciones y Costas", Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. 19 de septiembre de 2006, chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.pdf

> pública, que se destaquen, y la ciudadanía las pueda ver fácilmente. Transparencia significa diafanidad, limpieza, buena fe, características que pueden apreciarse a simple vista. La transparencia va más allá del acceso a la información, pero tiene una relación directa en cuanto el acceso es el medio básico de transparencia.[18]

En base a lo expuesto dentro de un sistema democrático el principio de transparencia permite consolidar los derechos de participación de la población, y uno de los mecanismos para realizarlo es mediante el acceso libre a la información que se produce por parte de los diversos órganos estatales, a esto la doctrina le ha denominado *regla de presunción de publicidad de la información estatal*[19]; el acceso a la información pública además permite garantizar la transparencia en las actuaciones de funcionarios públicos, y de esta forma combatir la corrupción.[20]

3 Mecanismos de exigibilidad del acceso y conocimiento a la información pública estatal

Las garantías constitucionales son herramientas jurídicas que permiten la exigibilidad de los derechos. De conformidad con el marco constitucional ecuatoriano podemos clasificarlas en garantías normativas, políticas públicas y garantías jurisdiccionales.[21]

Dentro del presente artículo destacaremos a las garantías jurisdiccionales, y el acceso a la información pública como una importante herramienta para la protección de este derecho. Para el efecto se entenderá como garantía jurisdiccional a los mecanismos que permiten la protección de derechos constitucionales a cargo de operadores de justicia, y es deber destacar que el acceso a la información de carácter público se constituye en un derecho constitucional, el mismo que *prima facie* debe ser ejercido de manera directa, y solo en caso de negativa expresa o tácita de la información solicitada se deberá activar la sede jurisdiccional mediante la garantía de acceso a la información pública.

Así lo prevé el artículo 91 de la CRE al establecer:

> Art. 91.- La acción de acceso a la información pública tendrá por objeto garantizar el acceso a ella cuando ha sido denegada expresa o tácitamente, o cuando la que se ha proporcionado no sea completa o fidedigna. Podrá ser interpuesta incluso si la

18. Marco Navas, "El derecho de acceso a la información pública: elementos para comprenderlo y exigirlo mejor", en *La promoción del derecho de acceso a la Información Pública en el Ecuador (Quito: Fundación Esquel - Fondo Justicia y Sociedad / Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales - Fundación Friedrich Ebert, FES-ILDIS, 2004). chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://ecuador.fes.de/fileadmin/user_upload/pdf/546%20PRODER2004_0432.pdf*
19. Al respecto Gabriela Melo señala "a información que está en poder del Estado no puede ser negada, porque es de conocimiento público. Lo antes mencionado conforma la regla de presunción de publicidad de la información estatal. Instrumento que permite la comunicación entre la estructura estatal y la comunidad en general.". Ver, Gabriela Melo, "Acceso a la información pública", 217.
20. Juan Francisco Guerrero, Las garantías jurisdiccionales constitucionales en el Ecuador, 135.
21. Cfr. Artículo 84, 85 y 86 de la Constitución de la República del Ecuador.

> negativa se sustenta en el carácter secreto, reservado, confidencial o cualquiera otra clasificación de la información. El carácter reservado de la información deberá ser declarado con anterioridad a la petición, por autoridad competente y de acuerdo con la ley.

El artículo en mención determina que esta garantía jurisdiccional tiene por objeto garantizar el acceso a la información, no obstante, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido que no solo implica poder acceder sino conocer la información que está en manos del ente estatal[22], y que la misma sea completa y fidedigna. Al respecto la sentencia No. 29-21-JI y acumulado/21señala: "42. (…) . La información pública está sujeta al principio de máxima publicidad, según el cual dicha información debe ser completa, oportuna, actualizada, accesible y de fácil comprensión".

De igual manera la sentencia No. 839-14-EP/21 de la Corte Constitucional establece que tipo de información pude considerarse como publica:

> 48. Es decir, al menos incluye la siguiente: (i) **la información que está bajo custodia, administración o tenencia del Estado**; (ii) la información que el Estado produce o que está obligado a producir; (iii) la información que está bajo poder de quienes administran los servicios y los fondos públicos, únicamente respecto de dichos servicios o fondos; y, (iv) **la información que el Estado capta, y la que está obligado a recolectar en cumplimiento de sus funciones**

De igual forma la norma constitucional establece como un requisito para que proceda esta acción, que la información solicitada haya sido denegada expresa o tácitamente, o a su vez si la información no sea completa o fidedigna; se exceptúa del carácter público la información que previamente haya sido calificada como confidencial o reservada. Para Trujillo "El derecho a la información pública puede ser negado por diversas razones; las más comunes son el secreto, reserva o confidencial por exigencias de la defensa nacional, seguridad monetaria, seguridad pública, combate a la delincuencia, a la especulación, y tutela de los niños, de las niñas y de los adolescentes".[23]

En cuanto al carácter reservado o secreto de la información se destaca que dicha declaratoria debe habérsela realizado con anterioridad a la solicitud de la información y dicha regulación debe estar contenida en una norma de rango legal.

Al respecto Guerrero expresa:

> … una información puede ser calificada de "reservada" a través de dos vías:
> Una reserva directa establecida en un acto normativo de rango legal, o,
> La declaratoria de reserva realizada por una autoridad pública que se encuentra expresamente facultada para el efecto por una norma de rango legal.[24]

---

22. La Corte Constitucional en la sentencia No. N.°013-16-SEP-CC emitida dentro del caso 1739-14-EP determina: "…el derecho constitucional de acceder a la información pública se ve vulnerado, ya que este no se ve asistido solo por el hecho de entregar la información requerida, sino, más bien, se materializa en la garantía de que dicha información sea entregada en el momento oportuno como señala la Norma Constitucional, de manera que se permita ejercer otros derechos que dependan de ella, por lo que su tutela depende de la valoración de dos conceptos, el de la eficacia y el de oportunidad de acceso eficiente (…)". Ver, Ecuador, Corte Constitucional de Ecuador, "Sentencia No. 006-17-SCN-CC", Caso 0011-11-CN, 18 de octubre de 2017.
23. Julio César Trujillo Vásquez, *Constitucionalismo contemporáneo*, 273.
24. Juan Francisco Guerrero, *Las garantías jurisdiccionales constitucionales en el Ecuador*, 135.

Aquello además de acuerdo al artículo 47 de la LOGJCC se ve complementado con la reserva existente para la información considerada estratégica y sensible a los intereses de empresas públicas.[25] Y con relación a la información confidencial[26], si se sigue a la LOTAIP se considera información de este tipo a aquella relacionada con los derechos personalísimos de un determinado sujeto, o en palabras de la Corte Constitucional, asociada con derechos relacionados directamente con la construcción y el desarrollo de la personalidad.[27]

En cuanto a la tramitación del acceso a la información pública, la misma participa de las normas comunes de las garantías jurisdiccionales de competencia de los jueces constitucionales de instancia, es decir, la competencia para conocer esta garantía la tienen los jueces de primera instancia del lugar en donde se encuentra la información pública solicitada, al tomar en consideración que existe legitimación abierta para presentar esta acción constitucional.

En relación a los requisitos de la demanda, se estará a lo previsto en el artículo 10 de la LOGJCC, luego el juez deberá calificar la demanda y convocar a una audiencia, en la cual, bajo el principio de inversión de la carga probatoria, será la institución púbica demandada quien demuestre que la información solicitada no tiene el carácter de publica o a su vez que la misma es confidencial, reservada o secreta. Cabe precisar que conforme la sentencia No. 006-17-SCN-CC la institución no tiene la obligación de producir información que no la posea o que sea inexistente:

> ... Asimismo, es fundamental señalar que la información pública requerida debe existir al momento de presentarla acción, pues no es obligación de la entidad pública y/o concesionaria del Estado, crear o producir información que no disponga al momento de efectuarse el pedido; sin embargo, dicha institución o entidad comunicará motivadamente por escrito que la denegación de la solicitud se debe a la inexistencia de datos en su poder respecto de la información solicitada.[28]

Al ser una garantía de conocimiento en caso de comprobarse la vulneración de derecho se establecerá la reparación integral de los derechos del accionante, y puede la sentencia de instancia ser apelada ante la Corte Provincial de Justicia. Cabe destacar que en la emisión de la sentencia, el juez deberá observar los parámetros del artículo 17 de la LOGJCC, y una vez ejecutoriada la decisión debe remitir una copia de la sentencia a la Corte Constitucional para una eventual selección y revisión del caso con el objeto de construir precedente constitucional obligatorio.

4 Jurisprudencia de la Corte Constitucional con relación a la garantía Acceso a la Información Pública y el principio de transparencia

La Corte Constitucional como máximo intérprete de la Constitución ecuatoriana a través de su línea jurisprudencial ha ido configurando el alcance del acceso a la información pública en nuestro país, es por ello, que a continuación se establecerá

27. Ecuador, Corte Constitucional de Ecuador, "Sentencia No. 161-18-SEP-CC", Caso 1601-12-EP, 2 de mayo de 2018.
28. Ecuador, Corte Constitucional de Ecuador, "Sentencia No. 006-17-SCN-CC", Caso 0011-11-CN, 18 de octubre de 2017.

brevemente los principales criterios emitidos por este este organismo respecto a esta garantía jurisdiccional.

En primer lugar, se debe destacar la sentencia No. 256-17-SEP-CC[29] en donde se establece que el acceso a la información pública genera dos obligaciones para las autoridades públicas que pueden verse pasmados en distintos escenarios: la primera otorgar la información solicitada, y, la segunda motivar por qué no se puede entregar la información por el carácter confidencial o reservado de la información. Es decir, al partir de la regla de presunción de publicidad de información estatal, la entidad pública tiene el deber de entregar la información solicitada, sin embargo, en caso de una negativa justificada, debe expresar y justificar el carácter confidencial o reservado de la información, declaración que conforme hemos expuesto en líneas anteriores debe ser anterior a la solicitud y estar respaldada en una norma jurídica de carácter legal.

De igual manera, la Corte Constitucional en la sentencia No. 006-17-SCN-CC establece la doble dimensión del acceso a la información pública -como derecho y como garantía jurisdiccional-. Al respecto determina:

> De las fuentes normativas expuestas, se determina que el acceso a la información pública constituye un derecho constitucional y una garantía jurisdiccional que permite que las personas puedan acceder a la información considerada como pública, que consiste en todo documento, en cualquier formato que se encuentre en poder de las instituciones o personas jurídicas públicas; contenidos, creados u obtenidos por ellas, que se encuentren bajo su responsabilidad o se hayan producido con recursos del Estado[30].

Al continuar con la jurisprudencia constitucional, la sentencia No. 839-14-EP/21 establece los elementos esenciales de acceso a la información pública entre los que destaca al titular del derecho, y, al sujeto obligado.

En cuanto al titular del derecho parte de la legitimación activa abierta, para que cualquier persona pueda solicitar la información sin que deba acreditar un interés directo ni una afectación personal, determinándose además un elemento innovador en cuanto al ejercicio de este derecho vinculado con la difusión al establecer: "el ejercicio de este derecho incluye el derecho a divulgar la información, en el sentido de que circule en la sociedad para que ésta pueda conocerla, acceder a ella y valorarla".

Con relación al sujeto obligado señala: "… los obligados a proporcionar el acceso a la información pública son todas las autoridades públicas de todas las ramas del poder y de los órganos autónomos, de todos los niveles de gobierno. Inclusive, quienes cumplen funciones públicas, presten servicios públicos o ejecuten recursos públicos, en nombre del Estado", aquello es consecuente con el principio de transparencia que se irradia a todos los servidores públicos e instituciones.

En la sentencia de precedente constitucional obligatorio No. 29-21-JI y 34-21-JI/21[31] acumulados, la Corte Constitucional revisa dos acciones de acceso a la información pública presentadas por la Defensoría del Pueblo en contra del Ministerio de Salud

29. Ecuador, Corte Constitucional de Ecuador, "Sentencia No. 256-17-SEP-CC", Caso1553-12-EP, 18 de agosto de 2017.
30. Ecuador, Corte Constitucional de Ecuador, "Sentencia No. 006-17-SCN-CC", Caso 0011-11-CN, 18 de octubre de 2017.
31. Ecuador, Corte Constitucional de Ecuador, "Sentencia No. 29-21-JI y 34-21-JI/21", Caso 29-21-JI y 34-21-JI, 01 de diciembre de 2021.

Pública, en las que se solicita se entregue información sobre el número de vacunas, el listado de personas vacunadas y el protocolo de vacunación por el virus COVID-19; y resuelve sobre la información que debe ser entregada por considerarse pública. Adicionalmente, se destaca en esta sentencia importantes elementos relacionados con el acceso a la información pública y su vinculación con otros preceptos constitucionales como la participación ciudadana, la democracia, transparencia, buena gestión pública.

> 45. La publicidad, el acceso a la información y la participación ciudadana fortalecen la democracia, garantizan la transparencia y la buena gestión pública, previenen la corrupción mediante la fiscalización de la administración pública y de los recursos, facilitan la efectiva participación ciudadana, e impiden el ejercicio autoritario del poder porque obligan a publicar y motivar las decisiones que se toman.

En esta sentencia también se destaca la legitimación abierta para solicitar información pública, sin que para realizarla se deba justificar el interés directo de la persona solicitante o justificar el pedido; sin embargo, destaca que el derecho a la información pública no es absoluto, al operar la excepción a la regla cuando se trata de información calificada como reservada o confidencial, para lo cual el órgano público debe demostrar que cabe dicha excepcionalidad.

> 52. La Corte ha establecido que el derecho a la información pública no es absoluto y que tiene limitaciones y que constituyen excepciones a la regla: la información reservada y la información confidencial. La información reservada por razones de seguridad nacional, la que haya sido declarada previamente como tal por la autoridad competente y la información confidencial por el derecho a la privacidad e intimidad de las personas. En estos casos, le corresponde a las servidoras y los servidores públicos, a la entidad estatal o a la entidad tenedora de la información demostrar y motivar la excepcionalidad.

La institución de acceso a la información pública es quizá una de las garantías menos desarrolladas en el constitucionalismo ecuatoriano, desde una perspectiva normativa si bien existe una ley especial que regula este derecho como es la LOTAIP, al tener esta un carácter pre constitucional pese a estar vigente, entra en contradicción con la LOGJCC y con la propia Constitución, en donde, dicho sea de paso, el desarrollo del legislador y el constituyente también ha sido austero. Es por ello que los principales lineamientos y configuración de esta acción lo encontramos en el desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional, lo que nos invita a pensar en reformas integrales a la LOGJCC o la expedición de una nueva LOTAIP que articule los pronunciamientos del máximo órgano de administración de justicia constitucional, pues de la mano de este acceso están en juego importantísimos derechos como la transparencia de la administración, para de esta manera fomentar un Estado democrático, participativo y deliberativo.

5 Conclusiones

- Conforme a lo expuesto, el acceso a la información pública tiene una doble dimensionalidad, expresada como derecho y a su vez como una garantía jurisdiccional. En aquel sentido, el derecho de acceder a la información pública es un derecho que puede ejercerse directamente sin que medie un proceso jurisdiccional, se encuentra consagrado en el artículo 18 de la CRE y se ve interconectado con varios principios constitucionales como la transparencia, democracia, y lucha contra la corrupción. En caso no ser tutelado de manera directa e inmediata, se puede acudir a la garantía jurisdiccional de acceso a la información pública cuando exista una negativa expresa o tácita de acceder a la información estatal o a su vez, cuando la misma no sea completa o fidedigna.

- Dentro de la evolución del principio de transparencia en la administración pública se ha transitado desde una *arcana imperii* en cuanto a la información estatal, hasta la configuración de la regla de presunción de publicidad de la información, al establecer excepcionalidades relacionadas a la reserva y confidencialidad de cierto tipo de información, para lo cual se han desarrollado garantías normativas expresadas en legislación como la LOTAIP y la LOGJCC para que regulen esta acción, sin embargo, debido a la naturaleza pre constitucional de la primera de aquellas normas, mucho de su articulado no se adecua a los preceptos constitucionales y se contradice con disposiciones contenida en la ley de garantías, por lo que se debe emprender en una reforma integral de la LOTAIP para hacerla acorde con la Constitución y la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional ecuatoriana.

- El mayor desarrollo al acceso a la información pública se ha visto evidenciado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional en donde se ha delimitado a esta institución jurídica, y se han desarrollado importantes conceptos que permiten entender la naturaleza jurídica, el alcance y requisitos a observarse para que esta opere. No obstante, se requiere aún de regulación específica sobre el procedimiento y la forma de ejecución en cuanto a la entrega de la información pública estatal, por ejemplo, la forma, los medios y el tiempo en que debería entregarse la información solicitada.

- Finalmente, es importante que los diversos organismos públicos, sus autoridades y funcionarios mejoren los mecanismos de difusión y conocimiento de la información pública estatal, ya que la misma se convierte en un derecho constitucional y un baluarte en la configuración de un Estado democrático.

Conflicto de intereses:

El autor declara que no existe conflicto de intereses.

Referencias

Ávila-Santamaría, Ramiro. *El neoconstitucionalismo transformador.* Quito: Editorial Abya Yala, 2011.

Carpizo, Enrique. *Del Estado legal al constitucional de derecho.* México: Editorial Porrúa, 2015.

Ferrajoli, Luigi. *Garantismo: una discusión sobre derecho y democracia*, segunda edición. Madrid: Trotta, 2009.

Guerrero, Juan Francisco. *Las garantías jurisdiccionales constitucionales en el Ecuador*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2022.

Hobbes, Thomas. *Leviathán o la materia, forma y poder de una República eclesiástica y civil* México: Fondo de Cultura Económica, 2018.

Melo, Gabriela. "Acceso a la información pública", en *Manual de Justicia Constitucional ecuatoriana*, Jorge Benavides y Johel Escudero editores. Quito: CEDEC, 2013.

Navas, Marco, "El derecho de acceso a la información pública: elementos para comprenderlo y exigirlo mejor", en *La promoción del derecho de acceso a la Información Pública en el Ecuador*. Quito: Fundación Esquel - Fondo Justicia y Sociedad / Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales - Fundación Friedrich Ebert, FES-ILDIS, 2004.

Secretaría Nacional de *Transparencia de Gestión, Transparencia en la gestión pública y control social*, Jeanneth Yépez, coord.., Quito: Editorial Instituto de Altos Estudios Nacionales, 2010.

Trujillo Vásquez, Julio César. *Constitucionalismo contemporáneo. Teoría, procesos, procedimientos y retos.* Quito: Corporación Editora Nacional, 2013.

Original

Purpose of the relevance report by the General Controller's Office before initiating public Procurement Processes

Objetivo del Informe de pertinencia de la Contraloría General Del Estado previo al inicio de procesos de Contratación Pública

DOI: https://doi.org/10.33324/dicere.v2i1.903

Paola Fernanda Matute-Mera, 0009-0002-8584-5047 paolatute@hotmail.com
Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, Ecuador.

Recibido: 26-04-2024 **Revisado:** 26-10-2024 **Aceptado:** 01-03-2025 **Publicado:** 30-05-2025

Resumen

El presente artículo se ocupa del análisis de la naturaleza y el alcance del Informe de Pertinencia y Favorabilidad que emite la Contraloría General del Estado como parte del contrato público en Ecuador. Con un estudio de la legislación y doctrina, el trabajo examina si este Informe cumple su finalidad como mecanismo ex-ante, en vista de que existen competencias conjuntas de otras entidades, como es el Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP). Con fundamento en el precepto constitucional en el que se debe garantizar la calidad del gasto público conforme al Plan Nacional de Desarrollo, que se repite en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCP), si bien son suficientes la cantidad de organismos y los instrumentos normativos para ejercer el control sobre los procesos contractuales, hace que la introducción del Informe de Pertinencia por parte del CGE a partir de la reforma de 2021 sea realmente cuestionable sobre la finalidad de su utilidad.

Abstract

This article examines the analysis of the Informe de Pertinencia y Favorabilidad issued by the Office of the Comptroller General of the State (CGE) as part of the public contracting process in Ecuador. Based on a study of current legislation and legal doctrine, the paper examines whether said Report fulfills its intended role as an ex-ante mechanism, considering the overlapping competences of other entities, such as the National Public Procurement Service (SERCOP). Grounded in the constitutional provision that mandates the assurance of the quality of public expenditure per the National Development Plan a mandate reiterated in the Organic Law of the National Public Procurement System (LOSNCP) the paper argues that the existing number of oversight bodies and normative instruments is, in principle, sufficient to exert control over public procurement procedures. Consequently, the introduction of the Report on Relevance by the CGE, following the 2021 reform, raises questions as to the true purpose and utility of this mechanism.

Cómo citar: Matute-Mera, P. F. (2025). Objetivo del informe de pertinencia de la Contraloría General del Estado, previo al inicio de procesos de Contratación pública. *DICERE Revista De Derecho Y Estudios Internacionales, 2*(1), 66–79. https://doi.org/10.33324/dicere.v2i1.903

Palabras clave

Mecanismos de control, evaluación de pertinencia, análisis de favorabilidad, evaluación de competencias, gasto público.

Keywords

Control mechanisms, relevance assessment, favorability analysis, competencies evaluation, public expenditure.

1 Introducción

Para los profesionales vinculados a la Contratación Pública en el Ecuador, la transformación que dicha materia sufrió en el año 2008 ya no resulta un tema novedoso, por el contrario, el verdadero interés luego de casi quince años de haberse promulgado la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, es que uno de sus objetivos se cumpla, me refiero al planteado en el numeral 1 del artículo 9 de la citada Ley, el cual prevé como objetivo del Sistema Nacional de Contratación Pública, el de garantizar la calidad del gasto público y su ejecución en concordancia con el Plan Nacional de Desarrollo, objetivo sin duda ambicioso y deseable por el porvenir de nuestro país, pero que en la práctica, su cumplimiento aún no ha sido palpado, mucho más cuando por ejemplo, entre los años 2020 y 2022 se gastó un millón setecientos noventa y dos mil cuatrocientos treinta y uno con 43/100 dólares de los Estados Unidos de América (1'792.431,43), para la contratación de Murales Artísticos Proyecto Aeroarte[1]; elaboración e instalación de Esculturas Artísticas: Ave Fénix; Mariposa Morpheo; y, Mariposa Tecnicolor[2]; y, la contratación de los servicios para la organización, planificación y ejecución del Proyecto Fomentar la Cultura, Arte y Recreación[3], contrataciones cuya pertinencia o conveniencia podía ser cuestionada, cuanto más que en el año 2020 el Ecuador y el mundo entero afrontaban una pandemia provocada por el virus SARS-Cov-2, más conocido como COVID-19 y en el año 2021, se realizaron procesos de contratación vinculados a obras artísticas, cuando en ese año apenas y se habla de una recuperación económica post COVID - 19.

Empero de lo expuesto, resulta indispensable señalar que el presente artículo no se enfocará en las razones técnicas, jurídicas o políticas por las cuáles la Asamblea Nacional decidió incluir nuevamente la necesidad de que la Contraloría General del Estado emita un informe previo al inicio de un proceso de contratación pública sujeto a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, pues justamente en el 2008 tanto el Informe de Contraloría General del Estado como el de la Procuraduría General del Estado fueron eliminados, pero

1. Véase en el Sistema Oficial de Contratación del Estado – SOCE -, Código No. RE-OA-GSXXI-005-2020
2. Véase en el Sistema Oficial de Contratación del Estado – SOCE -, Código No. RE-OA-GSXXI-003-2021
3. Véase en el Sistema Oficial de Contratación del Estado – SOCE -, Código No. SIE-GADMSFD-016-2022

pese a esto en la actualidad el Informe de Pertinencia y Favorabilidad de la Contraloría General del Estado, es un requisito que debe cumplirse, motivo por el cual, el presente artículo busca más bien analizar si el objetivo que dicho Informe persigue, se cumple o no; y, con esto regresar al planteamiento inicial en cuanto a la necesidad de que el numeral 1 del artículo 9 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, se observe y aplique.

2 Instituciones competentes en el ámbito de control

Para avanzar en este estudio resulta indispensable enunciar a las instituciones públicas cuyas competencias están vinculadas al control del uso de recursos públicos; y, con ello verificar si estas competencias que se traducen en funciones, tienen una coexistencia armoniosa con la función de la Contraloría General del Estado, respecto del Informe de Pertinencia y Favorabilidad o por el contrario se evidencia una duplicidad de funciones, para lo cual paralelamente nos apoyaremos en algunos conceptos relacionados al control gubernamental.

José Martínez Fernández en su obra, *Contratación Pública y Transparencia: Medidas prácticas para atajar la corrupción en el marco de la nueva regulación*, precisa:

> Los mecanismos de control deben abarcar todas las fases de la contratación, desde la supervisión de los documentos técnicos que definen el objeto del contrato, al procedimiento de adjudicación, para terminar en una estricta vigilancia de que lo ejecutado corresponde con lo contratado. Se trata de supervisar el cumplimiento de la normativa durante todo el procedimiento de la contratación (control interno) y corregir con agilidad las irregularidades y depurar las responsabilidades correspondientes (controles externos). Un sistema de controles con el que todos los intervinientes en cada contrato perciban que una práctica ilícita es muy posible que sea descubierta y sancionada. Para ello es necesario reforzar la independencia, medio y funciones de todos los órganos de control[4].

Lo señalado por José Martínez se encuentra justificado, pues únicamente con la supervisión de los documentos técnicos que soportan un proceso de contratación pública, se podrá tener la certeza de que estos documentos atravesaron un proceso de revisión y, derivado de esta revisión hubo la oportunidad de corregirlos o ajustarlos dependiendo el momento en que dicha supervisión se haya realizado.

Control Ex - Ante

Por su parte Christian Iglesias[5] dentro de su trabajo de investigación señala que el control se lo efectúa en tres momentos diferentes: ***ex – ante***, concurrente y ***ex-post.*** El primero, es decir, el término ***ex ant***e es una alocución latina que se emplea, al igual que la frase ***antes del suceso***, para identi-

4. José Martínez Fernández, Contratación pública y transparencia: medidas prácticas para atajar la corrupción en el marco de la nueva regulación (Madrid: Wolters Kluwer España, 2016), 411.
5. Christian Iglesias Ramírez, "El control social en la contratación pública" (tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2016), 36.

ficar las medidas, políticas, procedimientos o normas que se establecen con el objetivo de lograr un adecuado funcionamiento de los organismos estatales, y un correcto ejercicio de las atribuciones encomendadas. El objetivo de estas medidas consiste en evitar resultados no deseados, al limitar las actuaciones de la administración estrictamente a las actividades necesarias para la consecución de los fines previstos.

Dicho esto, en materia de contratación pública, el momento en que se realice un proceso de control puede cambiar drásticamente el resultado de un proceso de contratación, así, el control *ex – ante*, permitirá la identificación oportuna de errores u omisiones, que necesariamente deben corregirse y subsanarse.

Conforme lo dispuesto en el numeral 19 del artículo 10 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y el numeral 1 del artículo 18 de su Reglamento General, el control *ex – ante* a la adjudicación de un proceso de contratación, lo realiza el Servicio Nacional de Contratación Pública, entidad competente y responsable de analizar y controlar todos los procesos de contratación pública; así como efectuar el control, supervisión de oficio o a petición de parte y el monitoreo de los procedimientos de contratación pública comprendidos en el ámbito de aplicación de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en la etapa preparatoria y precontractual.

Es justamente en esta parte donde amerita hacer una pausa y ahondar en la actividad de control y supervisión que el Servicio Nacional de Contratación Pública realiza, y con ello develar que entre esta actividad y la que realiza la Contraloría General del Estado con la emisión del Informe de Pertinencia y Favorabilidad estaría rosando la duplicidad de funciones.

Para lograr este objetivo se abordará la competencia del SERCOP en cuanto a su función de monitoreo y control vs un ejemplo Informe de Pertinencia y Favorabilidad emitido por la Contraloría General del Estado.

En el artículo "PROCESOS DE SUPERVISIÓN Y CONTROL, GARANTÍA DE USO DE LOS RECURSOS ESTATALES", desarrollado por el ingeniero Francisco Echeverría Recalde, se señalan los procesos que el SERCOP toma en consideración en un proceso de monitoreo:

*** Umbrales de Control (Montos Altos):** Cada Coordinación Zonal tiene diferentes comportamientos en cuanto a la cantidad de procedimientos de contratación publicados. Para cada una se determinó un umbral a partir del cual se efectúa la cobertura de control.

*** Priorizados:** Procedimientos remitidos al sistema de control por la máxima autoridad del SERCOP, atendiendo criterios de atención prioritaria.

*** Aleatorios:** Corresponde a una selección aleatoria de procedimientos de contratación publicados, los cuales entran a monitoreo, en relación a los presupuestos referenciales que se encuentren bajo el umbral determinado por cada Coordinación.

*** La denuncia administrativa** es aquella por la que se pone en conocimiento del SERCOP un hecho que requiere su intervención, sin que la persona esté ligada al procedimiento de contratación, pues no es necesario que demuestre interés directo sobre el asunto.

La recepción de una denuncia implica el inicio de un procedimiento de monitoreo.

> Adicionalmente, se cuenta con veedurías ciudadanas, que agrupan a personas y organizaciones que realizan vigilancia y control social de la gestión pública.
>
> En este caso las observaciones presentadas por ellos son procesadas como denuncias.[6]

En virtud de lo cual, el SERCOP solicita a cada entidad contratante, se tomen las medidas correctivas inmediatas en caso de haberse realizado observaciones y recomendaciones a determinado proceso de contratación publicado por la entidad contratante en el Sistema Oficial de Contratación del Estado – SOCE.

Lo dicho conforme lo previsto en los artículos 19 y 104.1 de la Codificación y Actualización de Resoluciones del SERCOP, que señalan:

> **Art. 19.- Observaciones a los procedimientos.-** Si en la labor de verificación y monitoreo de los procedimientos de contratación se debieren realizar requerimientos, observaciones o solicitar informes, éstos podrán ser notificados a través del Portal Institucional del Servicio Nacional de Contratación Pública, dentro del procedimiento correspondiente.
>
> **Art. 104.1.- Correcta definición del objeto de contratación.-** La entidad contratante definirá adecuadamente el objeto de la contratación, concerniente a la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras públicas o prestación de servicios incluidos los de consultoría, a efectos de determinar el tipo de procedimiento precontractual que se utilizará, y en estricto cumplimiento de los principios de trato justo, igualdad, concurrencia y transparencia.
>
> La definición del objeto de contratación deberá contar con la debida justificación técnica, reflejada en las especificaciones técnicas o términos de referencia, por lo que, los componentes del objeto de contratación deberán guardar una relación o vinculación razonable, acorde a las necesidades institucionales de la entidad contratante, y que de ninguna manera propendan a un tratamiento diferenciado o discriminatorio de los proveedores del Estado.
>
> (...) El Servicio Nacional de Contratación Pública, en uso de sus atribuciones de control, monitoreo y supervisión, en el caso de que identifique que la entidad contratante está llevando adelante un procedimiento de contratación que atente contra los principios previstos en el artículo 4 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación/Pública, a través de la errónea utilización de códigos CPC, objetos de contratación, especificaciones técnicas o términos de referencia, suspenderá dicho procedimiento en el Portal Institucional y notificará a la entidad contratante respecto de las conductas elusivas de los principios y objetivos del Sistema Nacional de Contratación Pública, solicitando las medidas correctivas inmediatas para dicho procedimiento y la aplicación inmediata de la recomendación de cumplimiento obligatorio emitida por el SERCOP.

De su parte la Contraloría General del Estado, dentro del Informe de Pertinencia y Favorabilidad realiza el siguiente ejercicio de revisión previo a emitir su pronunciamiento.

---

6. Francisco Echeverría, Asesor Institucional, Control y Supervisión, Edición No. 11, La Revista de la Contratación Pública, febrero 2015: https://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/wp-content/uploads/downloads/2015/03/Revista-EC_111.pdf. Pg. 3 y 4.

Documento	Detalle	Consta	No Consta	Observaciones
Formulario de Solicitud de Informe de Pertinencia	Objeto de la contratación	X		
	Tipo de contratación	X		Licitación
	Plazo de contratación	X		Se señala *"120 días calendario, contados a partir del Acta de Inicio de Obra suscrita por el administrador designado por la máxima autoridad en base al contrato respectivo"*; en este sentido, Se solicita revisar el artículo 116 del Reglamento General a la LOSNCP. El cómputo de plazo cuenta desde el día siguiente de su suscripción
	Presupuesto referencial de la contratación	X		La entidad adjuntó la Certificación Presupuestaria Nro. 1000057735 de 03 de marzo de 2021, con partida 750104, por el monto de USD 1'556.050,22 (Un millón quinientos cincuenta y seis mil cincuenta con 22/100 dólares de los Estados Unidos de Norteamérica) para la *"INTERVENCIÓN IN/TEGRAL PANECILLO FASE 1 - ETAPA 1"*
	Declaración de existencia presente o futura de recursos suficientes para cubrir las obligaciones derivadas de la contratación	X		
	Declaración de que la contratación consta en el Plan Anual de Contratación	X		En el Sistema Oficial de Contratación Pública, al Consultar el Plan Anual de Contratación se determina que la contratación consta en la línea 308 del PAC de la entidad a la fecha de revisión.

DOCUMENTACIÓN PREVIO AL INICIO DEL PROCESO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA	
Nombre de la Entidad Contratante:	MUNICIPIO DEL DISTRITO METROPOLITANO DE QUITO/GOBIERNO AUTÓNOMODESCENTRALIZADO DEL DISTRITO METROPOLITANO DE QUITO
RUC:	1760003410001
Unidad Requirente:	DIRECCIÓN DE EJECUCIÓN DE PROYECTOS PATRIMONIALES - IMP
Provincia:	PICHINCHA

DOCUMENTACIÓN PREVIO AL INICIO DEL PROCESO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA	
Ciudad	QUITO
Cantón	QUITO
Código del Proceso:	LICO-MDMQ-IMP-2-2021
Objeto de contratación:	INTERVENCIÓN INTEGRAL PANECILLO FASE 1 - ETAPA 1
Presupuesto	1389330.55

Documento	Detalle	Consta	No Consta	Observaciones
Estudio de Mercado	1.Análisis del bien o servicio a ser adquirido: características técnicas	X		i) El proceso responde a una "OBRA", por lo que NO aplica su "caracterización"; cuenta con Especificaciones Técnicas y Análisis de Precios Unitarios, que cumplen con la identificación del proceso de Obra, ii) La facilidad de adquisición en el mercado fue analizada considerando el CPC referido y adjudicaciones similares realizadas en años anteriores para lo cual, a través del portal de Compras Públicas y la herramienta Inteligente de Negocios del SERCOP (SAP Business Objects Explorer), concluyendo que por la naturaliza del proceso (OBRA), no se procede al análisis de Factibilidad. iii) La contratación y los precios se encuentran analizados en dólares americanos, por lo que no existe riesgo cambiario; además este proceso se encuentran registrados en el PAC de la institución y dispone de la respectiva Partida Presupuestaria. Conforme lo dispuesto en las normas de control interno de la Contraloría General del Estado. Aplica la Norma de Control Interno de la Contraloría General del Estado Nro. 408-11.
	2. Considerar los montos de adjudicaciones similares realizadas en los últimos dos años, previos a la publicación del proceso tanto de la entidad contratante como de otras instituciones.		X	Aplica la Norma de Control Interno de la Contraloría General del Estado Nro. 408-11.

Documento	Detalle	Consta	No Consta	Observaciones
Estudio de Mercado	3. Tomar en cuenta la variación de precios locales o importados, según corresponda. De ser necesario traer los montos a valores presentes, considerando la inflación (nacional e/o internacional); es decir, realizar el análisis a precios actuales		X	Aplica la Norma de Control Interno de la Contraloría General del Estado Nro. 408-11.
	4. Siempre que sea posible, se exhorta a las entidades contratantes a que cuenten con al menos tres proformas.		X	Aplica la Norma de Control Interno de la Contraloría General del Estado Nro. 408-11.

4. Síntesis:

4.1. De la revisión de los documentos remitidos por la entidad contratante que constan como anexo a la Solicitud de Informe de Pertinencia Nro. 000009, la información cumple con lo establecido en los artículos 27.1 y 27.2 de la reforma Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; de la misma manera, verificado el presupuesto referencia de la contratación consta detallado en la línea 308 con un valor del presupuesto referencial de USD $ 1´389.330,88 (Un millón trescientos ochenta y nueve mil trescientos treinta con 88/100 dólares de los Estados Unidos de Norteamérica).

4.2. La información de la Solicitud de Informe de Pertinencia 000009, tiene congruencia con la necesidad de contratación correspondiente a la INTERVENCIÓN INTEGRAL PANECILLO FASE 1 – ETAPA 1, del proceso de Licitación signado con el código Nro. LICO-MDMQ-IMP-1-2021; en consecuencia, el presente informe es pertinente y favorable, en los términos antes expuestos.

Los aspectos técnicos y económicos de esta contratación, son de exclusiva responsabilidad de la entidad contratante, por lo tanto, deberá observar de forma obligatoria lo previsto en el artículo 294.1 del Código Orgánico Integral Penal.[7]

Con el presente ejemplo, se logra evidenciar que la revisión realizada por la Contraloría General del Estado a la documentación remitida por la entidad contratante para la obtención del Informe de Pertinencia y Favorabilidad resulta ser la misma que el Servicio Nacional de Contratación Pública

7. Extracto del Oficio No. 0126 -DNCP-2021, emitido por la Dirección Nacional de Contratación Pública - Informe de Pertinencia Favorable, Quito, 02 de septiembre de 2021.

revisa durante la fase preparatoria de un proceso de contratación, por lo que cabe la pregunta:

¿Cuál es la diferencia entre la revisión del SERCOP y la revisión de la CGE a los documentos preparados por la entidad contratante durante la fase preparatoria?

Desde nuestro punto vista, la diferencia radica en los efectos que cada revisión puede producir, en el caso de la revisión realizada por el SERCOP, el efecto podría ser la suspensión del proceso o la recomendación de declaratoria de desierto del proceso, y en el caso de la CGE, la devolución del expediente a la entidad contratante a fin de que rectifique las observaciones levantadas por dicho ente de control.

La diferencia de los efectos que cada revisión produce radica en las competencias de cada entidad pública, sin embargo, se considera que el ejercicio de control es el mismo, pues en ningún momento la CGE se pronuncia de la pertinencia o conveniencia de la compra como tal, lo cual se analizará a mayor profundidad más adelante.

Control Concurrente y *Ex – Post*

Por su parte Victor Granda, señala que el control concurrente tiene lugar con el avance de la acción que se analiza; y, el control posterior, aquel que se ejecuta una vez consumada la operación a auditar. [8]

Al trasladar estos conceptos a nuestra materia, conforme lo previsto en los artículos 12,14, innumerado 33 y 19 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, tanto el control concurrente como el control posterior es realizado por Auditores Internos de la Contraloría General del Estado, y por la misma Contraloría durante un examen especial, respectivamente.

Ahora bien, debo referirme al artículo 204 de la Constitución de la República del Ecuador, el cual establece que el pueblo es el mandante y primer fiscalizador del poder público, en ejercicio de su derecho a la participación, con ello pretendemos justificar la razón por la cual no se enunció este artículo de manera previa, pues como tal, el "pueblo" no hace parte de las entidades públicas que ejecutan actividades de control, pero su desarrollo en la práctica contribuye al control ejercido por los ciudadanos frente al accionar del poder público; mismo que debe además ser impulsado por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, conforme el numeral 2 del artículo 8 de la Ley Orgánica del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social.

Finalmente, en esta línea de ideas debemos hablar de la Asamblea Nacional, como responsable de fiscalizar los actos de las funciones Ejecutiva, Electoral y de Transparencia y Control Social, y los otros órganos del poder público, y requerir a las servidoras y servidores públicos las informaciones que considere necesarias, al amparo del numeral 9 del artículo 120 de la Constitución de la República del Ecuador.

En virtud de lo expuesto podemos decir que en el Ecuador existen suficientes organismos responsables del control del poder público y su manejo de los recursos públicos, sin embargo, la Asamblea Nacional consideró necesario encargar a la Contraloría General del Estado determinar la pertinencia y favorabilidad de un proceso de contratación, aspecto que analizaremos a continuación.

8. Víctor Granda Aguilar, "El Derecho de Control y su relación con las modificaciones constitucionales y jurídicas en los modelos políticos y económicos en Ecuador (1990-2015)", *Universidad Andina Simón Bolívar, Ecuador*, 31 de agosto de 2016, 36-84, https://www.uasb.edu.ec/investigacion/el-derecho-de-control-y-su-relacion-con-las-modificaciones-constitucionales-y-juridicas-en-los-modelos-politicos-y-economicos-en-ecuador-1990-2015-446-id446/.

3 Objetivo del Informe de Pertinencia de la Contraloría General del Estado

Necesariamente a fin de adentrarnos a la parte medular del presente artículo, se mencionarán algunas disposiciones legales que darán sustento a la pregunta planteada, de sí se cumple o no con el objetivo del Informe de Pertinencia de la Contraloría General del Estado, incluso al deber repetir disposiciones legales enunciadas en el numeral anterior, todo ello con la finalidad de justificar nuestra al respecto.

La Constitución de la República del Ecuador en su artículo 280 establece que el Plan Nacional de Desarrollo es el instrumento al que deberán sujetarse las políticas, programas y proyectos públicos; la programación y ejecución del presupuesto del Estado; la inversión y la asignación de los recursos públicos, para el sector público su observancia es de carácter obligatorio y para los demás sectores, es indicativo.

El Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas en sus artículos 4 y 60, ordena a todas las entidades, instituciones y organismos comprendidos en los artículos 225, 297 y 315 de la Constitución de la República que sus planes de inversión garanticen y observen los techos institucionales y que garanticen y observen una eficiente calidad del gasto, entendida como aquella que contribuye al mayor cumplimiento de los objetivos del Plan Nacional de Desarrollo, la reducción de las desigualdades y la garantía de derechos.

Es importante recordar que el Estado para el cumplimiento de sus fines, debe realizar ciertas erogaciones en personal, ejecución de obras, adquisición de insumos, equipos, contratación de servicios, etc., todo lo cual entra en la esfera del gasto público.

Sin ahondar más en otras disposiciones legales, podemos evidenciar que desde la expedición misma de la Constitución de la República del Ecuador y el Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, en el año 2008 y 2010, respectivamente, las autoridades y servidores del Gobierno Central, Gobiernos Seccionales y Empresas Públicas, tenían y siguen teniendo la obligación de garantizar la calidad del gasto público.

Por su parte la Guía para la mejora de la calidad del gasto, versión 5.0 del año 2018, elaborado por el Consorcio de Gobiernos Autónomos Provinciales del Ecuador, nos enseña que:

La calidad del gasto público permite dar respuesta a demandas crecientes y garantizar:

- Buen Vivir continuo y de calidad de las personas y comunidades.
- Correcto uso de los recursos públicos.
- Adecuada inversión del dinero del ciudadano.
- Eficiencia y eficacia.
- Transparencia y Rendición de cuentas. Innovación y promoción de la innovación.
- Reducción de la pobreza y menos desigualdad.
- Minimizar el acopio de recursos innecesarios o duplicados.
- Uso maduro de las TIC por parte de todos los actores.

En esta misma línea de ideas el artículo 9 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, establece como objetivo prioritario del Sistema, entre otros:

Garantizar la calidad del gasto público y su ejecución en concordancia con el Plan Nacional de Desarrollo.

El numeral 19 del artículo 10 del cuerpo legal antes señalado, prevé como atribuciones del Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP):

19. Analizar y controlar todos los procesos de contratación pública, y en torno a este análisis emitir las recomendaciones de cumplimiento obligatorio o tomar acciones concretas según corresponda, así como poner en conocimiento de los organismos de control de ser pertinente, sin perjuicio de las demás establecidas en la normativa aplicable.

Adicionalmente el numeral 1 del artículo 8 del Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, se prevé como función del SERCOP

"1. Efectuar el control, supervisión de oficio o a petición de parte y el monitoreo de los procedimientos de contratación pública comprendidos en el ámbito de aplicación de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en la etapa preparatoria y precontractual".

La Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado también en el artículo 9 nos señala que el control interno constituye un proceso aplicado por la máxima autoridad, la dirección y el personal de cada institución que proporciona seguridad razonable de que se protegen los recursos públicos y se alcancen los objetivos institucionales.

En el mismo cuerpo legal el artículo 12 dispone que el ejercicio del control interno se aplicará en forma previa, continua y posterior.

Así el Control previo implica que los servidores deben analizar las actividades institucionales propuestas, antes de su autorización o ejecución, respecto a su legalidad, veracidad, conveniencia, oportunidad, pertinencia y conformidad con los planes y presupuestos institucionales.

Conforme se planteó en el numeral precedente, desde de nuestro punto de vista, en el Ecuador existen suficientes organismos llamados al control del poder y el gasto público y con la brevísima revisión de las disposiciones legales citadas, se considera también la existencia de suficiente normativa tendiente a proteger los recursos públicos y garantizar la calidad del gasto público.

No obstante, a finales del año 2021, la Asamblea Nacional, consideró que los organismos competentes con atribuciones específicas y las disposiciones legales vigentes no eran suficientes, y en la Ley Orgánica reformatoria al Código Integral Penal en materia anticorrupción, reformó la LOCGE y la LOSNCP, de la siguiente manera:

El 18.1 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, establece que en todos los procesos de contratación pública la Contraloría General del Estado emitirá un informe de pertinencia, como requisito previo a la suscripción de los procesos de contratación pública determinados en la ley de la materia.

El artículo 60 del Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública nos señala que previo al inicio de un procedimiento de contratación pública, la máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado, deberá solicitar a la Contraloría General del Estado un Informe de Pertinencia para dicha contratación;

y el artículo 70[9] del mismo cuerpo legal, nos establece excepciones para tal solicitud.

En el mismo artículo 18.1 se señala que el objetivo del informe es determinar la pertinencia y favorabilidad para la consumación de la contratación pública y analizar la pertinencia de la contratación; y, de manera específica, analizar el presupuesto referencial, el monto de la contratación, el tipo de la contratación, el plazo, la legalidad y la transparencia de la contratación pública.

De lo aquí señalado se puede interpretar que el personal de la Contraloría General del Estado, se vería en la ardua tarea de verificar los elementos de sustento empleados por cada entidad contratante para la determinación del presupuesto referencial, y derivado de aquello, la de verificar que el monto de contratación sea correcto, se consideró además que producto de estas disposiciones legales, el personal de la Contraloría emprendería ejercicios de análisis del objeto de contratación *versus* el tipo de contratación, analizaría adicionalmente del plazo fijado y si el mismo responde a aspectos de carácter técnico, concordante con las obligaciones fijadas para el contratista; finalmente, verificaría si toda la documentación guarda relación con las disposiciones legales vigentes y además garantizaría la transparencia de la contratación pública; y con todos estos elementos llegar a determinar la conveniencia y favorabilidad de la compra.

La razón de la interpretación realizada, deriva de la breve revisión a los términos "pertinencia" y "favorabilidad".

Gonzalo Ramos para la Edición #19 de la Enciclopedia Asigna, de año 2014, señala que la pertinencia es un concepto que remite a lo adecuado con respecto a una situación determinada.

Por otro lado, en el sitio web del *Institute of Health Profession Education & Research*, nos dice que la pertinencia es la oportunidad, adecuación y conveniencia de una cosa. Es algo que viene a propósito, que es relevante, apropiado o congruente con aquello que se espera.

Sin embargo, mediante Acuerdo No. 013-CG-2021, de 13 de agosto de 2021, el Contralor General del Estado, a nuestro entender, reduce o más modifica las competencias de dicho ente de control y nos dice que:

> "El pronunciamiento de la Contraloría General del Estado en el Informe contendrá una determinación de pertinencia en el sentido de concluir que la información proporcionada por la entidad contratante es congruente con la necesidad de la contratación declarada en la solicitud.
>
> Asimismo, se determinará la favorabilidad sobre el cumplimiento de la información provista por la entidad contratante respecto de los requisitos que establece la normativa vigente.
>
> No se valorará la utilidad o conveniencia de realizar la contratación ni otros aspectos concernientes a la gestión de la entidad contratante."

9. Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública: Art. 70.- Excepciones.- No se requerirá Informe de Pertinencia para los siguientes procedimientos de contratación:1. Las contrataciones por Catálogo Electrónico y Catálogo Dinámico Inclusivo que realicen las Entidades Contratantes mediante el portal institucional del Servicio Nacional de Contratación Pública; 2. Contratos complementarios definidos en el artículo 85 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; 3. Contratos modificatorios conforme al artículo 72 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; 4. Las contrataciones que no estén previstas o amparadas bajo las disposiciones de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; 5. Contrataciones fuera del ámbito de aplicación territorial contempladas en el artículo 3 de este Reglamento; 6. Procedimientos de selección de proveedores para catálogo electrónico y catálogo dinámico inclusivo; y, 7. Las contrataciones de ínfima cuantía.

Por lo tanto, si la Contraloría General del Estado no valora la utilidad o conveniencia de realizar una contratación, ¿Qué aporte brinda a la contratación pública? o dicho de otra manera, ¿Qué justificación encontramos para acudir a dicho organismo de control, si no va a realizar acciones concretas de control *ex - ante* y objetar el inicio de un proceso de contratación por considerarlo inconveniente, como aquel que en el año de recuperación económica post COVID – 19, tuvo como objeto la elaboración de esculturas artísticas?, la respuesta es no, no existe justificación al accionar de toda una entidad pública, si éste accionar no cumple con lo que la ley manda.

Ahora bien, se podría interpretar que el interés de la autora es que la Contraloría General del Estado cumpla con lo previsto en el artículo 18.1 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado y que lo establecido en el Acuerdo No. 013-CG-2021, de 13 de agosto de 2021, no es correcto, pero la realidad es otra.

La responsabilidad de planificar y llevar a cabo procesos de contratación pública, transparentes, eficientes, útiles, alineados al Plan Nacional de Desarrollo y garantes del gasto público, recae exclusivamente sobre cada Autoridad - Ordenadora de Gasto; y, dicha planificación debe contar con el respectivo sustento, técnico, legal y económico, algo que no responde a un criterio personal, sino que responde a las disposiciones legales enunciadas al inicio del presente numeral y que sin duda sirvió de sustento del Acuerdo No. 013-CG-2021, de 13 de agosto de 2021, Acuerdo entendible pero que revela la imposibilidad de la Contraloría General del Estado, de emitir un informe de pertinencia y favorabilidad en los términos que consideramos, los creadores de dicha disposición esperaban.

4 Conclusiones

El interés principal no solo de quienes estamos vinculados profesionalmente a la Contratación Pública en el Ecuador, sino de todos los ecuatorianos y ecuatorianas es que las entidades contratantes en cada uno de los procesos, garanticen la calidad de gasto y sus contrataciones se acerquen al cumplimiento de los objetivos del Plan Nacional de Desarrollo.

Antes de la reforma al Código Orgánica Integral Penal en materia anticorrupción y con ella la inclusión del Informe de Pertinencia y Favorabilidad de la Contraloría General del Estado previo al inicio de un proceso de contratación, existían disposiciones legales y entidades públicas responsables de ejecutar el control, supervisión y monitoreo de los procesos de contratación pública, cada entidad en el ámbito de sus competencias.

La Contraloría General del Estado, en virtud de lo previsto en el Acuerdo No. 013-CG-2021, de 13 de agosto de 2021, no cumple el objetivo previsto en el 18.1 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, si se considera que el Informe de Pertinencia y Favorabilidad no valora la utilidad o conveniencia de realizar la contratación ni otros aspectos concernientes a la gestión de la entidad contratante.

La Constitución de la República del Ecuador, el Código Orgánico de Planificación y Finanzas Púbicas, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento General de aplicación, prevén que la responsabilidad de planificar y llevar a cabo procesos de contratación pública, transparentes, eficientes, útiles,

alineados al Plan Nacional de Desarrollo y garantes del gasto público, recae exclusivamente sobre cada Autoridad - Ordenadora de Gasto dentro de las entidades contratantes.

Conflicto de intereses:

El autor declara que no existe conflicto de intereses.

Referencias

Echeverría, Francisco, *Control y Supervisión*, Edición No. 11, La Revista de la Contratación Pública, febrero 2015: https://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/wp-content/uploads/downloads/2015/03/Revista-EC_111.pdf. Pg. 3 y 4.

Granda Aguilar, Víctor, *El Derecho de Control y su relación con las modificaciones constitucionales y jurídicas en los modelos políticos y económicos en Ecuador* (1990-2015)", Universidad Andina Simón Bolívar, Ecuador, 31 de agosto de 2016, 36-84,

Iglesias Ramírez, Christian, *"El control social en la contratación pública"* (tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2016), 36.

Martínez Fernández, José, *Contratación pública y transparencia: medidas prácticas para atajar la corrupción en el marco de la nueva regulación* (Madrid: Wolters Kluwer España, 2016), 411.

Normativa Ecuador:

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

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCP) (2008), Registro Oficial Suplemento 395, 04 de agosto de 2008.

Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado (LOCGE) (2022), Registro Oficial Suplemento 595, de 12 de junio de 2022.

Código Orgánico de Planificación y Finanzas Púbicas (COPFP), Registro Oficial Segundo Suplemento, 306, 02 de octubre de 2010.

Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (RLOSNCP) (2022), Decreto Ejecutivo 458, de 12 de julio de 2022, Registro Oficial Suplemento 87 , 20 de junio de 2002.

Codificación y Actualización de Resoluciones del SERCOP, Resolución SERCOP 072, Registro Oficial Edición Especial 245, 29 de enero de 2018.

Original

Temporal limits of the right to Action in Administrative Litigation Proceedings

Límites Temporales del Derecho de Acción en los Procesos Contencioso-Administrativos

DOI: https://doi.org/10.33324/dicere.v2i1.898

Pablo Andrés Morales-Andrade, 0009-0002-5642-8009 pablo@morales.ec
Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, Ecuador.

María Gabriela Samaniego-Verdezoto, 0009-0008-4014-032X gsamaniego528@gmail.com
Universidad San Francisco de Quito, Quito, Ecuador.

Recibido: 14-07-2024 **Revisado:** 28-11-2024 **Aceptado:** 23-04-2025 **Publicado:** 30-05-2025

Resumen

Este artículo identifica las tensiones conceptuales creadas entre la caducidad y la prescripción. A pesar de que normativamente sus conceptos y efectos han sido correctamente prescritos y limitados, la jurisprudencia y doctrina nacional ha confundido ambas, lo cual ha derivado en que las cortes incurran en un yerro y vulneración de derechos constitucionales.

Palabras clave

tensiones conceptuales, vulneración de derechos constitucionales, preclusión, caducidad y prescripción.

Abstract

This article identifies the conceptual tensions created between expiration and prescription. Although their concepts and effects have been correctly defined and limited by law, national case law and doctrine have confused both terms, leading to courts continuing to make errors and violating constitutional rights.

Keywords

Conceptual tensions, violation of constitutional rights, preclusion, expiration and prescription.

Cómo citar: Morales-Andrade, P. A., & Samaniego-Verdezoto, M. G. (2025). Límites Temporales del Derecho de Acción en los Procesos Contencioso-Administrativos. *DICERE Revista De Derecho Y Estudios Internacionales, 2*(1), 80–99. https://doi.org/10.33324/dicere.v2i1.898

1 Introducción

La preclusión, caducidad y prescripción son instituciones que limitan los derechos y salvaguardan la seguridad jurídica. Las tres, son diferentes, sin embargo, en muchas ocasiones se utilizan como sinónimos o parte del concepto del otro, razón por la cual definirlas de manera diana es difícil.

Durante la última década la doctrina y la jurisprudencia ecuatoriana han desarrollado una línea de pensamiento opuesta al actual mandato literal de la ley en cuanto a la caducidad y la prescripción del derecho de acción, en la jurisdicción contencioso-administrativa. Por ello, el objetivo de este trabajo es comprender el alcance de estas dentro del marco normativo.

Para ello, se revisará de manera sucinta la normativa aplicable a la caducidad, prescripción y preclusión para revisar el desarrollo jurisprudencial del país desde una visión crítica que incluya la normativa y su aplicabilidad al umbral del Estado Constitucional de Derechos y Justicia.

2 Conceptos fundamentales

2.1 Preclusión

El proceso es una serie de pasos a seguir para llegar a resultados. En todos los procesos esos pasos se traducen en el ejercicio de derechos cuyos titulares son los encargados de ejercerlos en virtud del principio dispositivo. Sin embargo, el dejar libertad temporal a las partes causa inseguridad jurídica y en ocasiones la paralización del proceso por no ser conveniente a sus intereses. Por ello, existen fases procesales y dentro de estas un tiempo oportuno para ejercer las facultades.

El principio de oportunidad es el que cobija la existencia del tiempo oportuno para actuar dentro del proceso. La contrapartida de este es el principio de preclusión que es el responsable de la existencia de la preclusión como institución. La preclusión provoca la *"pérdida, extinción o consumación de una facultad procesal"*[1]. Es decir, que para que opere debe: i. existir un proceso; y, ii. un derecho adjetivo no ejercido dentro del término o plazo. La excepción a la concurrencia de estos dos requisitos es cuando la preclusión opera respecto de diligencias preparatorias[2].

Esto significa que la preclusión no opera respecto del derecho de acción porque este es aquel que faculta el inicio del proceso para reclamar derechos sustantivos y subsiste independientemente de la existencia de un proceso. La preclusión opera únicamente respecto de derechos relativos a actuaciones procesales.

---

1. Ricardo Nugent López-Chávez, "El Impulso Y La Preclusión Procesales", *Derecho PUCP*, n.º 13 (1953), 81-86. https://doi.org/10.18800/derechopucp.195301.005.
2. El artículo 141 del COGEP prescribe "[…]Todo proceso comienza con la presentación de la demanda a la que podrán precederle las diligencias preparatorias reguladas en este Código". En consecuencia, no exististe proceso cuando se llevan a cabo diligencias preparatorias. Ecuador, *Código Orgánico General de Procesos*, Registro Oficial 506, Suplemento, 22 de mayo de 2015, art. 141.

Según la doctrina, la preclusión opera en tres situaciones diferentes: i. al no haberse observado el orden preestablecido por la ley para ejercerla; ii. por haberse hecho uso de una actividad incompatible con la ejecución de otra anterior; y iii. por haber ejercido válidamente dicha facultad en una ocasión anterior. [3] [4]

Preclusión en el proceso judicial ecuatoriano

En Ecuador, la preclusión opera ipso facto al fenecer el tiempo para ejercer la facultad procesal, pero para que sus efectos se materialicen necesita ser declarada por el juez ya sea de oficio[5] o a petición de parte[6]. El efecto inmediato de la declaración de la preclusión es que la parte afectada no puede validar el ejercicio de su derecho procesal; por ejemplo, presentar la contestación de la demanda.

Exististe efectos indirectos que derivan de la declaración de la preclusión como el quedar imposibilitado de ejercer el derecho a la defensa por no haber presentado la contestación a tiempo, cuya consecuencia puede ser gravísima en los procesos ejecutivos[7].

El artículo 76 del Código Orgánico General de Procesos, COGEP[8] prescribe que la preclusión puede suspenderse: cuando la ley dispone, como es el caso de los eventos de fuerza mayor o caso fortuito y, cuando el juez ordena o cuando las partes acuerdan la suspensión.

2.2 Prescripción

La prescripción es la institución que extingue tanto acciones como derechos. Es decir, la extinción de un derecho adjetivo, el derecho de acción, o uno sustantivo, objeto de una litis. En el presente ensayo se excluye del análisis de este último, la prescripción adquisitiva. Importante resulta señalar que si prescribe el derecho de acción subsiste el sustantivo que puede ser reconocido con el carácter de obligación natural.

2.3 Caducidad

La caducidad es la institución que extingue el derecho no ejercido sin diferenciar el derecho adjetivo del subjetivo, así actúa simultáneamente respecto del derecho de adjetivo (acción) y el sustantivo. Para muchos es una institución propia del derecho público con el objetivo de crear más estabilidad en las actuaciones de la administración, pero en realidad aplica también en el derecho privado.

---

3. Ibid.
4. La situación a) ocurre cuando se ha dejado vencer el término previsto para el ejercicio de un recurso o acto procesal; por ejemplo, la contestación a la demanda; la situación b) sucede cuando se realiza un acto incompatible con el otro como es el caso de querer ejercer diligencias preparatorias después de haberse presentado la demanda; y la c) ocurre cuando termina el proceso ya sea por sentencia, transacción o cualquier otro medio, es decir ya se ejerció la facultad, y no puede volver a ejercerse; lo último guarda intrínseca relación con la cosa juzgada .
5. El juez tiene el deber de "Velar por el pronto despacho de las causas de acuerdo con la ley" y "Velar por una eficiente aplicación de los principios procesales" por lo que tiene la facultad de declarar la preclusión de oficio.
6. Esta posibilidad es parte de la existencia del principio dispositivo.
7. En los procesos ejecutivos si el demandado no contesta la demanda dentro del término, el juez debe dictar sentencia ordenando al deudor cumplir con la obligación sin ni siquiera tener audiencia. Ver, art.352,*Código Orgánico General de Procesos.*
8. "[…]Las o los juzgadores concederán además la suspensión de términos, por fuerza mayor, caso fortuito, enfermedad grave o impedimento físico de alguna de las partes o de sí mismos o por calamidad doméstica, siempre que al solicitar la suspensión se acompañen pruebas. La suspensión no se producirá de hecho, sino desde el momento en que la o el juzgador la conceda […]."

3 Controversia frente a la caducidad y la prescripción

Estas dos instituciones tienen como finalidad garantizar la seguridad jurídica y consolidar las situaciones jurídicas. Ambas instituciones son concebidas como fenómenos extintivos[9] de un derecho ya sea adjetivo como el de acción o cualquier sustantivo como el pago de un cheque. No operan respecto de derechos procesales como el de contestación a la demanda.

Estas similitudes han provocado discusión respecto de las características que distinguen a cada institución. La doctrina que se ha dedicado a su estudio ha llegado a confundirlas. Por ejemplo, Ramón Domínguez Águila manifestó:

> […]La caducidad significa una facultad o derecho potestativo tendente a modificar una situación jurídica cuando este derecho o facultad nace con un plazo de vida y que pasado este se extingue […] la prescripción significa que no nace con un plazo de vida, sino que, si durante determinado tiempo está inactivo, no se puede imponer, y puede ser exigible siempre que no se lo deja en desuso. [10]

Por su parte, Joaquín Escriche señala que caducar significa "Acabarse, extinguirse o perderse alguna cosa", y por caduco: *"Lo que pierde su vigor o cae en desuso, o se extingue y acaba, o queda sin efecto […] por otro acontecimiento; como […] derecho caduco…"*[11]

Al final la doctrina termina confundiendo la caducidad y la prescripción por tratar de diferenciarlas con base a su naturaleza, cuando en eso no exististe mayor discusión, ambas son instituciones que tienen como finalidad a la extinción de un derecho sustantivo o adjetivo; la diferencia radica en cómo operan y sus efectos.[12]

Ariano Adeho, basada en el código civil peruano de 1984 diferencia a la caducidad y la prescripción en virtud de la rigurosidad del efecto extintivo de cada institución donde *"tanto la prescripción como la caducidad están concebidas como fenómenos extintivos: La primera de la acción, pero no del derecho mismo […]; mientras que la segunda del "derecho y la acción correspondiente"*[13]

Esta distinción y definición es precisa, pues recoge la literalidad de lo prescrito en las leyes respecto de la caducidad y la prescripción, al ser tal que no solo encasilla el espíritu del código civil peruano, sino del ecuatoriano que recoge el concepto de prescripción y de la Ley de Enjuiciamiento Civil de España, que recoge el concepto de caducidad.

---

9. Eugenia Ariano Deho, "Reflexiones Sobre La Prescripción Y La Caducidad a Los Treinta Años De Vigencia Del Código Civil", *THEMIS Revista De Derecho*, n.° 66 (2014), 329-36, https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/12703.
10. Ramón Domínguez Aguila, Ramón, "La Prescripción y Caducidad", en *La prescripción extintiva doctrina y jurisprudencia*, (Argentina, Editorial: Prolibros,2020), 126.
11. Joaquín Esrinche, "Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia", *UNAM*, 15 de febrero de 1851, http://ru.juridicas.unam.mx:80/xmlui/handle/123456789/9337.
12. Ariano Deho, "Reflexiones Sobre La Prescripción Y La Caducidad", 329-36.
13. Ibid.

3.1 Caducidad y prescripción en la legislación ecuatoriana

La prescripción, según el Código Civil ecuatoriano, es la institución que *"extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso, durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones"*[14]. Es decir, es una institución que actúa por cuerda separada en cuanto a la extinción del derecho adjetivo y el sustantivo. Es tal que puede prescribir el derecho de acción y no el derecho sustantivo objeto de la traba de la litis.

En la normativa ecuatoriana no exististe una definición expresa de caducidad, pero sí regulaciones respecto de los efectos que provoca; siempre depende del derecho respecto del cual opera.

Existe una definición en el Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina, donde la caducidad ha sido tratada como aquella institución que *"extingue el derecho no ejercido"*[15]. No diferencia el derecho adjetivo del subjetivo, lo cual avala la definición de caducidad propuesta. Al no diferenciar los derechos, se entiende que la caducidad actúa simultáneamente respecto del derecho de adjetivo (acción) y el sustantivo.

Es indispensable comprender la estructura y función de la relación jurídica, para entender el tipo de derechos que los sujetos pueden ejercer[16]. Para atenderlos y tratarlos correctamente cabe analizar los distintos supuestos en lo que aplica la caducidad o la prescripción.

El ordenamiento jurídico ecuatoriano contempla varios supuestos bajo los cuales operan la prescripción y la caducidad, al ser esta la distinción fundamental entre ambas, a continuación, se analizarán los supuestos más relevantes de la legislación ecuatoriana respecto de la aplicación y operación de las instituciones en el derecho sustantivo.

3.2 Caducidad y prescripción de un derecho sustantivo

La jurisprudencia ecuatoriana[17] y alguna doctrina[18] considera que la caducidad es una institución propia del derecho público; sin embargo, el primero se refiere a que se aplica a la rama del derecho público respecto del derecho de acción; el segundo, a que se trata como derecho público por referirse al derecho de acción que es de naturaleza pública[19].

Lo manifestado por la doctrina hace sentido, dado que, como ya se explicó, la caducidad no difiere de la prescripción por la rama del derecho a la que aplican sino por sus efectos. Tanto la caducidad como la prescripción operan respecto de derechos adjetivos o sustantivos independientemente de su rama, tal es así que la caducidad se recoge en los códigos civiles de distintos ordenamientos jurídicos[20].

---

14. Ecuador, *Código Civil*, Registro Oficial 46, Suplemento, 24 de junio de 2005, art. 2414.
15. Ibid., art. 2566.
16. Licurgo Mourão, "Prescripción y caducidad como excepción en el derecho público", en *Actualidad del Contencioso Administrativo y otros Mecanismos de Control del Poder Público*, coord..Alejandro Canonico Sarabia (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2013), 372.
17. *Ver,* el proceso No. 37-2014, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia de 31 de agosto de 2015, y el artículo 1 de la Resolución No. 13-2015 Primer Suplemento del Registro Oficial No. 621, de 5 de noviembre de 2015.
18. *Ver*, José Chiovenda, *Principios del Derecho Procesal Civil.* (Madrid: Reus, 2000), 1:71.
19. El derecho de acción es la facultad que permite a los ciudadanos acudir ante un juez para exigir sus derechos. Siendo así resulta que el derecho de acción es de interés privado, pero se trata como de naturaleza pública porque se inmiscuye un juez para resolver el conflicto y es el Estado quien en principio tiene el deber de ejercer la potestad de administrar la justicia.
20. Por ejemplo, el Código Civil del Perú, Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina, Código Civil de Brasil.

Aclarado esto, cabe distinguir una vez más que la caducidad y la prescripción difieren por los efectos que su operación despliega, y son más severos los de la caducidad, pues un derecho caduco carece de toda existencia al operar la extinción del derecho sustantivo y la acción simultáneamente; en cambio un derecho prescrito sobrevive disminuido en su eficacia, inclusive puede subsistir en el carácter de obligación natural[21]. Pues, si prescribe el derecho de acción subsiste el sustantivo que puede ser reclamado o reconocido por un mecanismo distinto[22].

La administración pública requiere funcionar con eficacia y eficiencia. Para lo que se requiere que las situaciones jurídicas se consoliden de manera más rápida en virtud del bienestar social. Es por ello por lo que la legislación prescribe mayor número de casos en los que se aplica la caducidad dentro de las leyes del derecho administrativo mismas que analizaremos a continuación.

3.3 Caducidad y prescripción normas que regulan el derecho administrativo

La caducidad en el derecho administrativo aplica por un lado a las potestades de los órganos administrativos; y, por otro, a los derechos de los administrados frente a la administración, estos provocan efectos directos en los procedimientos, y actuaciones de los órganos administrativos como los actos administrativos y contratos.

La caducidad y prescripción de la facultad administrativa

La competencia es la medida en la que la constitución y la ley habilitan a un órgano para obrar o ejercer sus facultades. La competencia está limitada por tiempo, materia, territorio y grado[23]. Para nuestra discusión solo amerita tratar el límite temporal. Las instituciones que limitan el ejercicio de facultades administrativas en el tiempo son la caducidad y la prescripción.

En el COA **caduca el ejercicio de la potestad sancionadora**, determinadora o cualquier otra, de carácter gravoso cuando iniciadas las actuaciones previas, la administración no notifica al administrado con la decisión de inicio del procedimiento en seis meses desde la orden de inicio de actuaciones previas[24]. La norma prescribe que la caducidad aplica respecto del ejercicio de la potestad; en consecuencia, los efectos de la caducidad recaen sobre las actuaciones realizadas en ejercicio de esta mas no sobre la facultad en sí misma. Por ello, el efecto es la extinción de las actuaciones y su archivo.

Otro caso, es la caducidad de la potestad sancionadora cuando la administración no culmina el procedimiento en el plazo previsto.[25] Aquí la norma prescribe que la caducidad opera respecto del procedimiento y como efectos su extinción, el archivo de las actuaciones[26] y la terminación del procedimiento[27]. Deja a salvo la competencia y facultad revistiéndola del

21. Jorge Joaquín Lambias, *Código Civil Anotado*, (Buenos Aires: Abeledo-Perrot,1979), 23.
22. Prescrita la acción, el titular del derecho sustantivo a ser reclamado puede acudir a otras sedes como la mediación a que su derecho sea reconocido.
23. Ecuador, *Código Orgánico Administrativo*, Registro Oficial 31, Suplemento, 7 de julio de 2017, art. 116.
24. Ibid., art. 179
25. Ibid., art. 244
26. Ibid, art. 244
27. Ibid, art. 201 número 5.

límite de la prescripción. Así la administración puede volver a iniciar un nuevo procedimiento mientras no opera la prescripción de la potestad sancionadora. Dicho de otra manera, la competencia y la facultad no se extinguen mientras no prescriben.

El artículo 201 número 5 del COA diferencia entre la caducidad del procedimiento y la potestad pública, con la razón que amerita porque, aunque están relacionados, son dos supuestos distintos.

La prescripción implica que la potestad se mantiene, pero deja de ser oponible. La ley al asignar la prescripción de la facultad salvaguarda su existencia, pero impide que la administración ejerza las acciones correspondientes a la exigibilidad de la obligación que el ejercicio de su facultad implica frente a quien debe cumplirla.

El COA recoge la prescripción respecto de las sanciones y dispone *"las sanciones administrativas prescriben en el mismo plazo de caducidad de la potestad sancionadora, cuando no ha existido resolución […]"*[28]. Es decir, las diferencia aun cuando el plazo sea el mismo. Esto significa que al operar la caducidad como consecuencia se tornó inoponible la imposición de la sanción.

La norma guarda la existencia de la sanción para que pueda ser exigible de iniciarse un nuevo procedimiento sancionatorio, mientras no prescriba el ejercicio de la potestad sancionadora, e incluso esta pueda ser cumplida por el administrado como natural. Lo último implica un resguardo del peculio público, en este sentido si llegara a ocurrir que el administrado pague una multa prescrita, es el cumplimiento de una obligación natural[29] no constituyéndose un pago de lo no debido, por lo que el administrado no puede exigir su devolución.

Por su parte, la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado también marca la diferencia entre caducidad y prescripción. En este caso la caducidad opera sobre las facultades de Contraloría para:

> pronunciarse sobre las actividades de las instituciones del Estado, y los actos de las personas sujetas a esta Ley, así como para determinar responsabilidades, caso de haberlas, […] caducará en siete años contados desde la fecha en que se hubieren realizado dichas actividades o actos […] facultad para resolver los recursos de revisión de una resolución original, o de reconsideración de una orden de reintegro, […] y declaración patrimonial juramentada en los casos de los ciudadanos elegidos por votación popular, presentada al término de sus funciones[30]

La caducidad en esta norma aplica en facultades específicas y conlleva su extinción. Así, por ejemplo, la Contraloría después de 7 años contados desde la fecha en que se realizaron las actuaciones, no puede iniciar procedimiento sancionatorio alguno. Esta norma, al igual que todo el sistema de control de legalidad de las actuaciones de la administración, prioriza la consolidación de las situaciones jurídicas, pues no diferencia la caducidad de las facultades con su prescripción, lo que implica que aquí la caducidad extingue todo, inclusive la competencia de la Contraloría[31].

---

28. Ibid, art. 246.
29. *Código Civil*, art. 1486 "Naturales, las que no confieren derecho para exigir su cumplimiento; pero que, cumplidas autorizan para retener lo que se ha dado o pagado debido a ellas. Tales son: […] Las obligaciones civiles extinguidas por la prescripción […]. *Código Civil*, art. 2196 "No se podrá repetir lo que se ha pagado para cumplir una obligación puramente natural de las enumeradas en el Art. 1486".
30. Ecuador, *Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado*, Registro Oficial 595, Suplemento, 9 de febrero de 2024, art. 71.
31. *Ver*, Quintana, Ismael, *Manual de Responsabilidades en la Contraloría General del Estado* (Ecuador: Corporación de estudios, 2021), 111.

En la LOCGE la prescripción se reserva para el cobro de obligaciones y las acciones para lograr dicho fin. Esto revela la intención de cuidar que el derecho de cobro no se extinga, y quede abierta la posibilidad de recuperar el peculio a pesar de que no sea exigible[32], al dejar claro que la norma si diferencia las dos instituciones. Podría entonces llegar a ocurrir que la Contraloría dicte un acto administrativo que determine responsabilidades e imponga el pago pecuniario posterior a la operación de la caducidad de su facultad determinadora. Si a quien se le determinó la responsabilidad paga, estaría cumpliendo una obligación natural.

La sistemática acogida de la prescripción en el ordenamiento jurídico entonces concuerda con la definición de Elodoy Nassar para quien la prescripción es la *"extinción de la iniciativa de punir"* por parte del Estado; lo que No significa que sea la pérdida del derecho de cobro de sanciones o semejantes, porque una vez más sobrevive la obligación natural.

3.4 Efectos de la caducidad en los procedimientos administrativos

Finalmente, cabe distinguir los efectos de que la caducidad de acuerdo con la fase en la que es declarada. Si el proceso no ha finalizado extingue el proceso y se declara su terminación[33]; si existe un acto administrativo de por medio se declara la caducidad y la extinción del acto administrativo[34].

Caducidad de los derechos del administrado

La caducidad en este supuesto no afecta a la administración pública sino al administrado. Sucede respecto de los derechos que otorga el Estado a los particulares o entidades estatales, comúnmente sucede en la prestación de servicios públicos y la gestión de sectores estratégicos. En estos casos el Estado, mediante acto administrativo o contrato, otorga un derecho limitado por distintas condiciones, tiempo y obligaciones para que los particulares u otra entidad del Estado que carezca de la titularidad del derecho, pueda participar de actividades que en principio solo las puede realizar la entidad estatal titular del derecho.

La caducidad opera ipso iure por el incumplimiento de obligaciones y condiciones impuestas en el acto o contrato[35]. Por ejemplo, la Ley Orgánica Reformatoria a la Ley de Minería prescribe que los derechos mineros "caducan en el caso de que sus titulares hayan incurrido en las causales de caducidad establecidas en los artículos 69, 79, 81, 93 y 125, y en el presente Capítulo, y más disposiciones de esta Ley".

Una de las causales es que está prohibido emplear a niños, niñas o adolescentes a cualquier título en toda actividad minera[36]. Es decir, si a quien se le ha adjudicado el derecho incumple con esta obligación, de pleno derecho se extinguen sus derechos mineros. Si estos fueron otorgados por un

32. A excepción de las obligaciones civiles originadas a consecuencia de la comisión de delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito, establecidos en sentencia judicial ejecutoriada, que serán imprescriptibles. *Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado*, art. 75.
33. *Código Orgánico Administrativo,* art. 201.
34. *Código Orgánico Administrativo*, art. 103 número 4.
35. Efraín Pérez, *Manual de Derecho Administrativo*, Ed. Tercera (Quito: Corporación de estudios, 2020), 488.
36. Ecuador, *Ley 45*. Registro Oficial 517, Suplemento, 29 de enero de 2009.

acto administrativo, se revoca la delegación excepcional conferida por el Estado para el ejercicio de las actividades mineras[37]; si fueron otorgados por contrato, este se termina[38].

En este caso la caducidad y la extinción de las facultades opera a futuro al resguardar lo ocurrido durante la vigencia del derecho otorgado. Así se conserva, por ejemplo, la responsabilidad por daños ambientales del ex titular del derecho[39]. Por ello la consecuencia es la terminación del contrato no la resolución.

Lo mismo ocurre en el sector energético con la autorización de operación a entidades públicas y el contrato de concesión a privados para que participen en el sector eléctrico[40]. En ambos casos, una de las causales de caducidad, es la de operar sin autorización o contrato, respectivamente[41].

Esta causal llama la atención porque refleja la intención de la normativa de consolidar las situaciones jurídicas entre la administración y los administrados, pues sin importar que no haya tenido permiso si se participó en el sector eléctrico, el derecho busca acabar con ello. Lo importante aquí es el efecto que la norma aduce a la caducidad y es que la institución tenga efectos a futuro; la ley prescribe que la caducidad surte efecto desde su notificación[42].

En estos casos no existe prescripción, pues los derechos sustantivos se otorgan con base a condiciones y limitaciones iniciales que al efectuarse provocan la cesión absoluta de ese derecho, es decir, la extinción. La lógica es dar certeza jurídica a los administrados de la vigencia de los derechos otorgados en virtud del contrato o acto administrativo, mismos que no pueden ser eternos, dado que cumplen con un objeto o fin específico.

El atribuir la prescripción significaría que a quien se le adjudicó el derecho conserve el derecho sustantivo, lo cual es incompatible con la Constitución y las leyes ecuatorianas, especialmente respecto de derechos de los cuales el único titular es el Estado, como es el caso de los servicios públicos y la gestión de sectores estratégicos. En este supuesto, el Estado nunca pierde la titularidad del derecho, solamente realiza una delegación para el cumplimiento de un objeto específico, por eso únicamente puede operar la caducidad.

4 La Jurisdicción Contencioso-Administrativa

El Estado moderno se fundamenta en el sometimiento del poder público al ordenamiento jurídico, basado en los derechos de los habitantes y su tutela[43] como respuesta al ejercicio del poder y su auto tutela.

37. Ibid., *art. 20*.
38. Ibid., *art. 20* literal b).
39. Ibid., *art. 20* párrafo cuatro.
40. *Ver*, Ecuador, *Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica*, Registro Oficial 418, Suplemento, 16 de enero de 2015, artículo innumerado anterior al 35.
41. Ecuador, *Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica*, Registro Oficial 418, Suplemento, 16 de enero de 2015, art.35 número 8 y art inumerado anterior al 35 número 5.
42. *Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica*, art. 35 e inumerado anterior al 35.
43. Héctor Pozo, "Proceso Administrativo y Control Judicial", en *Derecho Procesal Administrativo*, Dir. Carlos Cassagne (Argentina: Editorial La Ley, 2011), 277.

El ciudadano tiene tres formas directas de controlar el poder: el sufragio, la petición y la tutela judicial efectiva. La tercera es de nuestro interés, este derecho comprende una serie de garantías, entre ellas el acceso a la justicia, el debido proceso, entre otras; sin embargo, de manera global, este se consolida en la eficiencia del proceso como mecanismo para la prevención de acciones ilegítimas por parte del Estado, especialmente de la administración pública[44], cuestión de la que se encarga la jurisdicción contenciosa administrativa. En Ecuador esto lo recoge el artículo 300 del COGEP[45].

El principal objeto de la jurisdicción contenciosa administrativa es ser el mecanismo de control de poder, de la posibilidad que tiene la administración de auto tutelar sus derechos y, por tanto, ser la garantía de derechos a los ciudadanos. Este deber se robustece en el Ecuador al ser un Estado Constitucional de Derechos y Justicia[46]. Lo que, sin matices, significa superar el paradigma del Estado de legalidad, con la ley como centro del sistema, para sobreponer a la Constitución como la norma jurídica primigenia y fuente de todo el ordenamiento jurídico, su aplicación directa, para colocar al ciudadano y sus derechos en el centro del sistema, con el valor de la justicia como pilar del ordenamiento jurídico.

Las acciones enlistadas en el artículo 326 del COGEP[47] son el único mecanismo que los administrados tienen para activar la jurisdicción contenciosa administrativa y conseguir la garantía de sus derechos y el control del poder dentro de esta jurisdicción; además de la limitante que la administración tiene para la autotutela, obligándole a acudir a la hetero tutela administrativa. Las acciones del artículo 326 del COGEP materializan la tutela judicial efectiva, derecho recogido en el artículo 75 de la Constitución.

La Corte Constitucional del Ecuador ha manifestado que este derecho abarca: *"el acceso efectivo a tribunales, que la pretensión jurídica (objeto de la litis) sea analizada dentro de un proceso formal, y que sea resuelta por los tribunales mediante una sentencia vinculante"*[48]. Cabe aclarar que la tutela judicial efectiva no significa éxito en la pretensión, simplemente es garantizar que el ciudadano tenga acceso a los tribunales, que su pretensión sea analizada y resuelta sea o no favorable la decisión.

La caducidad extingue el derecho de acción y el sustantivo que la fundamenta de manera simultánea, en cambio la prescripción no opera de esta manera, esta institución salvaguarda el derecho de fondo. De esta manera, el legislador congruente con

44. Fernando García Pullés, "El proceso contencioso administrativo como instrumento de control", en *Derecho Procesal Administrativo*. Dir. Carlos Cassagne (Argentina, Editorial La Ley,2011), 161.
45. Art. 300.- Las jurisdicciones contencioso tributaria y contencioso administrativo previstas en la Constitución y en la ley, tienen por objeto tutelar los derechos de toda persona y realizar el control de legalidad de los hechos, actos administrativos o contratos del sector público sujetos al derecho tributario o al derecho administrativo; así como, conocer y resolver los diversos aspectos de la relación jurídico-tributaria o jurídico administrativa, incluso la desviación de poder.
46. Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador,* Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 1.
47. Art. 326.- Acciones en el procedimiento contencioso administrativo. Se tramitarán en procedimiento contencioso administrativo las siguientes acciones; 1. La de plena jurisdicción o subjetiva que ampara un derecho subjetivo de la o del accionante, presuntamente negado, desconocido o no reconocido total o parcialmente por hechos o actos administrativos que produzcan efectos jurídicos directos. Procede también esta acción contra actos normativos que lesionen derechos subjetivos. 2. La de anulación objetiva o por exceso de poder que tutela el cumplimiento de la norma jurídica objetiva, de carácter administrativo y puede proponerse por quien tenga interés directo para deducir la acción, solicitando la nulidad del acto impugnado por adolecer de un vicio legal. 3. La de lesividad que pretende revocar un acto administrativo que genera un derecho subjetivo a favor del administrado y que lesiona el interés público.
4. Las especiales de: a) El pago por consignación cuando la o el consignador o la o el consignatario sea el sector público comprendido en la Constitución de la República. b) La responsabilidad objetiva del Estado.
c) La nulidad de contrato propuesta por el Procurador General del Estado, conforme con la ley. d) Las controversias en materia de contratación pública. e) Las demás que señale la ley.
48. Ecuador, Corte Constitucional, "Sentencia 028-14-SEP-CC", caso *No. 1926-12-EP,* 12 de febrero de 2014.

los fines del ordenamiento jurídico ecuatoriano ha previsto en derecho procesal únicamente la prescripción de las acciones.

4.1 La caducidad y la prescripción en el COGEP

El Código Orgánico General de Procesos recoge la caducidad y la prescripción como excepciones previas. Al referirse a la prescripción, esta se circunscribe únicamente a la temporalidad en la presentación de las acciones judiciales. Cada situación que recoge esta norma opera diferente, por lo que se procederá a puntualizar el papel de cada institución en el COGEP.

La caducidad y la prescripción como excepción previa

La pretensión del actor determina el objeto del proceso, la defensa del demandado frente a esto son las excepciones tanto dilatorias como perentorias. Así, estas pueden ser la negativa a los hechos positivos que aborde el fondo del asunto o de aquellas llamadas previas que atacan directamente a la acción.

Las excepciones previas se interponen en la fase de saneamiento del proceso con el fin de avanzar solo si existiese validez procesal, evitar nulidades, o exigibilidad de la pretensión. De acuerdo con el COGEP las excepciones previas son:

> 1. Incompetencia de la o del juzgador. 2. La incapacidad o falta de personería de la parte actora o su representante. 3. Falta de legitimación en la causa o incompleta conformación de litis consorcio. 4. Error en la forma de proponer la demanda, inadecuación del procedimiento o indebida acumulación de pretensiones. 5. Litispendencia. 6. Prescripción. 7. Caducidad. 8. Cosa juzgada. 9. Transacción. 10. Existencia de convenio, compromiso arbitral o convenio de mediación.

Estas excepciones pueden ser dilatorias o perentorias. Las primeras atacan la validez de los presupuestos procesales[49], las segundas afectan la pretensión, es decir, el fondo de la controversia, este es el caso de la caducidad y la prescripción[50].

Las excepciones previas se interponen en la contestación a la demanda[51] y son tratadas en la audiencia preliminar[52]. El COGEP prescribe como excepción previa a la prescripción y a la caducidad[53]. En el caso específico de lo contencioso-administrativo ambas excepciones se pueden proponer respecto del derecho de acción, con la particularidad de que la caducidad extingue a la acción y al derecho sustantivo.

La prescripción no extingue el derecho del que deriva la acción a la que se ha opuesto, pero sí, de las pretensiones que se quieran hacerse valer a través de la acción. En pocas palabras, la prescripción se supedita a la acción y no a la relación jurídica[54]. De allí que esta deba alargarse por quien se

49. Por ejemplo, la excepción de competencia, y la de, capacidad.
50. Enrique Vescovi, *Teoría General del Proceso* (Bogotá: Editorial Temis, 2020).
51. *Código Orgánico General de Procesos*, art. 151.
52. *Código Orgánico General de Procesos*, art. 294.- "Desarrollo. La audiencia preliminar se desarrollará conforme con las siguientes reglas: 1. Instalada la audiencia, la o el juzgador solicitará a las partes se pronuncien sobre las excepciones previas propuestas. De ser pertinente, serán resueltas en la misma audiencia".
53. *Código Orgánico General de Procesos*, art.153 "Excepciones previas. Solo se podrán plantear como excepciones previas las siguientes: […]6. Prescripción. 7. Caducidad".
54. Licurgo Mourão, "Prescripción y caducidad como excepción en el derecho público", 386.

beneficia, inclusive puede ser alegada por terceros con interés, pero no puede ser declarada de oficio por el juez.

En palabras de Licurgo Murão, *"la prescripción es una institución creada para liberar a la persona contra la cual no se ejerce la acción, por eso se extingue en perjuicio del titular del derecho al que es correlativa"*. Es decir, la prescripción de la acción no afecta al derecho de fondo, solamente pierde eficaz cia por la extinción del mecanismo para proponer su exigibilidad.

La caducidad es diferente, no se plantea respecto del derecho de acción, esa posibilidad no cabe dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, por la obvia razón de que al operar respecto del derecho sustantivo extingue la acción. Resultaría contrario al ordenamiento jurídico ecuatoriano la caducidad de la acción, pues restringiría el derecho a la tutela judicial efectiva.

La caducidad como excepción previa se va a proponer respecto de los derechos o potestades caducas explicadas en el apartado anterior de este trabajo. Por ejemplo, se va a proponer la caducidad del derecho de concesión minera; si esta excepción se fundamenta, el juzgador dictará sentencia y pondrá fin al proceso, puesto que el derecho del proponente se ha extinguido previamente, cuestión que implicaría que también en ese momento perdió la posibilidad de exigirlo mediante la acción.

En lo contencioso-administrativo, los derechos o potestades caducas usualmente se relacionan con otras cuestiones como la nulidad del acto administrativo que declaró la caducidad; por ello, no se puede extinguir la acción, se dejaría en total indefensión al administrado y se impediría a los tribunales contencioso-administrativos cumplir con su finalidad: controlar el poder y garantizar los derechos de los administrados.

Las dos excepciones atacan el fondo del proceso, la prescripción porque hace inexigible el derecho sustantivo y la caducidad porque no existe el derecho sustantivo, y en consecuencia no se puede exigir lo que no se tiene.

La caducidad y la prescripción de las acciones

El COGEP respecto del derecho de acción no recoge la caducidad, tampoco lo hace el Código Civil ecuatoriano. El COGEP prescribe únicamente la prescripción de las acciones contencioso-administrativas y tributarias; el Código Civil, recoge la prescripción de las acciones de manera general, por especialidad aplica el COGEP.

En lo contencioso-administrativo, la ley aplicable anterior al COGEP fue la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativa que no nominaba literalmente que institución aplicaba respecto de la acción; sin embargo, su anteproyecto recogía la prescripción[55]. En este sentido, atendiendo la redacción original del artículo, la Corte Suprema en 1994 resolvió: *"[…] Por el mérito de lo expuesto es impropio en el presente caso hablar de caducidad, pues en el mismo artículo 65 de la Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa, invocado en la sentencia recurrida, se emplea la palabra prescripción, sin que se pueda cambiar el sentido natural y obvio"*[56].

Actualmente el COGEP nomina, y de manera literal y expresa también recoge la prescripción de las acciones contencioso-administrativas en su artículo 307.

55. *Ver*, Anteproyecto de Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativa, art. 65.
56. Ecuador, Corte Suprema de Justicia "Sentencia" de 2 de marzo de 1994.

> Art. 307.- Prescripción. En el caso de las demandas presentadas ante las o los juzgadores de lo contencioso tributario y de lo contencioso administrativo o en aquellas materias especiales que según su legislación contemplen la prescripción del derecho de ejercer la acción, la o el juzgador deberá verificar que la demanda haya sido presentada dentro del término que la ley prevé de manera especial. En caso de que no sea presentada dentro de término, inadmitirá la demanda.

Sin embargo, la jurisprudencia ecuatoriana en aplicación de un fallo de triple reiteración derogado por la entrada en vigor del COGEP, ha entendido que respecto de las acciones contencioso-administrativas opera la caducidad, posiblemente por el efecto que el artículo 307 le otorga a la institución que es la inadmisión de la demanda y porque el juez de oficio declara y resuelve; esto no significa una declaratoria de oficio de la prescripción por parte del juez como ocurre en la caducidad. El derecho de oponer o alegar la prescripción no es exclusivamente personal o de quien se beneficia, sino que puede ser invocada por terceros con interés legítimo en que produzca sus efectos[57].

En este caso el interés legítimo del juez es el principio de celeridad, eficiencia y eficacia de su trabajo, así como velar por el interés general y el objeto de la jurisdicción contencioso-administrativa. El interés legítimo de un juez no puede fundamentarse en su criterio subjetivo, pues este no deja de ser funcionario público por lo que sus actuaciones deben estar recogidas en la ley debido al principio de legalidad.

Este artículo lo único que ha hecho es legitimar el interés del juez de lo contencioso-administrativo para verificar la prescripción y resolverla, sin que esto implique la existencia de caducidad, pues esto no puede darse, dado que el ordenamiento jurídico ecuatoriano no contempla la caducidad de las acciones para salvaguardar el derecho a la tutela judicial efectiva.

El caso específico de lo contencioso-administrativo no es distinto al de las otras jurisdicciones, al prescribir la acción se extingue el derecho del ciudadano o entidad pública de activar esta vía para exigir su pretensión. Sin embargo, se conserva el derecho que sustenta la pretensión, por lo que se puede activar otras jurisdicciones como la constitucional, civil, arbitral o mediación.

De igual manera, estas vías alternas, pueden ser activadas antes de iniciar el proceso contencioso-administrativo y, en ocasiones suspenden el término o plazo oportuno para el ejercicio del derecho de acción frente a esta jurisdicción. El artículo 162 del COA prescribe las reglas para la suspensión del cómputo de plazos y términos en el procedimiento donde una de las razones es *"4. Se inicie la negociación para alcanzar la terminación convencional del procedimiento. Sobre la fecha de iniciación de la negociación se dejará constancia en el expediente"*. Supuesto que, debe extenderse a la suspensión del inicio del proceso administrativo y, que en la práctica asertivamente se aplica cuando las partes han acudido a mediación previo a lo contencioso.

La prescripción puede suspenderse[58] sin extinguirse, en cambio la caducidad no porque opera ipso iure. Por ello, no puede ser la institución que rija el derecho de acción, porque deja en total indefensión al ciudadano, y va en contra de la congruencia del sistema normativo ecuatoriano.

57. Licurgo Mourão, "Prescripción y caducidad como excepción en el derecho público", 386.
58. Ver, Art. 2409 código civil ecuatoriano- La prescripción ordinaria puede suspenderse, sin extinguirse.

Jurisprudencia de la caducidad y prescripción de la acción en lo contencioso-administrativo

Los jueces de la Sala Especializada de lo Contencioso-Administrativo de la Corte Nacional de Justicia en varios fallos realizaron su interpretación respecto de las acciones contencioso-administrativas, al señalar que en ellas opera la caducidad y no la prescripción, cuando nos referimos a la temporalidad para ejercer el derecho de acción, a pesar de que la literalidad de la norma prescribe la prescripción.

Este razonamiento se reiteró por más de tres ocasiones, por lo que el Pleno de la Corte Nacional de Justicia avocó conocimiento de las sentencias y dictó el fallo de triple reiteración resolución No. 13-2015 en donde dispuso que *"Los jueces de los tribunales distritales de lo contencioso administrativo, mediante auto definitivo inadmitirán a trámite la demanda, cuando verifiquen que se produjo la caducidad del ejercicio del derecho para presentar la demanda en la vía contencioso-administrativa"*[59].

Los efectos de un fallo de triple reiteración es que son jurisprudencia obligatoria, y por tanto los jueces deben observar obligatoriamente el fallo. A consecuencia, todos los tribunales de instancia, y salas de casación aplican a los casos que atienen al artículo 307 el citado fallo de triple reiteración, mismo que al servir de motivación de los demás jueces debería contener al menos la estructura mínima de motivación, cuestión que no se corrobora como a continuación se expone.

> La resolución No. 13-2015 en su parte resolutiva fundamenta en que [...]dado que la caducidad es una figura propia del Derecho Público que opera ipso jure, por el transcurso del tiempo para ejercer una acción o una potestad, es declarable de oficio y se refiere a la extinción del derecho para iniciar un proceso; declara la existencia del siguiente precedente jurisprudencial obligatorio por la triple reiteración de fallos sobre un mismo punto de derecho [...]

Como se ha venido exponiendo, la caducidad no solo opera en el derecho público, sino también en el privado como es el caso de Argentina y España, lo que es una institución del derecho público es la acción. Así mismo, la caducidad opera *ipso iure*, pero no solo por el transcurso del tiempo, pues se ha citado ejemplos en donde la caducidad opera por la ocurrencia de ciertos hechos jurídicos como el incumplimiento. La caducidad es una institución que puede extinguir simultáneamente el derecho para iniciar el proceso, así como el derecho sustantivo.

Los efectos de que opere la caducidad según este fallo de triple reiteración son que en auto definitivo los jueces inadmitan a trámite la demanda, cuando verifiquen que se produjo la "caducidad" del ejercicio del derecho de acción (presentar la demanda) en la vía contencioso-administrativa. El efecto de esa declaratoria es que el juzgador de instancia o casación en auto o sentencia no revisará otros aspectos procesales para pronunciar sentencia de fondo o mérito[60].

Estos efectos son producto de una confusión entre la caducidad y la prescripción. El primer efecto expresamente indica que los jueces deben verificar la "caducidad" del derecho de acción en la vía contencioso-administrativa y en el supuesto que haya operado, inadmitir la demanda. Si bien este efecto deja a salvo las demás jurisdicciones y regula solo el contencioso-administrativo,

59. Ecuador, Resolución *No. 13-2015*, Registro Oficial 621, 5 de noviembre de 2015, art. 2.
60. *Resolución No. 13-2015*, art. 1.

al considerar el concepto preciso de la caducidad es erróneo, porque de operar esta institución, la acción se extingue junto con el derecho sustantivo, y la posibilidad de reclamarlo en otras jurisdicciones o vías.

En consecuencia, declarada la caducidad por el juez, el ciudadano y la administración pública se quedarían sin derecho de fondo, cuestión inaceptable si se considera, por ejemplo, que el derecho en el que se sustentaba la acción era uno fundamental. El segundo efecto, tiene que ver con que el juez solo se pronuncie sobre la caducidad y nada más, lo cual es concordante con esta, pues el juez no puede analizar algo que no existe.

En el fundamento normativo, los jueces entre otras normas se basan en el artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en donde la intención tácita era que se interprete la prescripción de la acción frente al contencioso-administrativo, pues, en su momento así lo interpretó la Corte Suprema, y así lo recogió el anteproyecto de la ley.

La resolución No. 13-2015 en el fundamento doctrinario, recoge alguna doctrina, pero de fondo esta explica lo mismo que hemos indicado en apartados anteriores. Por ejemplo, cita a Manuel María Díez donde recoge que la presentación de la demanda en la vía contencioso-administrativa *"debe presentarse la demanda en la sede del órgano judicial durante el tiempo que señala al respecto el ordenamiento jurídico y naturalmente, en forma escrita"*. Fundamento compatible con la prescripción y la literalidad del artículo 307 del COGEP.

Así mismo el Pleno dentro del fundamento doctrinario manifiesta:

> Es importante aclarar que el ejercicio del derecho de acción no se afecta en este caso, ya que, como muy bien lo señalan Carlos Ramírez Arcila [...]" el mismo es de carácter abstracto, ya que no está supeditado a la obtención de una sentencia favorable, ya que perfectamente se lo puede ejercer y salir vencido, "Es un derecho del que son titulares hasta quienes carecen de razón.

Es decir, el Pleno citó lo que significaba el derecho de acción y expresamente reconocen que todos lo tienen y es diferente hacerlo valer. Por tanto, lo que debe operar es la prescripción que mantiene la naturaleza del derecho de acción y no lo extingue por completo, solamente lo deja sin eficacia.

Hay otros fundamentos, donde citan la caducidad, pero no se refieren a la caducidad de la acción sino a los supuestos de caducidad que fueron tratados previamente en este trabajo, de allí la confusión. No obstante, cabe aclarar que existe cierta doctrina que confunde la caducidad y la prescripción y fue acogida en este fallo. Pero, el Pleno tenía la obligación de conjeturarla y analizarla para que pueda existir una motivación adecuada.

La lógica de tal doctrina es otorgarles *estabilidad* a las actuaciones estatales y limitar el derecho de acción del ciudadano, lo cual a todas luces es contrario a un sistema garantista de derecho, basado no solo en el principio de legalidad sino en el de juridicidad.

La resolución No. 13-2015 está derogada

La resolución No. 13-2015 desde que se expidió no debió ser aplicada porque la caducidad y la prescripción siempre se han entendido de manera distinta a su interpretación. No obstante, al entrar en vigor el COGEP la derogó. Este cuerpo normativo con su artículo 307 literalmente prescribió que respecto del derecho de acción ante

la jurisdicción contencioso-administrativa opera la prescripción.

La disposición decimocuarta del COGEP prescribe *"Quedan asimismo derogadas, a la entrada en vigor de la presente Ley, otras disposiciones de igual o inferior jerarquía que se opongan a lo dispuesto en la misma"*. Por tanto, la resolución No. 13-2015 expresamente quedó derogada.

A pesar de esto, todo el engranaje de funcionarios judiciales[61] de lo contencioso-administrativo sigue aplicando la resolución No. 13-2015. Sin ni siquiera motivar en sus sentencias por qué se alejan de la literalidad de la norma al ser esta la primera regla de interpretación a aplicar[62], y aplican el fallo de triple reiteración.

Aplicar esta resolución atenta contra todo el ordenamiento jurídico ecuatoriano y vulnera sistémicamente los derechos de los ciudadanos e incluso del mismo Estado[63]. Como se ha expuesto a lo largo de este trabajo, el declarar la caducidad del derecho de acción implica extinguir con este el derecho sustantivo, al impedir que el titular del derecho a ser reclamado pueda activar otra jurisdicción para acceder a la justicia.

Este fallo, sin duda vulnera varios derechos, pero en lo principal vulnera el derecho a la defensa en la motivación, la seguridad jurídica y la tutela judicial efectiva, al ser este último de vital importancia para el control del poder por parte del ciudadano. Además, todos estos derechos son fundamentales y sirven para consolidar el Estado Constitucional de Derechos y Justicia.

4.2 Resumen de la preclusión, caducidad y prescripción en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Suscita la controversia respecto de las instituciones que sancionan la falta o indebido ejercicio de los derechos, nos ha parecido indicado resumir la forma en la que estas instituciones operan bajo las prescripciones legales del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Tabla No. 1
Análisis comparativo: Caducidad, Prescripción y Preclusión.

Instituciones sancionadoras de la falta de ejercicio oportuno de derechos

	Consta	No Consta	Observaciones
Tipo de institución	Objetiva (requiere de prescripción legal)	Subjetiva (depende de hechos externos)	Subjetiva/Objetiva.
Condición bajo la que opera	Transcurso del tiempo o incumplimiento normativo.	Solo por transcurso del tiempo.	Transcurso del tiempo prescrito en la norma procesal, ordenado por el juez o acordado por las partes.

61. Se hace referencia a funcionarios judiciales porque esta resolución es aplicada por secretaries, jueces, conjueces de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Corte Nacional, entre otros.
62. *Código Civil*, art. 18 número 1.
63. La Corte Constitucional en su jurisprudencia ha recogido que las instituciones del estado tienen derecho al debido proceso.

	Consta	No Consta	Observaciones
Efecto	Extinción del derecho sustantivo y el derecho adjetivo (acción) simultáneamente.	Extinción del derecho sustantivo o del derecho adjetivo (acción) por separado.	Extinción de la fase procesal oportuna para ejercer el derecho.
Requerimiento para que materialice sus efectos	Declaración del juez de oficio o a petición de parte. A excepción del derecho de acción en lo contencioso- administrativo donde debe declararse de oficio.	Declaración del juez de oficio o a petición de parte.	Declaración del juez de oficio o a petición de parte.
Suspensión/interrupción	No se interrumpe	Se interrumpe	Se interrumpe

4.3 Prescripción y caducidad en los métodos alternativos de resolución de controversias

La aplicación del fallo No. 13-2015 provoca que el titular del derecho sustantivo ya no pueda accionar ningún tipo de MASC porque el juez al declarar la caducidad le deja sin derecho de acción y sin derecho sustantivo.

Sin embargo, como se ha demostrado, este no es el supuesto bajo el que opera el ordenamiento jurídico en aplicación expresa de la ley, pues el COGEP prescribe que opera la prescripción respecto de la acción ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Esto trae como consecuencia que el titular del derecho sustantivo pueda activar vías alternas a la resolución de conflictos como la negociación, mediación e incluso el arbitraje si cumple con sus requisitos.

Dentro de la academia, recientemente, se ha lanzado la idea de que las normas del capítulo II del COGEP deben aplicarse solamente a los procesos contencioso-administrativos y tributarios dentro de esta jurisdicción en aplicación del artículo 302 del COGEP. Esto es congruente con los principios de los MASC en donde las partes incluso pueden pactar las normas que les serán aplicables para la resolución de sus conflictos[64].

Entonces, las partes, lo que incluye al Estado, al someterse a estas jurisdicciones acepta también que le apliquen normas accidentales o subsidiarias. Ahora, al atender a los principios generales de la administración pública y a que la mayoría de sus actos son unilaterales y gozan de imperio y presunción de legalidad, este supuesto sería viable únicamente para los casos contractuales en donde existe la voluntad del

64. En el caso del arbitraje esta posibilidad se ampara en el artículo 38 de la Ley de Arbitraje y Mediación.

estado y del contratista, principio rector de los MASC, la voluntariedad de las partes y la transigibilidad de la materia.

El profesor Juan Pablo Aguilar en su trabajo *"Prescripción y caducidad en el arbitraje con el sector público: una mirada a un problema inexistente"* ha manifestado que las controversias en materia de contratación pública sometidas a sede arbitral, los plazos para interponer la demanda son de cinco años si se refiere a contratos administrativos y aplica el 306 del COGEP, pero si no, el plazo es de 10 años conforme regula la prescripción el Código Civil.

Adicionalmente, el citado profesor en su trabajo ha abarcado la distinción entre la caducidad y la prescripción únicamente en el ámbito práctico y concluye que el problema es terminológico, pues el efecto que la jurisprudencia les ha dado a ambas es el vencimiento del plazo y la necesidad de que el juez declare de oficio. La distinción de fondo de estas instituciones las ha dejado para otra ocasión, y ha sido abordado en este trabajo.

5 Conclusiones

La correcta distinción y aplicación de la caducidad y la prescripción son esenciales para la protección de los derechos de los ciudadanos y la consolidación de la seguridad jurídica. La jurisprudencia ecuatoriana ha mostrado inconsistencias en la interpretación de estas figuras, lo que ha llevado a vulneraciones del derecho a la tutela judicial efectiva. La diferencia fundamental entre la caducidad, que puede extinguir tanto el derecho sustantivo como el derecho de acción de manera simultánea, y la prescripción, que afecta únicamente la posibilidad de exigir judicialmente un derecho sin necesariamente extinguirlo totalmente, debe ser claramente entendida y aplicada por los operadores jurídicos.

Las tensiones conceptuales y la confusión entre caducidad y prescripción en la práctica judicial han resultado en decisiones erróneas que no solo afectan a las partes involucradas, sino que también socavan la confianza en el sistema judicial. Es crucial que los jueces y abogados litigantes reconozcan la importancia de estas distinciones para evitar vulneraciones de derechos constitucionales. La doctrina y la jurisprudencia nacional deben trabajar en conjunto para desarrollar criterios claros y consistentes que guíen la aplicación de estas figuras en los procesos contencioso-administrativos.

Para abordar estos problemas, se recomienda una serie de acciones concretas. Primero, es fundamental llevar a cabo reformas legislativas que clarifiquen aún más los conceptos de caducidad y prescripción, para eliminar ambigüedades y de esta manera proporcionar directrices precisas para su aplicación. Estas reformas deben ser acompañadas por una campaña de difusión y capacitación dirigida a jueces, fiscales y abogados, con el objetivo de asegurar una comprensión uniforme y correcta de estas figuras jurídicas.

En segundo lugar, es esencial fomentar la adopción de tecnologías y herramientas de transparencia que faciliten la gestión de los plazos procesales y reduzcan la posibilidad de errores judiciales. Herramientas dotadas por la propia judicatura. Sistemas de

gestión judicial electrónicos pueden ayudar a monitorear y alertar sobre los vencimientos de términos de caducidad y prescripción, así mejorará la eficiencia y la precisión en la administración de justicia.

Adicionalmente, es vital fortalecer el rol de los órganos de control y supervisión judicial para garantizar que las decisiones de los jueces se alineen con los principios jurídicos establecidos y respeten los derechos de las partes. La creación de unidades especializadas dentro de la judicatura, encargadas de revisar y estandarizar la aplicación de la caducidad y la prescripción, podría ser una medida efectiva para lograr este objetivo.

Por último, la colaboración entre academia y práctica judicial debe ser intensificada. Los estudios y análisis académicos pueden ofrecer insights valiosos y proponer soluciones innovadoras para los problemas identificados. La interacción continua entre teóricos y practicantes del derecho contribuirá a una evolución constante y positiva de la jurisprudencia en materia de caducidad y prescripción.

En conclusión, la correcta aplicación de la caducidad y la prescripción es un desafío crítico que requiere un enfoque integral y coordinado en la jurisdicción, que busca proteger al ciudadano de su contraparte evidentemente más poderosa, y frente a la cual siempre estará en desventaja. Las reformas legislativas, la capacitación continua, el uso de tecnologías avanzadas, la supervisión efectiva y la colaboración académica son componentes esenciales de una estrategia que busca mejorar la administración de justicia en Ecuador. Al abordar estas áreas, se puede fortalecer el estado de derecho, garantizar la protección de los derechos constitucionales y restaurar la confianza en el sistema judicial.

Conflicto de intereses:

El autor declara que no existe conflicto de intereses.

Referencias

Ariano Deho, Eugenia. “Reflexiones Sobre La Prescripción Y La Caducidad a Los Treinta Años De Vigencia Del Código Civil”. *THEMIS Revista De Derecho. N.º 66*.(2014).329-36. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/12703.

Corte Constitucional del Ecuador. “Sentencia 028-14-SEP-CC”. caso No. 1926-12-EP. 12 de febrero de 2014.

Domínguez Águila, Ramón. “La Prescripción y Caducidad”. En *La prescripción extinti-*

va doctrina y jurisprudencia. Argentina, Editorial: Prolibros,2020.126.

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

Ecuador, *Ley 45*. Registro Oficial 517, Suplemento, 29 de enero de 2009.

Ecuador, *Ley 45*. Registro Oficial 517, Suplemento, 29 de enero de 2009.

Ecuador, *Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica,* Registro Oficial 418, Suplemento, 16 de enero de 2015.

Ecuador, *Resolución No. 13-2015*. Registro Oficial 621, 5 de noviembre de 2015.

Ecuador, *Código Civil*. Registro Oficial 46, Suplemento,24 de junio de 2005. art. 2414.

Ecuador, *Código Orgánico Administrativo*. Registro Oficial 31, Suplemento, 7 de julio de 2017.

Ecuador, *Código Orgánico General de Procesos*. Registro Oficial 506, Suplemento, 22 de mayo de 2015.

Ecuador, *Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado*. Registro Oficial 595, Suplemento, 9 de febrero de 2024.

Esrinche, Joaquín. *"Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia"*. UNAM. 15 de febrero de 1851. http://ru.juridicas.unam.mx:80/xmlui/handle/123456789/9337.

García Pullés, Fernando. "El proceso contencioso administrativo como instrumento de control". En *Derecho Procesal Administrativo*. Dir. Cassagne Carlos,161-200. Argentina: Editorial La Ley,2011.

Lambias, J.J. *Código Civil Anotado*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot,1979.

Mourão, Licurgo. "Prescripción y caducidad como excepción en el derecho público". En *Actualidad del Contencioso Administrativo y otros Mecanismos de Control del Poder Público*, 372. Caracas:Centro de Adiestramiento Jurídico 'CAJO', Editorial Jurídica Venezolana, 2013.

Nugent, López-Chávez, Ricardo. "El Impulso Y La Preclusión Procesales". *Derecho PUCP*, n.º 13 (1953), 81-86. https://doi.org/10.18800/derechopucp.195301.005.

Pérez, Efraín, *Manual de Derecho Administrativo*, Ed. Tercera Quito: Corporación de estudios, 2020.

Pozo, Héctor. "Proceso Administrativo y Control Judicial". En *Derecho Procesal Administrativo*. Dir. Cassagne Carlos, 277-323. Argentina: Editorial La Ley,2011.

Vescovi. Enrique. *Teoría General del Proceso*. Bogotá: Editorial Temis, 2020.

Original

The Metaverse in the configuration of Public Administration

El metaverso en la configuración de la Administración Pública

DOI: https://doi.org/10.33324/dicere.v2i1.896

Nancy Nelly González-Sanmiguel, 0000-0001-9589-2192 nancygonsa09@hotmail.com
Universidad Autónoma de Nuevo León, San Nicolás de los Garza, México.

Recibido: 05-01-2025 **Revisado:** 12-04-2025 **Aceptado:** 25-04-2025 **Publicado:** 30-05-2025

Resumen

Este artículo versa sobre la importancia de la presencia del Estado dentro del espacio tridimensional como la vía de protección de los datos personales y sobre saber quién es el sujeto que corresponde al avatar, así como la función de ejercer la publicidad correspondiente para ejercer los derechos en contra de terceros. Además, señala el cuestionamiento de un Registro Digital como parte de la dependencia de la administración pública que funja para indicar los derechos y obligaciones, además de marcar la protección de las garantías y los medios de defensa en contra de una acción, acto u hecho que se cometa en el espacio tridimensional, así la expectativa de generar la posición actual del Estado en este medio y la legitimación correspondiente, tanto para la función de la publicidad de este medio, como la actividad económica del Estado que no se ejerce en este espacio.

Palabras clave

Administración pública, gobernanza del metaverso, registro digital, derechos y deberes, actividad económica estatal.

Abstract

This article discusses the importance of the State's presence within the three-dimensional space as a means of protecting personal data and identifying the individual associated with the avatar, as well as the role of ensuring proper publicity to exercise rights against third parties. It also raises the issue of a Digital Register as part of the public administration's responsibility, designed to specify rights and obligations, while ensuring the protection of guarantees and defense mechanisms against actions, acts, or events committed within the three-dimensional space. The article further explores the expectation of establishing the State's current position in this environment, including the corresponding legitimization for both the publicity of this medium and the State's economic activity, which is not yet conducted within this space.

Keywords

public administration, metaverse governance, digital registry, rights and duties, state economic activity.

Cómo citar: González-Sanmiguel, N. N. (2025). El Metaverso en la configuración de la Administración Pública. *DICERE Revista De Derecho Y Estudios Internacionales, 2*(1), 100–117. https://doi.org/10.33324/dicere.v2i1.896

1 Introducción

En el contexto de la construcción del Estado Digital, la administración pública juega un papel de gran importancia respecto a la funcionalidad de esta. Por tal razón, se verifica y se asume la postura de la observación de la situación actual y de la visión de la configuración del metaverso, es decir, sobre la reglamentación a plantear para el desarrollo y la presencia de esta en dicho espacio. Uno de los objetivos es establecer la limitación y la determinación de los actores de este medio para acordar la gestión de acuerdo a su apertura, así como los medios con las características latentes del estado que concibe esta gestión, ya que permite la accesibilidad de la interoperabilidad y la conectividad que impulsa para navegar en este espacio.

Entender y comprender la situación actual para adaptarla a la postura de esta y dar el impulso a la determinación de los sujetos de este medio a través de la representación gráfica de hologramas, denominados avatares, nos urge a perfilar la interconexión con los sujetos que están detrás de ellos, dado que es necesario enfatizar el reconocimiento de la personalidad jurídica de estos, visualizar la postura de esta para generar dichas políticas y estructuras para la construcción de un ordenamiento preciso y, al mismo tiempo, legitimado por la sociedad.

Dar ese paso, ya no simplemente de la gestión y la política pública con miras a la administración pública digitalizada, sino más allá orientada a la presencia de la representación gráfica en el metaverso implica cuestionar la coacción o fuerza que puede inferir así como la capacidad de generar las normas operativas para la captación de los recursos económicos realizada y efectuada por las actividades que procede en este espacio, y visualizar la posición jurídica actual, la falta de competitividad y normatividad para imperar esta acciones.

La tecnología orbita en torno a la función de una estructura orgánica capaz de tramitar esta manera de función propia del Registro Digital de Avatar, mismo que vela la esencial del análisis del avance de esta para dar un posicionamiento de interacción en el metaverso, con principios, reglas y un marco que vaya acorde al funcionamiento de este espacio para asegurar la operatividad de esta actividad en correlación a la efectividad en la identificación del sujetos y, por tal razón, señalar los derechos y obligaciones de estos.

Este trabajo ahonda en la cuestión de la estructura de la teoría de Wax Weber que enfatiza al Estado como sujeto capaz de establecer el orden para la convivencia que estructura a la sociedad y que no solamente coincide en el mundo tangible sino en su aplicación dentro del metaverso.

Finalmente, hace una invitación a la reflexión respecto de temas como la falta de presencia de la administración pública en el metaverso, sus implicaciones y los enfoques de la dependencia que se debe establecer para la regulación de este y su postura a tomar para verificar el avance del derecho y la administración pública con este tema.

2 Administración Pública configuración en el metaverso

El metaverso es el espacio ha revolucionado la postura del comportamiento de la sociedad a la hora de interactuar en la virtualidad con las políticas establecidas por los creadores de esta línea de desarrollo de la inteligencia artificial. Por lo tanto, es importante ahondar en la falta de control y regulación del Estado en este ámbito al momento de ejercer el límite y establecer la reglamentación correspondiente de los supuestos que susciten en este. Por tal motivo, cabe recalcar la importancia que radica en la injerencia del Estado, a través de la administración pública, para fungir como el ente capaz de dirimir la transformación y desarrollo a través de reglas acordes a la gestión necesaria para las relaciones que emergen en este espacio. Es preciso otorgar valores a las transacciones, actos, hechos que son manifestados por la representación gráfica, denominada avatar, para el ingreso a ya mencionado espacio tridimensional, conocido como metaverso, y comprender la importancia del Estado como ente regulador que, a través de la administración pública, debe estar presente en dicho espacio. Además, este modelo implica contemplar una serie de limitaciones, principios y reglas para la constitución del marco de referencia para el registro de las actividades de los sujetos que intervienen en el metaverso.

Para ingresar al metaverso, es necesaria la interoperabilidad que permita la conectividad y el traspaso del mundo físico al intangible , así como de las actuaciones que impliquen correlación en el metaverso. Es debido a la proyección de este espacio tridimensional lo que ha permitido el desarrollo de los avatares que se configuran para navegar en este modelo, así como el desarrollo de la inteligencia artificial. Por su parte, el límite de la gestión de la administración pública va en atraso, lo que implica la imposibilidad de configurar reglas no solamente a través de aquellas personas jurídicas que se dedican al procedimiento de la gestión del metaverso, que lleva un gran impulso para modificar las acciones en este, sino que, además de sus políticas y normas, deben contemplar aquellas que el Estado debe ejercer como medida de control.

El Estado representa una figura para el control de las actividades que se realizan. En este contexto, al hablar de someterse a un ente soberano capaz de dirimir las situaciones que se suscitan, es necesario abordar la referencia del ejercicio del equilibrio en las relaciones y del cumplimiento de la finalidad de protección para asegurar la seguridad de aquellos que conviven dentro de un territorio. Esto no puede dejarse pasar en el espacio tridimensional. Es decir, al hablar del metaverso, debe de enfocarse la legitimación y el reconocimiento de los sujetos, mismos que se deben entender según su importancia en esta forma de estructura. De acuerdo a la teoría de Webber, "su aparato administrativo reclama con éxito el monopolio de la fuerza *legítima* para la realización del ordenamiento vigente"[1]. Es decir, es necesario cuestionar el razonamiento de esta noción del orden por el cual debe imperar y no dejar al arbitrio de la propia sociedad, sino más bien establecer la contraparte de peso que debe ejercer el Estado.

La tecnología es una de tanta cosas que van por delante de la posición jurídica. Primero se plasma esto dentro de las actividades de la sociedad y, una vez que se estructuran, se da un argumento normati-

1.. Max Weber. *Economía y Sociedad. Esbozo de sociología comprensiva, trad. de José Medina Echevarría y otros T. II, 5a ed, (México*: Fondo de Cultura Económica, 1977), 668.

vo para marcar los supuestos jurídicos que abarcan estos asuntos. Pero la relación social, desde la cuestión o postura de Weber, concibe al Estado como el sujeto encargado de regular las conductas y de señalar el ordenamiento jurídico al que se someten para llegar a una finalidad común: lo que es mejor, ejercer la legitimización del reconocimiento de la efectividad de los derechos y las obligaciones que se engendran.

Pero no sólo se abarca el comienzo, sino el desarrollo y, al momento de no seguir el orden y la regulación en este espacio tridimensional, dar la facultad de la legitimización al Estado para someter a todo aquel avatar que no cumpla con las normas establecidas. Ahora bien, en lo que refiere a las infracciones o sanciones que pueden ejercer los creadores de estos espacios, ¿quién debe determinar la reglas de operación así como los lineamientos independientes de quien cree o efectué este espacio tridimensional? El Estado, puesto que debe ejercer el poder de coacción para el cumplimiento de la norma que se ha contrariado, además de señalar la relevancia del marco jurídico, tanto para los creadores de este mundo tridimensional, como para los sujetos que implican su relación a través del avatar correspondiente y que realizan las transacciones, así como de señalar la importancia del Estado como ente regulador de este espacio con las facultades y limitaciones que implica.

La característica de la buena administración apegada a la revolución de la tecnología y con la legitimidad que se otorga la factibilidad de ejercer un Estado de Derecho Digital es que el procedimiento del cambio, de concebir las relaciones jurídicas con la perspectiva de la tendencia de las herramientas de las tecnología que están aplicadas en la actualidad, debe enmarcarse respecto a la racionalidad del control de una manera no burocrática, no capitalista, ni neoliberal sino con miras al fortalecimiento de la fomentación del interés general para el equilibrio de las acciones y las actividades que provocamos como sociedad y que las mismas sean acordes al desarrollo económico y social según la manifestación de los planes que se conciben como coherentes y viables en un Estado operante para la construcción de un relación Estado-particular que sea efectiva al cambio al momento de interactuar en nuestras acciones con el espacio tridimensional, ya sea el metaverso o plataformas similares a este.

Lo anterior se puede expresar como la interrelación del Derecho con la tecnología que concibe " la sinergia de la tecnología y el Derecho, con la intención de dar el equilibrio a las relaciones jurídicas que surjan dentro de esta vinculación"[2]. Es de suma importancia para el marco jurídico señalar quién debe estar al control de la regulación de esta relación a través del Estado, quien representa el ente que ha dado la soberanía de ser quien establezca el orden en la relación de la convivencia de la sociedad por un simple motivo: que tiene como finalidad proporcionar y asegurar la igualdad de condiciones a los sujetos que están inmerso en este.

Con esto podemos entender el punto de interés de este trabajo que consiste en contrastar la visión en el metaverso con la figura de la administración pública orientada a la adaptación del comportamiento de las personas, tanto físicas como jurídicas, respecto a la representación gráfica por medio de los avatares que ejercen el comportamiento y las acciones que producen consecuencias de derecho y, para tal razón, debe estar representada la forma del Estado con el avatar correspondiente para el desarrollo del ordenamiento para la adquisición tanto de gestiones, prestaciones

2. Nancy Nelly González Sanmiguel, "Derecho Digital: Transformación de la concepción del valor de los datos personales" en coordinación Nancy Nelly González Sanmiguel, en Gobernanza y políticas públicas desde el derecho digital. (Colombia: Ediciones Nueva Jurídica, 2021) ,21.

de servicios o aquellas situaciones que convergen entre particulares para que, efectivamente, hablemos sobre democracia.

Al respecto, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación señala, a través de una tesis aislada, cuáles deben ser los postulados para la consolidación de la democracia al entender que " es fundamental la protección y garantía del derecho de las personas, individual o colectivamente, a "defender los derechos humanos", que consiste en llevar a cabo cualquier labor o acción tendente al reconocimiento de los derechos humanos en su conjunto o de algunos de éstos, ya sean los derechos civiles, políticos, sociales, económicos o culturales"[3] enfocado al metaverso. En este espacio, y con la transformación correspondiente, es necesario que se siga estos principios y procesos que ayudan a comprender la importancia de la integración de los actos, hechos, derechos y obligaciones que tenemos como correlación de la postura del Estados y todos aquellos quienes debemos depender de este para ejercer el control como una estrategia de solidaridad y efectividad para el ejercicio de una actitud en desafío de la transformación del derecho con el campo operativo de las normas, el ejercicio de la presencia del Estado con la representación de avatar y su posición en el metaverso.

Se llevó a cabo una innovación, según la apertura de los cambios en el gobierno electrónico y después al digital, pero hace falta el posicionamiento en el metaverso. El desarrollo de la inteligencia artificial es constantes e implica una serie de derivaciones que desembocan en este tipo de situaciones de comunicación en un mundo paralelo, así como de conectividad orientada a la globalización donde la sociedad toma una postura con valores diferentes y que son implementados en diversos ámbitos para obtener diferentes sensaciones, experiencias y valores que atraen desde la conceptualización del Estado medidas para reducir su capacidad de ejercer el control en dichas actividades.

Lo que se plantea y visualiza dentro de este capítulo es que la estabilidad, no solo para los creadores de estos espacios virtuales, sino la relevancia del Estado en referencia al posicionamiento sobre la seguridad donde no opere la fuga en lo económico y en lo referente a la contribución al gasto público por la utilización de dichos medios, así como de aquellos bienes que se consideran como patrimonio del bien común. Son muchos los puntos de relevancia respecto al cambio radical de la sociedad con la intervención de la tecnología y, al mismo tiempo, la falta de congruencia dentro de los parámetros de las obligaciones que se tienen como particulares frente a la administración con aquellos que operan desde la virtualidad, en particular en el metaverso. Estos son cuestiones de interés que no debemos de perder de vista y, al mismo hacer, exigir como particulares la falta que actualmente no se tiene del control por parte del Estado en este campo.

No se mira hacia una consecuencia jurídica, sino hacia la protección de nuestros derechos, por lo tanto lo correlativo es la exigencia de las obligaciones, como se ha mencionado anteriormente, no es de los creadores de estos espacios virtuales, sino del Estado como ente que establece la política económica para el bien común de la sociedad. Sin embargo, la iniciativa privada está acaparando estas gestiones por la falta de innovación del Estado y, en consecuencia, la administración pública, para sostener la democracia desde la postura de las actividades que se hacen en lo mundo físico y aquellas que se contemplan en el intangible, considera "la implementación de este tipo de políticas de "adelga-

3. México, Tesis[A]: 1a. XIII/2022 (11a.) Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación., Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Undécima Época, Libro 13, Mayo de 2022, Tomo IV, página 3498, Registro digital: 2024650. Véase en: https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2024650

zamiento" del aparato estatal, el concepto de Estado-nación se diluye y en su lugar se legitima un nuevo paradigma basado en un Estado mínimo que surge como respuesta a las corrientes modernizadoras de la globalización"[4]. Es necesario diseñar, con los elementos actuales, la injerencia efectiva del Estado, una que asimile las necesidades y las estrategias tanto de seguridad, protección de datos o recaudación de los ingresos correspondientes para estructurar el espacio virtual con base en la sociedad actual y la inflexión del Estado Digital que, a través de sus instituciones, debe rediseñar los posicionamientos de las interacciones en el metaverso.

Un factor que ha producido este movimiento es la facilidad de la comunicación que se presenta debido a la interconexión, la cual podemos entender como la "conexión física o virtual, lógica y funcional entre redes públicas de telecomunicaciones que permite la conducción de tráfico entre dichas redes y/o entre servicios de telecomunicaciones prestados a través de las mismas, de manera que los usuarios de una de las redes públicas de telecomunicaciones puedan conectarse e intercambiar tráfico con los usuarios de otra red pública de telecomunicaciones y viceversa, o bien permite a los usuarios de una red pública de telecomunicaciones la utilización de servicios de telecomunicaciones provistos por o a través de otra red pública de telecomunicaciones"[5]. En México, este acceso a las redes públicas es brindado a través de concesiones que garantizan este proceso, así como la interoperabilidad a través de equipos electrónicos para hacer efectiva la conexión a través de los suministros de este servicio.

Este problema ya no solo se percibe de manera regional, sino de manera global, atrayendo consigo un campo para la interacción en los procesos de automatización y traspasarlos hacia el metaverso y obtener una forma de optimización de recursos por factores de tiempo, ahorro de papel, mayor factibilidad de comunicación y conectividad constantes, entre otras ventajas que puede representar este canal para el acceso y la interacción en el metaverso.

Actualmente, en este espacio digital se ejerce la comercialización de diversos activos, así como de diversos servicios o bienes. Estos se realizan a través de transacciones virtuales que fungen con criptomonedas que, al momento, no se conciben con un valor monetario fijo, como la moneda física, pero genera ingresos y egresos. Esta captación de flujo de dinero, así como la falta de contemplación del Estado para regir la norma referente a dichas acciones que impactan pero no en referencia a la obligación de percibir el ingresos para contribuir al gasto público que le corresponde esta facultad al Estado para el desarrollo de los planes de desarrollo económico, resaltan la falta de presencia de una democracia efectiva dentro del Estado Digital debido a que, en efecto, existen las redes y medios efectivos para operar y entrar en este espacio tridimensional pero no existe coherencia en estas actividades ni en su regulación. Por esto, el componente del espacio físico, es decir en el mundo tangible, será fundamental para la construcción de los valores hacia las obligaciones y derechos correspondientes a los particulares frente la posición del Estado para cumplirla y de este para realizar sus facultades.

Es así, con estas expectativas, que el metaverso se presenta en la realidad sin un marco normativo como "el mercado pudo aprovechar la progresiva interconexión global y la desarticulación de los difíciles equi-

4. Xunaxhi Monserrat Pineda Rasgado. " De la crisis económica a la crisis de la democracia" en coordinación José Antonio, Peña-Ramos, Daniel Javier De la Garza Montemayor en Los riegos de las democracias contemporáneas. (Ciudad de México: Tirant Blanch, 2021) ,195.
5. México, Ley Federal de Telecomunicaciones y radiodifusión, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 14 de julio de 2014, artículo 3 fracción XXX.

librios Estado-nacionales para intentar subyugar una dimensión política –debilitada por el intento de extensión postnacional– a una dimensión económica que en cambio se fortalece a la vez que va extendiéndose más allá de las fronteras"[6]. Al poder solucionar la correlación del progreso de la tecnología con el matiz del entendimiento de las normas adecuadas para realizarlas, será el momento de concebir que el Estado funge como un ente de interés y protección para este tipo de cambios que van hacia la progresividad pero hacia la integración de los elementos suficientes para normas de estas actividades.

Del análisis del comportamiento de la estructura del Estado y su evolución recalcamos cómo "la mayoría de los Estados de América Latina acogieron el modelo territorial unitario caracterizado, conforme lo señala la doctrina en su fase napoleónica por: la generalización, homogeneidad y uniformidad del régimen municipal o territorial; la creación de un municipio o comuna por cada núcleo de población; el carácter electivo de las administraciones locales; la bipartición de funciones asignadas a las colectividades o entidades territoriales, entre funciones "propias" y funciones estatales "delegadas"; el establecimiento del departamento (provincia) o de un nivel intermedio de gobierno para efectos de control del Estado centro o de desconcentración"[7] Por lo que se configura en miras después del acontecimiento de la revolución napoleónica y, así como establece Eduardo García de Enterría con referencia a la democracia, "encuentra su expresión en la Ley, obra de la voluntad general y ordenada a la articulación de recíproca de los derechos de todos los ciudadanos entres sí"[8]. Desde este contexto, es necesario concebir junto con la revolución de la tecnología este punto de sumo interés con relación a la ordenación social en el postulado de la democracia con la dinámica de la participación de la sociedad al momento de estipular cuáles son sus necesidades y observar este posicionamiento para que el Estado pueda codificar a través de un ordenamiento jurídico. Pero ¿qué sucede con los tipos de Estado que se habían construido que actualmente no tienen injerencia?

Aquí destaca la importancia de la configuración del Estado frente a este posicionamiento de engendrar una realidad en la virtualidad, de una democracia con miras a esta postura sobre la necesidad de un ente soberano que disponga lineamientos, reglas y principios, que determine la transformación y el uso de las herramientas de la tecnología ya no como una gestión de trámites y servicios o un gobierno digital, sino que vaya a la par con el avance de la tecnología y los medios electrónicos en materia de estructuración de la sociedad. Un movimiento hacia el metaverso, que gire hacia la configuración de la administración pública competente para asegurar el equilibrio entre los sujetos que intervienen en actos o hechos en el metaverso y que sea capaz garantizar la regulación de estos ingresos y egresos que se perciben en el metaverso.

Esta es una forma clave para la gestión y el análisis de la postura del funcionamiento de la administración pública en el metaverso, y para mirar todo los objetivos que ofrece el desarrollo de la inteligencia artificial al tratarse de un vía que ya no solo

6. Andrea Spreafico, "La construcción de redes para la consolidación de las ciencias sociales: Delich y la Arela", en coordinación Esteban Torres y Juan Russo en Francisco Delich y América Latina.(Ciudad de Argentina: CLACSO, 2018), 300-312.
7. Giorgia Pavani. "El Papel de la Historia del Derecho en la formación del 'Criptotipo Centralista' En América Latina." En coordinación con Massimo Brutti y Alessandro Somma en In *Diritto: storia e comparazione: Nuovi propositi per un binomio antico*, , volumen 11, (Alemania: Max Planck Institute, 2018), 389–418.
8. Eduardo García de Enterría, " La democracia y el lugar de la ley" Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid Nº1 (1997): 79-96, Véase en : https://afduam.es/wp-content/uploads/pdf/1/garcia_de_enterria_eduardo.pdf

trata de la aplicación de algoritmos, sino que va más allá con herramientas tales como el reconocimiento de voz o las experiencias sensoriales que se percatan en este espacio. Sin embargo, la tecnología supone cambios que implican la integración de lo que se considera un ecosistema que ha de velar por la apertura al consumo de energía de los dispositivos electrónicos, así como la contemplación de que ese espacio cuente con la regulación que el Estado debe infiltrar para un crecimiento acorde.

Esto en conjunto con la postura respecto al avance de la tecnología y el arraigo del posicionamiento de la sociedad sobre estos medios digitales atraen la modificación de la cultura orientada a la digitalización, misma que se enfoca en la forma de interactuar en este espacio y esto, a su vez, ha producido un impacto en el proceso de la globalización, que "es el resultado directo e indirecto de la extensión global de la redes de relación y colaboración, la intensificación de la interconectividad y la aceleración de los flujos globales de información a través de redes y vehículos de comunicación cuyos mensajes impactan el orden mundial"[9]. A su vez, se comprueba cómo las actividades, los valores, la cultura se han modificado para reestructurar la posición del Estado en el metaverso y, así, establecer la organización de este junto con las características, las obligaciones, los derechos y los servicios que deben reglar debido a la transformación que opera en este tema.

Estos puntos enfatizan la preocupación por la falta de presencia del Estado en el metaverso. En esta etapa del crecimiento de la sociedad y donde la iniciativa privada se empeña por generar un expectativa mayor al mundo real y traspasar al mundo intangible a través de ciertas acciones, la posición de la interacción de los sujetos en este contexto es tan vulnerable en materia de derechos por no contar con políticas y normas que el Estado ampare para la realización de hechos y actos, todo aunado a la inseguridad de la portación de los datos que se proporcionan y a la limitación de los problemas que se presentan en este medio. Son consideraciones que se deben enmarcar dentro de un norma legal donde la ciencia del derecho considere a la ciberseguridad como un punto de referencia para las técnicas de las relaciones en el metaverso como medio de salvaguardar esos derechos.

3 Funcionamiento de los avatares en el metaverso

Al momento de constituir esta forma de interacción de actividades, en el metaverso es correspondiente configurar la estandarización del registro que opera en él, así como exigir las características correspondientes para dar el control por los medios de la regulación y mapeo de sus actividades, marcar la metodología para este proceso y estandarizar categorías de los avatar y su constitución, de manera que sea posible identificar a quienes están detrás de dicha representación gráfica, misma que es determinada por las condiciones que manifiesta en ellos la contemplación de los rasgos tanto fisiológicos como emocionales de los sujetos que los configuran.

9. Jorge Alberto Hidalgo Toledo, "Hipermediatización: medios, comunicación e identidad expansivas" Coordinación Jorge Alberto Hidalgo Toledo en Medios y mediación en la cultura digital, cambios estructurales y construcciones teóricas para la comprensión de la cultura digital, (México: Tirant humanidades, 2018), 23-110.

Es decir, lo que se marca dentro de la construcción de este gráfico, constituido por un avatar para ingresar al metaverso, es la formación de sus características, así como aquellos datos sensibles que utiliza esta representación para figurar un perfil que constituya, de forma irrefutable, debido a su construcción, el sujeto real, siendo este mismo quien revele su condiciones físicas, pensamientos, sentimientos y conductas. Esto es una manera de considerar estos dato de suma relevancia para la adjudicación de este avatar al posicionamiento del sujeto al que corresponde. Ahora bien, de aquí surgen las bases para establecer un registro de estos como parte de la función de la administración pública en el contexto del metaverso.

En Europa se ha legislado acerca de los ficheros de perfiles en referencia hacia la genética por medio de la determinación del DNA, estos datos facilitan identificar a las personas a través de bases de datos que se configuran con mira a la protección del derecho humano y para no invadir la dignidad de los sujetos. Además, se concibe este tipo de actividad como derecho fundamental "a la protección de datos amplía la garantía constitucional a aquellos de esos datos que sean relevantes para o tengan incidencia en el ejercicio de cualesquiera derechos de la persona, sean o no derechos constitucionales y sean o no relativos al honor, la ideología, la intimidad personal y familiar a cualquier otro bien constitucionalmente amparado"[10]. Es importante comprender la limitación que se tiene en referencia de este tema, por lo que se debe considerar al momento de construir nuestra fisiología y características por medio de la representación gráfica y establecer la tutela judicial con base en principios que se han reconocido para la seguridad de los individuos.

Con estos datos, tanto físicos como ideológicos, se constituye dicha estructura gráfica de los sujetos que intervienen en el metaverso, denominada avatar y, hasta el día de hoy, en México no se establece un acorde entre la representación de los sujetos en el metaverso y el sujeto a quien corresponde. Por eso es necesario un esquema de apoyo para dar la personalidad que corresponda a los avatares y considerar que forman parte de la configuración de los derechos y responsabilidades, obligaciones, facultades competentes para estos casos.

Desde esta perspectiva, la modernización del registro de los avatares que juegan e interactúan en el metaverso a través de una adscripción ante la reestructuración de la administración pública y la mira de un registro digital para la identificación del avatar que se configura en el metaverso, basándonos en los avances propuestos en Europa, es decir, para la recolección de datos personales se cuenta con ficheros los cuales tiene un tratamiento para no afectar la seguridad de los sujetos, y tiene como objetivo la autenticidad del perfil correspondiente que, traslado a este espacio tridimensional, debe proteger la seguridad y vulnerar dicha información.

Al trasladar dicha información en este espacio se deben marcar pautas para el manejo de la información que los sujetos proporcionan y no caer en una violación al consentimiento de estos por una simple solicitud de políticas de privacidad o por la aceptación del código para ingresar a dicho espacio digital. Se debe recabar con la manifestación del sujeto representado por el avatar para dar el consentimiento, de acuerdo al tratamiento de la norma para la protección de datos que sean solicitados,

10. España, Tribunal Constitucional de España, Sentencia 292/2000, de 30 de noviembre, BOE núm. 4, de 04 de enero de 2001 (En el recurso de inconstitucionalidad núm. 1463-2000) Interpuesto por el Defensor del Pueblo, contra los arts. 21.1 y 24.1 y 2 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, 30 de noviembre de 2000, fundamento jurídico número 6, Véase en: https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/4276.

y no basta únicamente con los lineamientos proporcionados por los creadores del metaverso, se debe exigir la regulación del Estado para vigilar que estas condiciones sean adecuadas para la gestión de la contemplación de las relaciones jurídicas que pueden sucintar.

La importancia de la presencia del Estado, a través de las instituciones correspondientes, radica en gestionar la modernización y permitir avanzar al paso del desarrollo de la tecnología y las herramientas que se aplican para las actividades digitales que intervienen en la sociedad. Por eso la inquietud de contar con una inscripción de estos a través de un registro que denote quiénes son los sujetos detrás de estas figuras que competen y, así, jactarse de la personalidad jurídica, entendiéndose como "una facultad exclusiva de los sujetos de derecho; es única, indivisible, irreductible e igual para todos y se integra con los atributos"[11] a la que se otorgan estos en conformidad con la categoría que pertenezca, es decir, si compete a una persona física o moral, para realizar los actos correspondientes a ellos a través de su representación gráfica en el metaverso y generar consecuencias jurídicas acorde a la implementación de la regulación del Estado en mundo intangible tridimensional.

Ahora bien, para tal circunstancia debe establecerse la tutela efectiva de la configuración de personalidad que se externa a través de los avatares que interactúan en el metaverso. Esto supone una cuestión de suma relevancia: la instancia correspondiente de la administración pública para girar esta composición a brindar una cobertura por el Estado al conformar pasos por medio de guías, reglas que establezcan las normas y lineamientos correspondientes a dicha capacidad para proponer seguridad jurídica y protección de la información que se proporciona. Además, deben de contemplar los principios que reglen esta función para la inscripción procedente a este tipo de sujetos digitales, que sean identificados con el sujeto correspondiente y se confronte la personalidad jurídica de esto con su representación gráfica dentro del metaverso, ya que este proceso va dar una cobertura de quienes son los avatares correspondientes.

Un derecho fundamental concierne en dar seguridad respecto de la protección de los datos personales. Ahora bien, en el metaverso se percata no solamente esta información sino se versa a través de una representación gráfica con información que se considera sensible. Lo que reafirma la importancia de la seguridad y la formación de una norma que contenga los requerimientos y lineamientos necesarios, y, una vez más, cabe señalar la importancia de la intervención del Estado a través de la autoridad competente para ejercer el control sobre la creación, modificaciones y forma de extinción de los avatares en dicho espacio, así como el esclarecimiento de las vulneraciones que pueden ser provocadas por otro avatar. Es una tarea que se debe concentrar dentro de la funcionalidad de la actividad administrativa en él era de la digitalización y respecto del traslado hacia el mundo tridimensional. Por tal razón, se debe dar esta apertura a la integración de la tecnología con el derecho para garantizar las matices, formas y la regulación de los avatares, así como las políticas públicas que deben examinar los parámetros del desarrollo de los planes de las actividades económicas del Estado, debido a que el día de hoy no se cuenta con la presencia del Estado en este medio y menos aún con una regulación precisa.

11. México. Código Civil para el Estado de Nuevo León, Ley publicada en el Periódico Oficial, el sábado 6 de Julio de 1935, Número....112, Véase en: https://www.hcnl.gob.mx/trabajo_legislativo/leyes/pdf/CODIGO%20CIVIL%20PARA%20EL%20ESTADO%20DE%20NUEVO%20LEON.pdf?2022-06-10, art.23.

La vinculación de las acciones de la tecnología, en efecto, ha pasado a la integración del comportamiento de la sociedad a realizar dichas acciones por esta vía orientada a la virtualidad y la digitalización. En la actualidad, en el paso al espacio tridimensional, tales acciones no han ocurrido de igual manera a lo referente en la presencia del Estado, en particular la administración pública. Por tal este estudio referente a intervenir sobre el cuestionamiento de la falta de congruencia del poder y el posicionamiento actual de este en el contexto de la funcionalidad presente.

Deben existir parámetros normados por el Estado para ingresar en este espacio, aunque es la iniciativa privada quien toma injerencia en este proceso sin entender que, en efecto, llevan la gestión del desarrollo en esta área pero quien debe de ejercer la estabilidad y el equilibrio de las relaciones que se presentan en este campo es el Estado como ente capaz de ejercer su capacidad con una perspectiva de objetividad e imparcialidad desde las métricas que contemplan una legislación coherente y eficiente dentro de este campo y que puede aplicar la garantía que como particulares nos manifiesta conforme a los preceptos constitucionales, mismos que no refieren al aspecto de la digitalización que con menor intensidad se puede observar en los lineamientos de estas en las funciones en el metaverso.

Esto es algo que beneficia a la sociedad. Al ingresar al metaverso, como novedad a este espacio, y no dejar al arbitrio de los creadores de esta configuración virtual las pautas a seguir para pertenecer a cierto grupo social donde se integran varias acciones y actividades al enfocar la postura de la tendencia de la vigilancia de nuestras actividades, por medio del modelo del control del Estado como el ser enfático que preserva las garantías, los derechos y los principios que vayan en simetría acorde a la situación que se presenta y a los hechos o actos acontecido por los mismos relacionado con un ordenamiento jurídico que visualice tales circunstancias.

Por todo lo antes señalado, se propone que se contemple el impacto de la presencia del Estado para dar legitimación a esto, por medio de un marco regulatorio, ya no con miras a la protección de los datos únicamente, sino que contemple situaciones que trasgredan en este espacio tales como postura de condiciones emocionales, robo de identidad, similitud de avatar, de bienes, etc, sin que puedan generar una consecuencia jurídica que sea posible reclamar, ya que no existe un área correspondiente para dicho proceso de integración en la inscripción y la creación de los avatares. Así, es competente el Registro Digital para Avatar que dependa de la administración pública como una actividad funcional para otorgar "instrumentos jurídicos establecen, entre otros principios, el interés superior de las personas a tener un registro de nacimiento, contar con una nacionalidad y el derecho a tener una identidad."[12] Se modificaría en este concepto el registro de creación de avatar y, por lo tanto, se compromete a dar la veracidad, autentificación así como la publicidad a quienes ejercen las actividades a través del avatar y logran el reconocimiento de la personalidad de estos gracias a la identificación de los avatares y la correlación coherente de los actos y hecho del avatar al proceder a reconocer quién es el sujeto físico o jurídico que representan y, así, entrelazar estos acontecimientos para señalar los supuestos jurídicos que proceda.

12. México. Convenio de Coordinación y Colaboración para implementar la consulta e impresión de actas del registro del estado civil de las personas en línea, que celebran la Secretaría de Gobernación y el Estado de Michoacán, publicado en 06 de mayo de 2016, Véase en: https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5436165&fecha=06/05/2016#gsc.tab=0

Una propuesta para la identificación de los avatares con la implementación de la tecnología se pudiera dar por medio de demarcaciones de la administración pública que, a través de manuales, guías y lineamientos, contemplen los requisitos que se solicita y expidan a través de un código QR una forma de holograma que permita identificar a este con el sujeto que constituye en el metaverso. Esto supondría el primer paso para tener injerencia en esto y el equilibrio en las relaciones jurídicas que se presenta en este espacio.

Posteriormente, se hace una integración o conformación de un sistema con una base de datos competente para la inscripción de los avatares, así como de las características pertinentes y, a través de dicho código QR, de los datos que el software correspondiente solicite o vaya requiriendo para la autentificación y, posteriormente, otorgar esa personalidad al avatar. Por eso que se lograría la individualidad con un serie de números alfanuméricos que constituyan un candando para autentificarlo, a través de un documento digital que reconozca este avatar para la integración dentro del espacio del metaverso.

Esta visión sobre la configuración y la función del Registro Digital como dependencia de la administración pública concibe que "la autonomía exige que los derechos sean respetados en toda circunstancia vital del sujeto y la faceta relacional señala el respeto debido en la relación el terceros. La dignidad implica una barrera infranqueable tanto a las acciones del Estado como de los particulares, un mínimo que todo estatuto jurídico debe respetar y asegurar"[13], en este parámetro para estar conforme al de seguridad jurídica que, por excelencia, garantiza una protección por las normas de las lesiones que podemos sufrir, conformado la certeza en los procesos y la integración de preceptos que vigilan la estabilidad de la sociedad.

Ahora bien, con la creación de dicho registro se estaría frente al principio de la publicidad al momento de constituir una correlación entre avatar y la personalidad jurídica perteneciente al sujeto del mundo tangible. Surte efecto contra terceros, puede generar la base de datos de quienes son estos, constatando tales hechos por la legitimación del proceso y el consentimiento de las personas para proceder al registro de estos, lograr el reconocimiento de estos y, al mismo tiempo, ejercer los actos o hechos de esa figura en el metaverso contando con un respaldo de quienes intervienen. Por tal razón es un hecho la falta de este proceso de expedición de comprobación de los avatares que interactúan en el metaverso para conformar una implementación correcta de la administración pública con presencia de la actividad de inscripción de los avatares sujetos que se constituye en este espacio.

Es sumamente importe contar con las garantías y principios para ejercer dicha función en el metaverso con la coacción inherente al Estado. Por tal razón no opera solamente la garantía de la seguridad jurídica para la protección de datos, con la representación holográfica del avatar se conectan otros aspectos de los sujetos que también deben estar constreñidos en la visualización de una iniciativa que ampare tales hechos y se pueda contar con un marco regulatorio que sea efectivo tanto en México como en los demás Estados que interactúan en este espacio virtual, constando que en esta época hace falta la norma jurídica que contenga el concepto de avatar, metaverso, así como supuestos jurídicos, las garantías de legalidad, seguridad, patrimonio, certeza jurídica, libertad, en sí en el campo de los medios digitales aunados al espacio tridimensional.

13. Ales Uría Acevedo María de las Mercedes, El derecho a la identidad en la filiación (Valencia: Tirant lo Blanch,2012), 387.

Se constata gracias a la tecnología que el Estado no tiene presencia y está supeditado a la tendencia que marca la iniciativa privada, siendo de gran interés la importancia de la postura sobre protección, garantía, principios, requisitos y límites de quienes integran y se relacionen a través de estos medios.

La competencia, derechos y obligaciones de los sujetos que integran este espacio no consideran el factor económico que se jacta en este, debido a que no hay regulación por parte del Estado, y es una posición que se debe resguardar como actividad, al disponer la creación de un registro digital competente a la estructura correspondiente al área de la administración pública, e instituir esta dependencia, la cual se encarga de reconocer las diferentes etapas, gestiones y trámites que van procediendo en el metaverso por los sujetos que interactúan en este espacio.

Ahora bien, los actos y hechos que se produzcan en este espacio virtual se tienen que constatar a través de gestiones pertinentes a los lineamientos y directrices que el Estado señale en los supuestos jurídicos que se puedan generar, así como la publicidad y la autenticidad para poder efectuarlos. Por lo tanto, estos actos quedan registrados en esta unidad con los requisitos y formatos que determinen para cada acción pertinente y por la designación de los procedimientos que se deben acatar en el metaverso conforme a las normas jurídicas competentes para esta área.

Desde esta perspectiva, y de acuerdo al esquema para el ingreso al metaverso, se debe solidificar esta postura del reconocimiento de los avatares, no solo por la iniciativa privada que genera estos espacio, vivencias y transacciones sino va más allá, hacia el objeto de una regulación de este medio y de aquellos sujetos que intervienen, así como el esquema para la identificación de las características, rasgos y requisitos para efectuar la catalogación correspondiente de esta posición del avatar, entre las cuales dicha representación gráfica de las personas se constituye ante un registro que sea competente para determinar las facultades y obligaciones y con tendencia a efectuar el objetivo de determinar el reconocimiento de estos y constituir la personalidad jurídica de dicha extensión a través del avatar para interactuar en este medio.

La administración pública, por medio de los elementos tecnológicos y las herramientas electrónicas, puede establecer a nivel digital el proceso de inscripción para navegar en los metaversos con la disposición del avatar correspondiente y determinar en este quién es el responsable del mismo, qué nombre se le asigna, si corresponde o no a una persona física o jurídica, su filiación al campo digital, sus características, así como la nacionalidad que adquiere, el patrimonio con el que cuenta, además de configurar, por medio de número de serie que se obtiene para obtener dicho reconocimiento y a través de un Código QR, obtener la autentificación de su inscripción en este ordenamiento y llevar un escaneo de sus modificaciones en una base de registro de estos, así como la orden de quiénes son los integrantes en este espacio y correlacionar, con conocimiento por parte de esta dependencia de la administración pública, quiénes interactúan en este medio.

Esta regulación de la administración pública es pensada para saber, al momento de la inscripción, las características que los distinguen a los avatares de los otros, así como a qué compañía corresponde la construcción de qué espacios del metaverso y, así, asignar el valor de la contribución que le corresponda para cumplir con la obligación correspondiente al Estado por realizar este tipo de gestiones a través de plataformas de dicho ecosistema. Por tal razón se debe utilizar la interoperabilidad y

la conectividad para realizar las gestiones en este espacio, debe existir un reglamento, tanto para las inscripciones de los avatares así como del espacio virtual y, por último, el Estado debe implementar los supuestos jurídicos para brindar la correlatividad y definir los objetos, sujetos, la tasa o tarifa correspondiente de acuerdo a la actividad que se marque y contribuir con lo correspondiente a los ingresos o prestaciones de servicios que se presenten en el metaverso. Lo que supone un escape de ingresos que debe percibir el Estado por dicha actividad y que actualmente no está generado la contribución correspondiente.

La conceptualización de esta idea genera seguridad, igualdad y equidad en las actividades paralelas en el mundo tangible con las que se realizan en el metaverso y con un panorama del mundo intangible que vaya a la par, para obtener de este el ordenamiento para la integración de los sujetos con sus avatares correspondientes, la demarcación del espacio digital, quien le corresponde dicho medio.

Por otro lado, es sumamente importante la identificación de los atributos que le deben corresponder a los avatares para no caer en situaciones adversas que puedan provocarse por falta de conocimiento sobre quién está detrás de dicha figura y contar con el respaldo de quien ejerza esa acción, que por la determinación de la formación de la sociedad le corresponde al Estado para ejercitar una ejecución en contra de quien haya realizado un acto o hecho ilícito, irregular o que no cumpla con los preceptos establecidos en las políticas públicas, en los supuesto jurídicos que deben ir con el parámetro de las normas legales para determinar este espacio del metaverso así como del Estado que señala la fundamentación de este y el control, medidas, requisitos y obligaciones hacia aquellas personas que son los creadores del metaverso.

Es un impulso para el fomento de la ordenación de este medio del metaverso y para que la administración pública funja en función de la regulación de los sujetos, de los procesos, de las vías, de los trámites que permitan generar un marco normativo que se debe constituir para proceder a una estructura correcta en este espacio tridimensional con la reconfiguración de la presencia del Estado, con característica como la coercitividad para imponer el orden, la estructura, el ordenamiento y los imperativos a través de los supuestos jurídicos que atañen a tal medio.

Siempre se menciona a la tecnología ha tomado la delantera, y es un hecho que se consta en la actualidad, pero es necesario que sigamos avanzando como juristas y doctrinarios, para impulsar la creación de los supuestos jurídicos y las normas legales. Se propone encontrar una solución para maquinar esta problemática que no está siendo resuelta por las autoridades de manera correcta, y corroboramos que la falta de la presencia del Estado es un factor determinante para la solución de conflicto y con referencia al contribuir al pago de las contribuciones por dicha actividad, marca los supuesto de esta actividad así como para dar la legitimación correspondiente para tomar medidas convenientes en caso de una situación adversa en este espacio. Del análisis de este artículo con la postura enfocada se manifiesta la regulación para ejercer los derechos que se configure a cada sujeto que forma parte dentro de este proceso en el espacio tridimensional.

Este artículo surge de la postura de la constitución del registro de los avatares con la posición antes señaladas como una medida y una justificación en el aspecto social, en la relevancia con el factor económico, así como del conocimiento efectivo de seguridad jurídica y protección de datos. Recalcamos la necesidad de saber quién

es el avatar que está gestando cierta acción o realizando tal o cual acto, buscar el equilibrio en basa al principio de seguridad jurídica que no se contempla en el metaverso actual, así como dar la legitimación considerando como " un orden señala dos elementos: que se cumpla con un orden en un grado significativo (eficacia de la norma), y que los sujetos lo consideren como obligatorio o válido"[14]. Por tal conjetura, lo correspondiente es al Estado, ya que a raíz de estos sucesos se tendrá lo que proclama ese derecho a la garantía judicial y la forma de consolidar las transacciones que se efectúan en este espacio y no solo el actuar con base en el principio de buena fe, contar con esas medida de seguridad que, como sociedad y como personas que interactuamos, requieren un precepto que se encuentre regulado al momento de generar una situación adversa a la contemplación de los supuestos jurídicos.

La dependencia del Registro Digital de Avatar correspondiente a la administración pública es una actividad funcional derivada de la importancia para la construcción y el ejercicio de las formas que se aceptan, así como de la capacidad y del reconocimiento de la personalidad y la unificación con el sujeto de la vida tangible para soportar los efectos de las acciones que se manifiestan en el metaverso, tener una oposición contra un tercero, otorgar el derecho de autenticidad y de publicidad que corresponda, "ya que la publicidad de un dato personal en una web en Internet abre el acceso al mismo a cualquier persona"[15] en cualquier país, impactar en la certidumbre de quienes somos dentro del espacio tridimensional.

Al analizar está postura, considero que la institución competente debe tener capacidades para generar esta actividad. El Estado, al proceder dentro de la ley orgánica de esta dependencia, debe reconocerla para efectuar de manera digital este trámite y gestionar el reconocimiento de los avatares, así como tener autonomía plena, con la capacidad económica para realizar las gestiones competentes a esta actividad desde una posición de principios que contengan congruencia hacia la publicidad, la buena fe y la autenticidad del avatar correspondiente con los requisitos que señalados para dar este paso de la inscripción.

Por último, se considera que debe contener los procedimientos, formas y los datos que se deben comprobar para la conexión con el sujeto físico o jurídico con el avatar para, de esta manera, asegurar la integración correcta de este registro. Considero un reto y una tarea de suma relevancia la certificación y el nacimiento de las facultades, competencias y obligaciones que sean acorde a su inscripción le corresponda.

4 Conclusiones

La visión tan limitada de la construcción de un Estado digital con los lineamientos acordes a la situación actual que presenta la interacción de la sociedad en México es notable. En los otros países se enmarca la tendencia de la falta de regulación dentro

14. Martínez- Ferro Hernán, "Legitimidad, dominación y derecho en la teoría sociológica del estado de Max Weber", Estudio Socio-Jurídico, Vol. 12, no. 1, Bogotá (Jan./June 2010) (2017), Véase en: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0124-05792010000100018#19
15. Antonio Troncoso Reigada "La protección de datos personales en busca del equilibrio" (Valencia: Tirant lo Blanch, 2010), 1518.

de este campo, por lo que se estima que, en efecto, la ciencia del derecho y la construcción de las normas que fijen la postura de este en el campo de la digitalización está muy atrasada.

Este artículo versa sobre la cuestión del principio de publicidad como una funcionalidad para la inscripción de los avatares que integran y que navegan en el espacio tridimensional para presentar situaciones que suscitan derechos y obligaciones, responsabilidad que, a la fecha, no existe, así como tampoco existe dependencia de la administración pública que se advoque en vigilar la construcción de este holograma, ni la correlatividad con el sujeto. Se propone la construcción del área del Registro Digital de Avatares para el reconocimiento de estos y la conectividad con el sujeto que actúa en este para el reconocimiento de la personalidad jurídica.

Además, se puede señalar que el Estado ha avanzado en referencia hacia la interoperabilidad para asegurar la accesibilidad a la conexión, pero en materia de protección de datos, respeto de derecho autor con referencia a los avatares, así como de la imagen que no sean a otro sujeto o se enfoque en características que no correspondan, son cuestiones que debe resolver esta dependencia para determinar los supuestos jurídicos que correspondan.

Es una tarea que se debe cumplir para ir a la par de la tecnología y es necesario enfatizar que la administración pública es la corresponsable del control de estas acciones, tanto en el mundo tangible, como en el metaverso.

Conflicto de intereses:

El autor declara que no existe conflicto de intereses.

Referencias

Ales Uría Acevedo, María de las Mercedes, El derecho a la identidad en la filiación. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

España, Tribunal Constitucional de España, Sentencia 292/2000, de 30 de noviembre, BOE núm. 4, de 04 de enero de 2001 (En el recurso de inconstitucionalidad núm. 1463-2000) Interpuesto por el Defensor del Pueblo, contra los arts. 21.1 y 24.1 y 2 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, 30 de noviembre de 2000,Véase en: https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/4276.

García de Enterría, Eduardo, " La democracia y el lugar de la ley" Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid Nº1 (1997): 79-96, Véase en : https://afduam.es/wp-content/uploads/pdf/1/garcia_de_enterria_eduardo.pdf

González Sanmiguel, Nancy Nelly ."Derecho Digital: Transformación de la concepción del valor de los datos personales" en coordinación Nancy Nelly González Sanmiguel, en Gobernanza y políticas públicas desde el derecho digital, Colombia: Ediciones Nueva Jurídica, 2021.

Hidalgo Toledo, Jorge Alberto. "Hipermediatización: medios, comunicación e identidad expansivas" Coordinación Jorge Alberto Hidalgo Toledo en Medios y mediación en la cultura digital, cambios estructurales y construcciones teóricas para la comprensión de la cultura digital, México: Tirant humanidades, 2018.

Martínez- Ferro, Hernán, "Legitimidad, dominación y derecho en la teoría sociológica del estado de Max Weber", Estudio Socio-Jurídico, Vol. 12, no. 1, Bogotá (Jan./June 2010) (2017), Véase en: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0124-05792010000100018#19

México. Código Civil para el Estado de Nuevo León, Ley publicada en el Periódico Oficial, el sábado 6 de Julio de 1935, Número....112, Véase en: https://www.hcnl.gob.mx/trabajo_legislativo/leyes/pdf/CODIGO%20CIVIL%20PARA%20EL%20ESTADO%20DE%20NUEVO%20LEON.pdf?2022-06-10.

México. Convenio de Coordinación y Colaboración para implementar la consulta e impresión de actas del registro del estado civil de las personas en línea, que celebran la Secretaría de Gobernación y el Estado de Michoacán, publicado en 06 de mayo de 2016, Véase en: https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5436165&fecha=06/05/2016#gsc.tab=0

México, Ley Federal de Telecomunicaciones y radiodifusión, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 14 de julio de 2014.

México, Tesis[A]: 1a. XIII/2022 (11a.) Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación., Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Undécima Época, Libro 13, Mayo de 2022, Tomo IV, página 3498, Registro digital: 2024650. Véase en: https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2024650

Pavani, Giorgia. "El Papel de la Historia del Derecho en la formación del 'Criptotipo Centralista' En América Latina." En coordinación con Massimo Brutti y Alessandro Somma en In *Diritto: storia e comparazione: Nuovi propositi per un binomio antico*, , volumen 11, Alemania: Max Planck Institute, 2018.

Pineda Rasgado, Xunaxhi Monserrat, " De la crisis económica a la crisis de la democracia" en coordinación Peña-Ramos, José Antonio; De la Garza Montemayor, Daniel Javier en Los riegos de las democracias contemporáneas, Ciudad de México: Tirant Blanch, 2021.

Spreafico, Andrea, "La construcción de redes para la consolidación de las ciencias sociales: Delich y la Arela", en coordinación Torres, Esteban y Russo, Juan en Francisco Delich y América Latina, Ciudad de Argentina: CLACSO, 2018.

Troncoso Reigada, Antonio "La protección de datos personales en busca del equilibrio" Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

Weber, Max. *Economía y Sociedad. Esbozo de sociología comprensiva, trad. de José Medina Echevarría y otros T. II, 5a ed, (México*: Fondo de Cultura Económica, 1977).

Original

Transfer of Buildability Rights in Historic, Agricultural, and Environmental Protection Areas

Derechos de Transferencia de Edificabilidad en Áreas Históricas, Agrícolas y de Protección Ambiental

DOI: https://doi.org/10.33324/dicere.v2i1.897

Santiago Albán-Sánchez, 0009-0009-8618-9724 salban@heka.com.ec
Universidad San Francisco de Quito, Quito, Ecuador.

Recibido: 13-12-2024 **Revisado:** 21-02-2025 **Aceptado:** 01-03-2025 **Publicado:** 30-05-2025

Resumen

Este trabajo busca revisar los conceptos de los derechos de transferencia de edificabilidad. En adelante también referidos como DTE- aplicables para la conservación de áreas históricas. También se intenta generar una perspectiva general del urbanismo aplicable a esta herramienta, con base en un análisis de complementos innovadores en su uso. Este es un instrumento de planificación urbana para promover la conservación a través de mecanismos de compensación que promuevan el desarrollo en las zonas receptoras, al generar un dinamismo en la economía de las ciudades, así como un incentivo para propietarios de inmuebles protegidos como patrimonio, o con clasificación agrícola o de protección ambiental.

Palabras clave

Derecho Urbanístico, Derecho Municipal, *Transfer Development Rights*, Derechos de Transferencia de Edificabilidad, Derecho de Construcción, Urbanismo, Concesión Onerosa de Derechos.

Abstract

This paper aims to review the concepts of transfer of buildability rights (TDRs), hereafter referred to as DTE, applicable to the conservation of historic areas. It also seeks to provide a general perspective on urban planning in relation to this tool, based on an analysis of innovative additions to its usage. This is an urban planning instrument designed to promote conservation through compensation mechanisms that encourage development in receiving areas, generating economic dynamism in cities, as well as offering incentives to property owners of protected heritage sites or properties classified as agricultural or environmental protection areas.

Keywords

Urban Law, Municipal Law, Transferable Development Rights, Buildability Transfer Rights, Construction Rights, Urban Planning, Compensated Transfer of Rights.

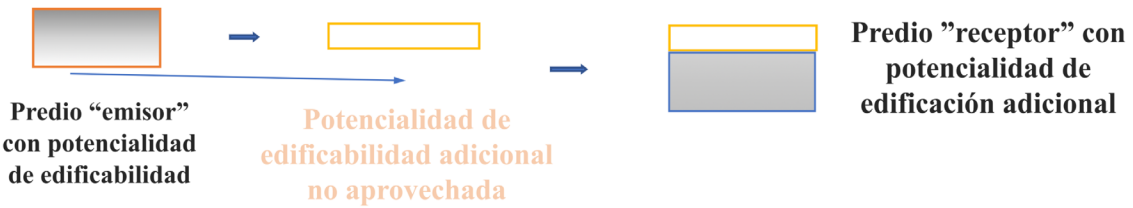
Cómo citar: Albán-Sánchez, S. (2025). Derechos de Transferencia de Edificabilidad en Áreas Históricas, Agrícolas y de Protección Ambiental. *DICERE Revista De Derecho Y Estudios Internacionales, 2*(1), 118-131. https://doi.org/10.33324/dicere.v2i1.897

1 Introducción

El Derecho Urbanístico es por definición, una rama del Derecho Administrativo que busca generar un sistema de cargas y beneficios dentro de un territorio definido a través de la aplicación un ordenamiento jurídico para quienes habitan en las ciudades[1] [2]. En este sentido, se busca que estos sistemas o herramientas, puedan ser utilizados por públicos como por privados, con la finalidad de generar un equilibrio en las zonas de aplicación de cargas, o de beneficios, según corresponda. Sobre esta base lo inicial cabe preguntarse:

Los Derechos de Transferencia de Edificabilidad -DTE- son como se puede entender sobre la base del Gráfico 1 una herramienta de aplicación urbanística, en la cual un predio A, recibe los derechos que le corresponderían a un predio B, bajo la premisa de que el predio A tiene un derecho para edificar hasta un porcentaje determinado de ocupación del suelo como coeficiente para construir, o tampoco tendría los beneficios en altura u otros aprovechamientos. Con esta herramienta, el predio A recibe y suma a sus derechos los derechos del predio B para edificar sobre el porcentaje determinado *a priori.*

Figura 1
Proceso de DTE



Tal como se puede determinar en el Gráfico 1, se establece que los derechos de transferencia de edificabilidad pueden ser emplazados para cualquier predio. Sin embargo, esto no guardaría sentido si no se busca el precautelar un bien mayor. Para esto, ha prevalecido desde los años 70, como se explicará posteriormente su historia y evolución, el "precautelar", "conservar", "mantener", "restaurar", tanto áreas históricas, bienes que se encuentran en áreas periurbanas, así como las de carácter agrícola o de preservación ecológica por ecosistema específico. Lo que se busca en este sentido, por su cercanía a la urbe, es que el área que podría transformarse en el corto plazo en áreas de aprovechamiento urbanístico para construcción (residencial, equipamiento, industrial o comercial) sean mantenidas como agrícolas o de protección ambiental.

1. José Vicente Blanco-Restrepo, "La responsabilidad patrimonial de la administración pública por las limitaciones a la propiedad y la regulación de las "cesiones gratuitas" como forma de evadir dicha responsabilidad", en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 36 (Universidad Pontificia Bolivariana, 2006) 104, 47-66.
2. Antonio Carceller-Fernández, *Instituciones de derecho urbanístico*, (Madrid: Editorial Montecorvo, 1992), 24, 25.

Esto busca que, a través de incentivos, los aprovechamientos que podrían tener estas zonas, pero que, por su necesidad de mantener ecosistemas, economías de desarrollo agrícolas o pecuarios, por un plan definido de ordenamiento en el territorio, los gobiernos nacionales y locales busquen compensar por este aprovechamiento del cual no podrían beneficiarse. Es decir, permitir que el predio receptor haga valer los derechos del predio emisor y obtenga el porcentaje sobrante del predio emisor por medio de una compensación económica. A través de la compensación económica el predio receptor obtiene dentro de su predio una extensión al límite que establece las regulaciones para edificar en su respectiva zona.

El concepto detrás de esta herramienta de financiamiento urbanístico es buscar incentivar la protección de las zonas protegidas y promover el desarrollo inmobiliario en sectores que sean más apropiados para el mismo. En términos de incentivos, por un lado, están los que le corresponde al predio emisor, este primero se beneficia porque recibe una compensación económica que podrían ser destinada a ampliar la protección de la zona en cuestión, y, por otro lado, el predio receptor se beneficia al poder exceder las limitaciones establecidas a otros predios en su misma zona y así poder desarrollar proyectos inmobiliarios más ambiciosos.

2 Desarrollo de la investigación

2.1.-Definiciones en diferentes legislaciones y doctrina

Si bien es cierto existe una serie de definiciones y acepciones en diferentes países donde se ha desarrollado los derechos de transferencia de edificabilidad, los mismos "nacen" en los Estados Unidos para poder desarrollar esta herramienta urbanística. Bajo una definición general se establece un potencial de desarrollo en un inmueble al poder utilizar dicho potencial en otro inmueble -explicado adelante-[3].

2.1.2.-Acepciones distintas en la doctrina

Los llamados "Transfer Development Rights"[4] -TDR-, desde su concepción en el derecho anglosajón, pero sobre todo desde una perspectiva del urbanismo, ha sido un elemento de amplio desarrollo en los Estados Unidos de América. En ciudades de la dimensión de Nueva York, o ciudades con desarrollo similar con el uso de estas herramientas y componentes más innovadores, desde su uso mixto para el desarrollo de vivienda de interés social como en la ciudad de Burlington, que ha convertido a los Estados Unidos en uno de los países pioneros y con mayor enfoque en este sistema de incentivos. En definitiva, es una herramienta que se implementa a través de proyectos de manera voluntaria que permite a los dueños de predios (emisor) pagar a otro por el incremento de posibilidad de densificación en el desarrollo de otra locación designada.[5]

3. Ministerio de Desarrollo *Urbano, UDPFI* Guideline vol-1 (2014), 82-83.
4. Se usa este anglicismo, ya que en la doctrina se lo menciona varias veces de esta manera al no tener una traducción precisa y ser una construcción en los años 60 en el urbanismo de los EE. UU.
5. Center for Land Use Education, *Planning implementations tools transfer of development rights* (TDR), (2005), https://www.uwsp.edu/cnr-ap/clue/Documents/PlanImplementation/Transfer_of_Development_Rights.pdf

Los derechos de transferencia de construcción en áreas históricas, esencialmente buscan que un dueño de un predio pueda vender o donar en lugares donde no podría ser sujeto a tener derechos de transferencia de edificabilidad, al entender que por zonificaciones existentes, sean para áreas históricas, localizadas en el campo o para desarrollo agrícola, puedan tener una afectación como una quebrada, o una altura que sobrepasa en algunos casos que sea sujeto de transacciones (ejemplo de Ecuador en páramos sobre los 3600 msnm)[6], es así como sobre dichas franjas no sería posible realizar dichas transferencias. Pero, sí lo sería en caso de que sean áreas aprovechables con limitaciones por su uso eminentemente agrícola en un caso, o por la limitante de haber sido declarado área histórica y por tanto no sujeta a un aprovechamiento total o a un alto costo.[7]

En la India, de acuerdo con Kankariya, se ha hecho referencia a las definiciones realizadas por las guías del Ministerio de Desarrollo Urbano, en el cual se define a los derechos de transferencia de edificabilidad que el potencial de un lote diseñado para un propósito de índole público, que es luego plasmado en un índice o una ratio exigible para poder utilizarla por un tercero con potencial constructivo. Esto, como un área adicional sobre los límites permisibles en la zonificación, como una compensación al aportar al desarrollo de un proyecto específico[8]. Se entiende así como una acepción que se puede utilizar para un desarrollo de potencial urbanístico en áreas históricas o áreas de conservación ambiental.

Existen programas a nivel mundial sobre los derechos de transferencia de edificabilidad tal como su nombre lo indica, ya que deben enmarcarse en un programa que generalmente lo lideran las municipalidades, y que efectivamente existe una transaccionalidad sobre estos derechos que no se quitan y se otorgan a otros, sino debe entenderse como una compensación entre propietarios de dos bienes, el emisor y receptor, como se explica en este artículo. El diseño de estos proyectos supone una complejidad, ya que existen costos transaccionales que tienen que ser cubiertos por ambos propietarios (en algunos casos puede ser el mismo propietario, que, de todas maneras, genera un costo transaccional) para que pueda realizarse dicha transferencia de edificabilidad de una zona que tiene limitaciones.

Esto es esencialmente en áreas históricas o patrimoniales que tienen limitantes casi absolutas en su aprovechamiento. Así otorgándoles una categoría en algunos casos nacional, o a nivel de patrimonio de la ciudad que no puede tener mayores cambios en su estructura, fachada, menos aún, al ser obvio su derrocamiento para nuevos desarrollos. Por lo que debe buscarse nuevos aprovechamientos, que suelen ser culturales, o turísticos.

2.1.3.- Antecedentes históricos

¿Cómo se definen los derechos de transferencia de edificabilidad? ¿Es la acepción correcta? ¿Qué aspectos positivos existen? ¿Cuáles son los posibles obstáculos?

Dentro de las acepciones más comunes de los derechos de transferencia de edificabilidad, o de construcción o inmobiliarios, comúnmente intercalados estos conceptos encontramos que pueden ser utiliza-

6. COOTAD, Ley de Recursos Hídricos, COA ambiental (Asamblea Nacional, 2018).
7. WeConservePA, *Transfer of development rights*, (2019), https://conservationtools.org/guides/12-transfer-of-development-rights
8. Kankariya, C. S.; P. P. Bhangale, "Transfer of Development Rights: An Effective Tool for Sustainable Urban Development." *International Journal of Latest Technology in Engineering, Management & Applied Science 4* (2015).

dos para preservación de manera general como se ha comentado anteriormente. Sin embargo, existen limitantes como puede ser el capital inicial necesario. Este tipo de limitantes son comunes en gobiernos locales en América Latina o España, ya sean municipios o su definición local -ayuntamiento, prefectura, gobierno local, entre otros-.

Estos requieren de un sinnúmero de sinergias para poder llegar a tener un programa exitoso de transferencia de edificabilidad, que incluye alternativas de financiamiento, así como fuentes de pago. Lo cual puede ser un obstáculo en un inicio, cargado de burocracia, de funcionarios que deban tener la predisposición para poder realizar los estudios iniciales, la claridad en la zonificación de la zona receptora, así como de la zona emisora. Todo esto genera posibles problemas a la hora de implementar un tipo de programa de transferencia de edificabilidad.

Asimismo, podemos encontrar que la mejor forma de "manejar" el esquema financiero, es a través de los gobiernos locales como intermediarios, entre el desarrollador y el emisor del predio, al actuar como un tercero imparcial, con control sobre las regulaciones en materia de edificabilidad y de zonificación a corto, mediano y largo plazo. Esto supone un fuerte desgaste para usuarios y un contingente importante para los funcionarios públicos, que debe ser examinado en la capacidad de los diferentes actores que confluyen para llevar a buen puerto un programa de la complejidad como estos.

En el artículo sobre el análisis de derechos de transferencia de edificabilidad de propiedad privada sobre patrimonio en Hong Kong, Hou ha establecido que estos son programas como una alternativa institucional de innovación a los instrumentos regulatorios para el desarrollo de tierras[9] en los cuales se encuentra una demanda para el desarrollo y por el otro la conservación de otros. Esta es una acepción muy importante y la más cercana a lo que debería buscarse en el derecho urbanístico, y ya en la práctica de la administración pública local, por los municipios para el desarrollo inmobiliario[10].

Es este sistema de compensaciones aquel en el que en los casos de bienes patrimoniales pueden ser protegidos bajo los programas de transferencia de derechos de edificabilidad, al realizar una carga en la zonificación del bien patrimonial al propietario por su mantenimiento, conservación y protección, a la vez que limitándolo, y, por otra parte, otorgándole un beneficio al "negociar" dichos derechos que estarían disminuidos con un bien inmueble receptor. Usualmente comparándolo con la zonificación base que podría tener la zonificación asignada más aledaña a esta, y al compensar el bien inmueble receptor, con un pago dinerario por esta zonificación en altura, o en coeficientes de ocupación del suelo al propietario a través de un tercero para el control de dicha compensación por el mantenimiento, conservación y protección del bien inmueble patrimonial -histórico en este ejemplo-.

Si bien existen ventajas como se ha señalado en este documento y que suponen una herramienta de mucho interés para el desarrollo de las ciudades, no es menos importante que también se evidencien algunos obstáculos. Los obstáculos más importantes son los costos asociados a esta transaccionalidad que pueden ser elevados que, en muchos casos, pueden por aspec-

9. Hou, J., Gu, D., Shahab, S., & Chan, E. H., "Implementation analysis of transfer of development rights for conserving privately owned built heritage in Hong Kong: A transactions costs perspective". *Growth & Change*, 51(1), (2020), 530–550. https://doi.org/10.1111/grow.12350.
10. Idem.

tos burocráticos o con un fin recaudatorio para los estados centrales o seccionales que hacen que, al existir un conocimiento no absoluto de inmuebles receptores y emisores, existan gastos para los particulares, desconocidos -tasas, costos notariales, registrales, avalúos, entre otros-, así como eventos que son inesperados.

Aspectos que Wlliamson refiere como a una especificidad interdependiente, como un resultado de la transaccionalidad específica de una inversión que resulta en contratos no estándares y que diferencia al momento de realizar una operación de compensación de derechos de transferencia de edificabilidad que, en materia de planificación urbana, pueden estar atribuidos a incertidumbre al momento de realizar la transacción, como puede ser el cambio en los usos de suelo en un momento dado, así como la complejidad, y posibles asimetrías en el costo de un derecho de edificabilidad[11] atribuible a un inmueble que puede tener una tasación que podría ser, al parecer de un propietario de un inmueble patrimonial muy baja a su criterio. O, por otra parte, del bien inmueble receptor por dicho derecho de transferencia de edificabilidad un costo muy alto para su análisis financiero dentro del proyecto a ser edificado.

2.1.3.1.- Creación desde EE.UU.

Si bien es cierto que la concepción de los TDRs fue a partir de los años 60 en los Estados Unidos, este tipo de herramienta, en materia de planificación, cobra vigencia por su uso para aminorar el impacto económico en los dueños de tierras y gobiernos locales, al pagar por conservación de tierras. Es decir, tienen una preeminencia los derechos de transferencia de edificabilidad, que, en este caso la acepción es equívoca, ya que, si bien es cierto, en el inmueble receptor se puede edificar, no se transfieren derechos análogos del bien emisor, y son derechos de transferencia de desarrollo, acepción más cercana a los *Transfer Development Rights*. El desarrollo de esta herramienta se ve esencialmente en condados que no necesariamente tienen una connotación por ser los más grandes, ni ciudades de mucha densidad poblacional, sino en aquellos que hay conciencia de conservación ambiental y agrícola. Casos como Maryland, Estados Unidos, los programas ejecutados de Calvert, Montgomery y St. Mary, en los que se preservó más de 45.600 hectáreas de tierra para agricultura, así como bosques.[12]

Una de las principales conclusiones a este esquema de derechos de transferencia de edificabilidad, es el hecho de que la propuesta de reducir densificación, hace a los programas más exitosos. Por ejemplo, un derecho de edificabilidad equivale a cinco acres -aproximadamente 2 hectáreas o 20.000,00m²- en un caso de un condado, y en otro caso, un derecho de edificar por cada veinte acres, haciéndolo cada vez menor a la capacidad de construir y edificar de acuerdo con cada área[13]. Así, establecen los regímenes de transferencia de derecho de edificabilidad en ranchos de la ruralidad, en condados como Lancaster, en los cuales se evidenció una oportunidad para densificar con mayor intensidad en la mancha urbana, y preservar las zonas agrícolas[14].

---

11. Oliver Williamson, "Comparative economic organization: The analysis of discrete structural alternatives." *Administrative science quarterly* (1991), 269-296.
12. Fang, L., Howland, M., Kim, J., Peng, Q., & Wu, J. (2019). "Can transfer of development rights programs save farmland in metropolitan counties?" *Growth & Change*, 50(3), 926–946. https://doi.org/10.1111/grow.12305. Estos programas datan desde 1978 con un período de estudio que ha permitido ver su avance durante más de cuarenta años evidenciando la preservacion en estas áreas sin mayores alteraciones en superficie y esquema de funcionamiento.
13. Ibidem p. 931.
14. WeConservePA, Conservation Tool, (2019), https://conservationtools.org/guides/12-transfer-of development-rights.

Es un caso incluso más interesante, ya que existe un fideicomiso (trust) en el cual este patrimonio autónomo, adquiere de los granjeros dichos derechos de desarrollo y los mantiene por un tiempo determinado, como un mecanismo de organización entre los agricultores del condado, a fin de poder maximizar la eficiencia en el programa de desarrollo de derechos de desarrollo, incluso al ser un competidor natural con los precios que prevea el banco de suelo de la municipalidad[15]. De todas maneras, se debe esclarecer que existen mecanismos que deben ser utilizados de manera complementaria, a través de ordenanzas municipales que desarrollen las zonas de recepción de los TDR con características específicas, para permitir unicidad en su entorno, así como elementos de diseño y estrategias de conservación ambiental con incentivos que promuevan el mantenimiento de las zonas de envío a más de los TDRs, como subsidios a ciertos insumos, vías idóneas para el transporte de productos, o dotación de servicios públicos con tasas preferentes a las zonas de desarrollo en la parte urbana.

2.1.4.- Uso en áreas agrícolas

El hecho se remonta a la posibilidad de generar un derecho que existe.

Existe un uso que se les ha dado a la hora de medir su eficacia, y no es necesariamente respecto al área usada como protección o preservación, sea en zonas agrícolas o históricas. En esencia, se ha encontrado que hay programas de derechos de transferencia de edificabilidad, en los cuales se demostró por Pfeffer y Lapping[16] que dichos programas no eran necesariamente más rentables que aquellos predios o zonas que no eran conservados. También Daniels establece que su uso no necesariamente obedece a buenas prácticas en los derechos de transferencia de edificabilidad ni al éxito en su implementación[17].

En algunos casos, ha llevado a que estas prácticas, por la falta de un adecuado ordenamiento del suelo, o programas de conservación ambiental o agrícola han devenido en un uso diferente, como son, fincas recreativas o propiedades vacacionales de gran escala, improductivas o con cambios en la vegetación endémica, a pasto o crianza de animales domesticados. Así, existe una discusión que genera mucha polémica, toda vez que, en estudios realizados, sobre la base de evidencia de muestreo de tres condados en el Estado de Maryland[18], se establece con variables controladas que, a pesar de cambiar períodos de estudios dentro de un tiempo de treinta años, siguen arrojando el resultado de que las áreas de agricultura han seguido disminuyendo con el pasar del tiempo, pese a la implementación de proyectos de derechos de transferencia de desarrollo (en los DTE mal llamados edificabilidad, al ser derechos de desarrollo).

Cabe cuestionarse ahora con el desarrollo de esta herramienta ¿qué ha pasado con estos derechos de transferencia de edificabilidad en la actualidad? La respuesta, aun ahora en el 2022, no sorprende, se han transformado las áreas de envío -o potenciales de envío- en inmuebles, en los cuales existen en lugar de granjas o ranchos agrícolas, construcciones de baja densidad residencial. Sin embargo, al eliminaro su finalidad de protección ambiental, o agrícola,

15. Idem.
16. Pfeffer, M. J., & Lapping, M. B., "Farmland preservation, development rights and the theory of the growth machine: The views of planners", *Journal of Rural Studies*, 10(3), (1994), 233–248.
17. Thomas Daniels, "The purchase of development rights: Preserving agricultural land and open space". *Journal of the American Planning Association*, 57(4), (1991), 421–431
18. Op. Cit 4, 941.

esto con aumentos significativos en la población residente en estas áreas que debían ser restringidas a la conservación. Por esta razón, es de vital importancia el delimitar reglas claras sobre densificación, uso y ocupación del suelo.

Esto se evidencia en el crecimiento de fincas vacacionales con parcelaciones en Latinoamérica, como un fenómeno no menos importante que ha cobrado vigencia en las últimas décadas. Esto se puede ver más aun, después de la pandemia en la cual se ha generado una importancia de espacios abiertos, y para familias con recursos que estas puedan hacerse de este tipo de fraccionamientos agrícolas que devienen en un uso muy distinto al que estuvieron planificados. Al extrapolar aquello a los derechos de transferencia de edificabilidad, se puede presumir que si no existe una obligatoriedad y control en el uso de esta herramienta puede devenir en la práctica en un mal uso de la planificación urbana. Se vuelve así necesario desde su génesis, desarrollar correctamente el programa, generar incentivos suficientes, controles y mantener dinamismo en el mercado[19].

En efecto, es una tarea central del derecho administrativo, específicamente del derecho urbanístico, regular los procesos de las titularidades de la propiedad, la tutela de la planeación, la creación de zonificaciones adecuadas y la correcta ordenación del suelo. Se debe tener en cuenta que las zonas rurales requieren de una mayor intervención estatal para evitar precisamente el deterioro del suelo y el desaprovechamiento de tierras agrícolas. Es decir, existe una necesidad imperante de un ordenamiento del territorio rural que de forma íntegra y cohesionada, permita garantizar el desarrollo de las zonas rurales, siendo los TDR un mecanismo de financiamiento para la preservación de estas tierras agrícolas, y de esta manera evitaro una densificación sin contraprestaciones adecuadas.

En contraste a lo que sucede en América Latina, en Europa la ruralidad tuvo un giro importante, debido a la variación de la planificación basada en el concepto de "multifuncionalidad de la agricultura", concepto que fue proclamado en 1997 por el Consejo de Ministros de Agricultura y por el Consejo Europeo de Luxemburgo. Esta propuesta constituye la reforma de la Política Agraria Común contenida en la Agenda 2000, y en donde se afirma que el campo tiene tres funciones: "la producción de materias primas y alimentos en condiciones de competitividad, la conservación del medio ambiente y del paisaje rural y la contribución a la viabilidad de las áreas rurales y a un desarrollo territorial equilibrado".

Esto ha conllevado a que deba privilegiarse la conservación y el mantenimiento adecuados de estas áreas para la provisión de seguridad alimentaria con la aplicación de herramientas urbanísticas, enfocado en un proceso de cumplimiento de garantizar esta seguridad alimentaria, al destacar incluso por parte de la Conferencia Europea de Salzburgo de 2003 (que resalta el compromiso comunitario de garantizar la sostenibilidad económica, medioambiental y social de desarrollo de todas las zonas rurales de la Unión Europea)[20].

Ahora bien, si se entiende que los derechos de transferencia de edificabilidad son programas o herramientas de uso no tradicional, se deduce que hay una necesidad importante para encontrar un equilibrio entre promotores, actores públicos, quienes generalmente son municipios y quienes son los propietarios de la tierra, o inmuebles patrimoniales, que han tenido la limitante en

19. Op. Cit. 4, 944.
20. Luis Felipe Guzmán, L., "Análisis del régimen jurídico del suelo rural", *Revista Digital de Derecho Administrativo*, No.20 (/2018): 95-135, https://www.redalyc.org/journal/5038/503858291006/html/

su uso. Así, explican desde una serie de análisis transaccionales los costos, ineficiencias e incentivos que existen a la hora de ejecutar este tipo de programas Hou, Gu, Shahab y Chan (2020)[21], quienes hacen referencia a los costos de transferencia, captura y protección de estos derechos. Además de los costos inherentes al simple hecho de ser propietario, como son los impuestos prediales, tasas de mantenimiento, seguridad (en algunos casos), alcantarillado, entre otros. Por esta razón, la preparación de los DTE debe proponer una planificación adecuada antes de su implementación, con consultas a los dueños de los lotes, no imposiciones si se quiere tener éxito en el diseño de los programas, al contar con una revaloración positiva de los inmuebles para que sean de interés de quienes desean participar en estos mecanismos de transferencia de derechos.

Así también se infiere que, junto a los costos administrativos de los municipios, existen costos legales y transaccionales para la transferencia de estos derechos que generan resistencia y poco dinamismo a la hora de hacerlos ejecutables.[22] [23] Existe un elemento que se considera como el más relevante por McConnell & Walls,[24] esto es el incentivo del mercado, bajo una perspectiva que va más allá de la teoría en materia de urbanismo y genera un acercamiento a teorías económicas relevantes. Como el reducir por ejemplo la carga burocrática de exceso de tramitología, acuerdos previos complejos, contratos, formularios, tasas, falta de digitalización de los procesos, entre otros. Para transformar así, idealmente hacia un esquema más digitalizado y ligero a la hora de ejecutar los procesos de TDR.

Latinoamérica no demoró tampoco en adoptar esta herramienta de preservación en la actualidad. Fue parte de un desarrollo de nuevos instrumentos de planificación urbana, que, en esencia responden más a una oportunidad de compensar a predios que pueden ser afectados dentro de los procesos más macro de ordenamiento territorial y otorgamiento de zonificaciones, en los cuales podría entenderse afectaciones frente a una planificación de ciudad que es necesaria para el desarrollo urbano.

Mas aun, ahora que existe una gran incidencia por el desarrollo de zonas urbanas y periurbanas, estas se han entrelazado de manera acelerada con lo que otrora fueran áreas eminentemente agrícolas, al contar con incentivos como la transferencia de derechos de edificabilidad. Precursor en Latinoamérica de esta herramienta de transferencia de derechos de construcción, ha sido esencialmente Brasil, con ciudades como Curitiba y Belo Horizonte, que se han caracterizado por su innovación en materia de planificación urbana.

En el caso de Curitiba fue uno de los pioneros en Brasil, esto se dio con el Banco Nacional de Vivienda, que como consecuencia cortó el financiamiento sobre todo para vivienda de interés social en Brasil. Por esta razón, el cobro adicional de los derechos de construcción se creó en los años 90 para el financiamiento de vivienda que tuvo mayor demanda. En 1995 el gobierno local en Curitiba logró utilizar los instrumentos de compra de derechos de desarrollo para el cuidado y preservación de áreas verdes y vivienda de interés social. En el año 2000 el plan de uso de suelo de Curitiba con ordenanzas locales, permitió el mejoramiento del instrumento de venta de derechos de transferencia de edificabilidad.

---

21. Jun Hou, Dazhi Gu,, Sina Shahab, & Edwin Hon wan Chan, "Implementation analysis of transfer of development rights for conserving privately owned built heritage in Hong Kong: A transactions costs perspective". *Growth & Change, 51*(1), (2020), 530–550. https://doi.org/10.1111/grow.12350.
22. Ronald Coase, "The Problem of social cost". *Journal of Law & Economics*, (1960), 3(4), 1–44.
23. Oliver Williamson, *The economic institutions of capitalism*, (New York, NY: Free Press, 1985).
24. Virginia Mcconnell, & Margaret Walls, "Policy monitor U.S. experience with transferable development rights", *Review of Environmental Economics & Policy*, 3(2), (2009), 288–303.

Incluso se desarrolló de mejor manera que en el resto de ciudades en Brasil y en Latinoamérica, con el financiamiento de áreas públicas atado a la transferencia de derechos de edificabilidad, incluso inmuebles municipales al servicio de la comunidad y el desarrollo de vivienda de interés social. La ordenanza municipal 9801/2000 es un ejemplo de aquello, en la cual se establecieron los componentes de este instrumento urbanístico. A pesar de esto, ha sido también compleja la implementación, ya que hay críticas al modelo de transaccionalidad ya que se establece conceptualmente que debería ser una transacción entre privados que no deba ser manejada por el público, pero en este caso también ha existido una fuerte influencia en componentes adicionales a la transferencia de los derechos por parte del gobierno local, que son necesarios cada vez que implican un cambio o alteración en los instrumentos de planificación y zonificaciones asignadas[25].

Adicionalmente, hay una distorsión en los precios "reales" o de acuerdo al mercado en Curitiba, en los cuales, la transferencia de los derechos podría no ser del todo justa o adecuada al mercado, lo que incluye distorsiones al pensar que es un impuesto o una tasa, y no un contrato, en el cual hay una transacción de derechos ha demostrado que existe complejidad al momento de ejecución de los TDRs, y, en Curitiba un caso *sui generis*, ya que incluso "compite" con otras herramientas de desarrollo urbanístico[26]

En el caso de Colombia, en la ciudad de Bogotá se manejan una serie de incentivos que se han aplicado desde el plan de ordenamiento territorial de 2004, dentro de los cuales, la Secretaría Distrital de Planeación, de acuerdo a Ocampo habría elaborado un proyecto para establecer los derechos de transferencia de edificabilidad, al incluir valores entre los ya descritos inmuebles emisores y receptores, lo cual es uno de los elementos más complejos y que debería ser dinámico a fin de que el mercado sea el que valore como se deben realizar estas compensaciones[27]. De esta manera, en el Decreto 469 del año 2003 sí hay cambios sobre los derechos de transferencias de derechos constructivos con relación a inmuebles llamados de interés cultural. Puede transferirse en principio la edificabilidad que, como ha sido explicada en este documento, pueda ser utilizada en otro predio, con la condicionante de que "esto se podría hacer únicamente cuando el inmueble mantenga los valores que motivaron su declaratoria y se ejecute un proyecto de recuperación del mismo"[28]. Lo cual debería ser siempre un requisito sine qua non en este tipo de herramientas urbanísticas para la preservación tanto de áreas históricas, agrícolas y de protección ambiental o ecológica.

2.1.5.- Innovación en TDRs para ciudades con áreas históricas protegidas

Uno de los modelos más exitosos estudiados, es el de Hong Kong, en el cual existe predios históricos, o con un valor como patrimonio intangible importante, bajo el cual se debe entender que cada inmueble

25. Marcio Marcelino, "How Investments in Urban Services Can Be Financed by the Land Value Capture Instrument "Sale of Development Rights"–The Case of Curitiba." PhD diss., Master thesis, MSc Programme in Urban Management and Development, IHS Rotterdam, (2017).
26. Fernanda Furtado, "Outorga onerosa do direito de construir: panorama e avaliação de experiências municipais". En: *Encontro da Associação Nacional de pós-graduação e pesquisa em planejamento urbano e regional*, (Belém, Brazil, 2006).
27. Mariana Ocampo Grau, *Patrones de cambio en el paisaje urbano del sector patrimonial Quinta Camacho por cambios en el uso del suelo diferentes al residencial. Periodo: 2000-2015* (Doctoral dissertation, Universidad del Rosario, 2015), 30-32.
28. Idem.

debe ser tratado de manera individual para su propuesta de desarrollo dentro de la herramienta de derechos de transferencia de edificabilidad. Hou et. al. realizan un análisis sobre esta propuesta innovadora como institución en materia de urbanismo y desarrollo en la planificación del suelo[29]. En el caso de Hong Kong, existen una serie de opciones para la implementación de derechos de construcción, esto es: i) el área receptora y la de envío de los derechos son iguales (entendemos que no necesariamente en área pero una primera aproximación, que puede ser en su valoración monetaria) permiten que el dueño del predio pueda entregar al gobierno local el predio patrimonial y desarrollar en el área contigua con base a los derechos de edificabilidad utilizados, parcial, o totalmente, una vez se haya pagado la diferencia[30].

Dentro de algunos planes de mejoramiento de las herramientas de urbanismo, se establecieron acuerdos con incentivos, en especial para los inmuebles que requieren conservación, según lo señala Mariana Ocampo[31]. Se ha demostrado también aumentos en las plusvalías tanto de los bienes inmuebles receptores como aquellos de envío. Ha existido, asimismo, un crecimiento de la ciudad innegable y mayores necesidades de buscar herramienta para financiamiento, a esto se debe como consecuencia la herramienta para preservación de áreas históricas bajo el mecanismo de DTE.

Hou concluye que existe una relevancia en que el propietario del lote emisor en el área histórica (o patrimonial), acceda a la información de la valoración del bien inmueble de manera anticipada, y que incluso se pueda validar previo a la transacción, de la misma forma existe un conocimiento adecuado si se pretende "canjear" por un área de recepción en otro predio receptor. Se debe entender que existen incluso factores culturales, etarios, que involucran un conocimiento por parte de quien diseña y ejecuta los DTE, de cómo se deben realizan los procesos de transferencia de edificabilidad para la preservación de áreas históricas.

3 Conclusiones

Los derechos de transferencia de edificabilidad, o en uso del anglicismo *Transfer Development Rights*, han demostrado ser una herramienta muy eficiente desde su concepción en los años sesenta en los Estados Unidos de Norteamérica, con un desarrollo esencialmente en las áreas agrícolas para su preservación, que incluso han mutado a usos de herramientas de potencialidades urbanísticas más complejas con la inclusión de figuras como fideicomisos, que se han enfocado a proyectos de vivienda de interés social. Desde el inicio en su aplicación, ha resultado ser un mecanismo contractual entre privados, que tiene a gobiernos locales -por lo general- manejando los estándares de dichas transacciones. Sin embargo, se han encontrado ventajas y

29. Jun Hou, Dazhi Gu,, Sina Shahab, & Edwin Hon wan Chan, "Implementation analysis of transfer of development rights for conserving privately owned built heritage in Hong Kong: A transactions costs perspective". Growth & Change, 51(1), (2020), 530–550. https://doi.org/10.1111/grow.12350
30. Op. Cit., 537
31. Mariana Ocampo Grau, *Patrones de cambio en el paisaje urbano del sector patrimonial Quinta Camacho por cambios en el uso del suelo diferentes al residencial. Periodo: 2000-2015* (Doctoral dissertation, Universidad del Rosario, (2015), 31.

desventajas en esta herramienta urbanística que es plasmada mediante planes de uso de suelo u ordenanzas específicas.

Existen ciertas ventajas como el aprovechamiento de potenciales constructivos, flexibilidad frente a zonificaciones ya establecidas, mecanismos de preservación de entornos urbanos que pueden encontrarse deprimidos, como áreas históricas o patrimoniales, así como lugares que deben ser preservados por su componente ambiental o su valor de material biodiverso. También hay desventajas como son el exceso de burocracia en buena parte de los casos por la intervención de entes reguladores, que son esencialmente direcciones o secretarías de planificación, suelo, territorio o sus equivalentes en los gobiernos locales. Lo que genera trabas en los mecanismos y formas de pago en estos contratos, en los que debe primar la voluntad de las partes como una transaccionalidad entre privados.

Así también, es complejo el registro de las transferencias entre los lotes y la creación de potencialidad constructivo o edificabilidad en el predio receptor. Elementos que pueden también generar mayores potencialidades, son los bancos de suelos que se manejen de manera adecuada con componentes técnicos, que cuenten con valoraciones reales del suelo, para que las transacciones de los derechos de transferencia de edificabilidad sean acordes al mercado y exista mayor apetito para el uso de estas herramientas. El uso de estas potencialidades ayudará a generar mejores espacios y preservaciones entornos saludables y mejoramiento continuo tanto de zonas de envío como de recepción.

Se debe trabajar en aminorar los costos de la transaccionalidad y generar diferentes herramientas urbanísticas que sean complementarias y que no se superpongan unas a otras. Se han visto así importantes esfuerzos en Latinoamérica, en especial en Brasil, con un desarrollo herramientas financieras como son los fideicomisos para la promoción de vivienda de interés social, para la protección de áreas históricas o agrícolas. En conclusión, es una herramienta con grandes ventajas y potencialidades que debe ser utilizada de manera adecuada con eficiencias y con bajas cargas burocráticas, convirtiéndose en un mecanismo bajo el cual los privados pueden usar los derechos de potencialidades de edificación para un fin específico entre ellos, así como generar para las ciudades ventajas en la preservación, conservación y desarrollo, tanto en las zonas de los predios emisores como receptores.

Conflicto de intereses:

El autor declara que no existe conflicto de intereses.

Referencias

Asamblea Nacional del Ecuador. 2010. "Código Orgánico de Organización Territorial". *Registro Oficial Suplementario*. Quito: Asamblea Nacional del Ecuador.

Asamblea Nacional del Ecuador. 2014. "Ley Orgánica de Recursos Hídricos Usos y Aprovechamiento del Agua". *Registro Oficial Suplementario.* Quito: Asamblea Nacional del Ecuador.

Asamblea Nacional del Ecuador. 2017. "Código Orgánico del Ambiente". *Registro Oficial Suplemento*. Quito: Asamblea Nacional del Ecuador.

Barrantes Chaves, Karla. 2015. "Lecciones aprendidas de casos latinoamericanos en la gestión del territorio y contexto costarricense", *Estado de la Nación en Desarrollo Humano Sostenible. Informe No: XXI Informe*, https://repositorio.conare.ac.cr/handle/20.500.12337/620

Blanco-Restrepo, José Vicente. 2006. "La responsabilidad patrimonial de la administración pública por las limitaciones a la propiedad y la regulación de las "cesiones gratuitas" como forma de evadir dicha responsabilidad", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 104, 47-66.

Carceller-Fernández, Antonio. 1992. *Instituciones de derecho urbanístico*. Madrid: Editorial Montecorvo.

Center for Land Use Education. 2005. *Planning Implementation Tools Transfer of Development Rights (TDR)*. Wisconsin: University of Wisconsin Sevens Points. https://www3.uwsp.edu/cnr-ap/clue/Documents/PlanImplementation/Transfer_of_Development_Rights.pdf

Coase, Ronald. 1960. "The problem of social cost". J*ournal of Law & Economics*, 3(4), 1–44.

Daniels, Thomas. 1991. "The purchase of development rights: Preserving agricultural land and open space". *Journal of the American Planning Association, 57*(4), 421–431

Fang, Li & Howland, Marie & Kim, Jinyhup & Peng, Qiong & Wu, Jiemin. 2019. Can transfer of development rights programs save farmland in metropolitan counties?. *Growth and Change*. 50. 10.1111/grow.12305.

Furtado, Fernanda. 2006. "Outorga onerosa do direito de construir: panorama e avaliação de experiências municipais". *Encontro da Associação Nacional de pós-graduação e pesquisa em planejamento urbano e regional.* Belém, Brazil.

Gustafsson, Hanna-Ruth, and Elizabeth Kelly. "Urban innovations in Curitiba: A case study." *Eugene & Carol Ludwig Centre for Community and Economic Development.* 24-25.

Guzmán, Luis. 2018. "Análisis del régimen jurídico del suelo rural." Revista Digital de *Derecho Administrativo.* 20, 95-135. https://www.redalyc.org/journal/5038/503858291006/html/

Hou, Jun & Gu, Dazhi & Shahab, Sina & Chan, Edwin. 2020. "Implementation analysis of transfer of development rights for conserving privately owned built heritage in Hong Kong: A transactions costs perspective". *Growth and Change*. 51. 530-550. 10.1111/grow.12350.

Kankariya, C. S., and P. P. Bhangale. 2015. "Transfer of Development Rights: An Effective Tool for Sustainable Urban Development." *International Journal of Latest Technology in Engineering, Management & Applied Science* 4

Marcelino, Marcio Alex. 2017. "How Investments in Urban Services Can Be Financed by the Land Value Capture Instrument Sale of Development Rights"–The Case of Curitiba". PhD diss., Master thesis, Rotterdam: MSc Programme in Urban Management and Development.

Mcconnell, Virginia & Walls, Margaret. 2009. "Policy monitor U.S. experience with transferable development rights". *Review of Environmental Economics & Policy,* 3(2), 288–303.

Ocampo Grau, Mariana. 2015. *Patrones de cambio en el paisaje urbano del sector patrimonial Quinta Camacho por cambios en el uso del suelo diferentes al residencial. Periodo: 2000-2015*. Doctoral dissertation. Rosario: Universidad del Rosario.

Pfeffer, Mark and Lapping, Max. 1994. "Farmland preservation, development rights and the theory of the growth machine: The views of planners". *Journal of Rural Studies*, 10(3), 233–248.

We Conserve PA. 2019. *Transfer of Development Rights*. https://conservationtools.org/guides/12-transfer-of-development-rights

WeConservePA. 2019. *Conservation Tool.* https://conservationtools.org/guides/12-transfer-of-development-rights.

Williamson, Oliver. 1985. *The economic institutions of capitalism.* New York: Free Press.

Williamson, Oliver. 1991. "Comparative economic organization: The analysis of discrete structural alternatives." *Administrative science quarterly*, 269-296.

Original

Las respuestas de política migratoria de Colombia y Ecuador frente a la movilidad humana venezolana

Migration policy responses of Colombia and Ecuador to the human mobility of Venezuelans

DOI: https://doi.org/10.33324/dicere.v2i1.882

Estefania Abigail Barros-Bravo, 0009-0008-0831-1790 estefania.barros@uasb.edu.ec
Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, Ecuador.

Recibido: 08-03-2025 **Revisado:** 30-04-2025 **Aceptado:** 22-05-2025 **Publicado:** 30-05-2025

Resumen

Alrededor de 110 millones de personas en el mundo se encuentran en situación de movilidad humana, convirtiéndose en un fenómeno social que transforma las sociedades y representa un desafío global. En la región latinoamericana se destaca la movilidad de las personas de nacionalidad venezolana, quienes se han trasladado a diferentes países, generando un impacto relevante en Colombia y en Ecuador, provocando que estos Estados generen acciones de política migratoria para atender esta situación. Este documento analiza de manera deductiva, cualitativa y cuantitativa, la ejecución de las políticas migratorias en Colombia y Ecuador, relacionadas a la movilidad humana forzada de las personas de nacionalidad venezolana dentro del período 2017 al 2023. Para ellos, se identificará el concepto de movilidad humana forzada y las políticas migratorias con enfoque en derechos humano; se contextualizará la movilidad humana venezolana y finalmente, se mencionará aspectos importantes de política migratoria de Colombia y Ecuador.

Abstract

Around 110 million people in the world are in a situation of human mobility, becoming a social phenomenon that transforms societies and represents a global challenge. In the Latin American region, the mobility of Venezuelan nationals, who have moved to different countries, stands out, generating a relevant impact in Colombia and Ecuador, causing these States to generate migratory policy actions to address this situation. This academic article analyzes deductively, qualitatively and quantitatively, the implementation of migration policies in Colombia and Ecuador, related to the forced human mobility of Venezuelan nationals within the period 2017 to 2023. For them, the concept of forced human mobility and migration policies with a human rights approach will be identified; Venezuelan human mobility will be contextualized and finally, important aspects of migration policy in Colombia and Ecuador will be mentioned.

Cómo citar: Barros-Bravo, E. A. (2025). Las respuestas de política migratoria de Colombia y Ecuador frente a la movilidad humana venezolana . *DICERE Revista De Derecho Y Estudios Internacionales, 2*(1), 132-149. https://doi.org/10.33324/dicere.v2i1.882

Palabras clave

Movilidad humana, movilidad humana forzada, políticas públicas, políticas migratorias, derechos humanos.

Keywords

Human mobility, forced human mobility, public policies, migration policies, human rights.

1 Introducción

Dentro de las dinámicas sociales más relevantes de los últimos años se encuentra la movilidad humana, comprendida como aquel flujo de personas que se trasladan de un lugar a otro, a causa de situaciones que responden a características obligatorias o voluntarias. En este contexto, acorde a los datos aportados por el Alto Comisionado de Naciones Unidas – ACNUR – para el 2023, 110 millones de personas fueron forzadas a desplazarse de sus lugares de origen en busca de protección, en América Latina esta cifra alcanzó 20 millones de personas (ACNUR, s. f.). Esta situación, trae consigo implicaciones a la comunidad internacional debido a que se ha comprometido a garantizar los derechos esenciales de las personas en estos contextos, por medio de los Tratados Internacionales en esta materia.

Las personas de nacionalidad venezolana comprenden al segundo grupo de persona en situación de movilidad, a nivel global y regional, fenómeno que se ha desarrollado a partir de las graves situaciones económicas, políticas, sociales y culturales, resultando en una de las mayores crisis humanitarias que afectan los derechos esenciales de quienes han salido de Venezuela y de los que todavía se encuentran. Asimismo presenta características específicas que reflejan distintas etapas a lo largo de los años, siendo uno de los más representativos, lo ocurrido en el 2017 cuando se registró un número importante de personas de nacionalidad venezolana que salieron y se trasladaron a países de América del Sur, lo que desafió a los Estados Latinoamericanos a propiciar respuestas efectivas en materia de política migratoria; en este sentido, se destaca Colombia como el primer país receptor de personas de nacionalidad venezolana y Ecuador como un país receptor de un importante número de ciudadanos venezolanos, los cuales han desarrollado marcos normativos de política migratoria que coadyuvan, en alguna forma, a garantizar los derechos fundamentales de este grupo de interés.

El presente documento analiza aspectos relevantes de la política migratoria colombiana y ecuatoriana frente al fenómeno de la movilidad humana forzada de las personas venezolanas dentro del período 2017 - 2023. A través de un proceso deductivo y cualitativo que pretende analizar la literatura académica relacionada a la movilidad humana forzada y política migratoria, así como recopilar información de fuentes primarias y secundarias, como los informes emitidos por los Observatorios de derechos

humanos y la Plataforma de Coordinación Interagencial para Refugiados y Migrantes de Venezuela.

A continuación, se abordará aspectos teóricos de la movilidad humana forzada y la política migratoria con enfoque en derechos humanos, se presentará algunas características específicas de los factores expulsores de la movilidad humana forzada venezolana y se realizará un análisis de las principales acciones de políticas migratorias adoptadas por los Gobierno de Colombia y Ecuador dentro este contexto.

2 Aproximaciones teóricas de la movilidad humana forzada y la política migratoria

2.1 Movilidad humana forzada

La movilidad humana debe ser comprendida como un fenómeno multidisciplinar, que históricamente ha mostrado ser un potente motor de transformaciones sociales con importantes vínculos para el desarrollo de las sociedades (Vázquez, 2019, p. 91). Este concepto se define a partir de "aquellos procesos concretos que cualquier persona o grupo humano realiza o experimenta para establecerse temporal o permanentemente en un sitio diferente a aquel en donde ha nacido o residido" (Forero, 2008. p. 9). A pesar que esta concepción se encuentra en desarrollo, durante las últimas décadas, destaca una importante riqueza teórica al incorporar aristas fundamentales que se encuentra relacionadas a la migración.

Para las teorías clásicas la migración es un fenómeno social que se encuentra en relación a los medios de producción, sin embargo, autores como Mezzadra, Boutang, destacan a *la autonomía de la migración*, la cual busca enfatizar en la importancia de asumir esta dinámica como un proceso social, siendo una fuerza creativa que interactúa entre las fuerzas estructurales como las económicas, políticas, culturales y legales y decisiones individuales. En tanto,

> la migración se entiende como parte de una constelación de mayor escala, formada por una serie de relaciones sociales y procesos de conflicto, no simplemente de una respuesta a la variable de pobreza o consecuencia de redes de coyotes y contrabando (Casas-Cortés y Cobarrubias, 2020. p. 90).

Permite que exista una discusión entre los movimientos humanos y el reconocimiento a las personas en movilidad humana como sujetos que transforman las sociedades, brindando espacios para conocer las luchas diarias y la posibilidad de generar acciones directas. De manera que, la movilidad humana es el traslado intencional o forzado, con libertad o sin ella, que forma parte de las características inmutables del ser humano y se ejecuta a través del desplazamiento en el espacio, a diferentes escalas y temporalidades. Es un fenómeno social que requiere la aplicación de una perspectiva multidisciplinaria al encontrarse en constante transformación y que tiene al ser humano en el centro, siendo necesaria la incorporación del enfoque de los derechos humanos. La cual se basa en reconocer los procesos de conquista para identificar las necesidades reales y objetivas de los seres humanos, tomando en

consideración los distintos hitos históricos y contextos culturales (Casas-Cortés y Cobarrubias, 2020. p.575).

En este contexto, en la movilidad humana forzada es importante destacar que desde la visión clásica del desplazamiento se ha concebido como aquellos movimientos realizados por las personas a causa de las endémicas vulneraciones y/o violaciones a los derechos humanos a los que son expuestos, en la mayoría de los casos, debiendo traspasar fronteras estatales, es decir las personas, son obligados a ejercer el derecho de libre movimiento, de forma involuntaria. (Castles, 2003. p. 3). Es común entender como sinónimos la movilidad humana forzada y el reconocimiento de refugio de un Estado, sin embargo, resulta limitante esta concepción pues el refugio está elemento de la movilidad humana forzada e incluso pueden convertirse en interseccionales entre sí.

Esta no debe ser observada desde la precisión jurídica que proporcionan los instrumentos del Derecho Internacional de los Refugiados, como la Convención de Viena sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, para diferenciar entre migrantes y refugiados. Situación que excluye el análisis holístico de los derechos de las personas en esta situación, que no debe ser limitada al supuesto único, de la categoría de refugiado, simplemente por el hecho de las diversas motivaciones que inducen al desplazamiento. La concepción de refugio está restringido para las personas en necesidad de ***protección internacional*** que escapan de sus lugares origen debido a las vulneraciones graves a los derechos humanos. Entonces los valores de dignidad humana y de solidaridad que han sido asumidos por la comunidad internacional, a través de los consensos internacionales institucionalizados, se convierten en acciones discriminatorias frente a las necesidades de las personas en situación de movilidad humana forzada (Mármora, 2010. p. 73). En este caso, se sugiere que las respuestas estatales sean guiadas bajo mecanismos de derecho consuetudinario, para propiciar vías de protección de derechos a aquellas personas que por motivos razonables no quieren o no pueden retornar a sus lugares de residencia habitual (Henkel, 1982).

Los principios del asilo y procedimiento para determinar la condición de refugio se encuentra el principio de no devolución, el cual manifiesta que ningún refugiado o solicitante de asilo deberá ser regresado, ya sea a su país de origen o a otros países donde pudieran encontrarse en peligro. El principio de buena fe, como la creencia sincera y genuina del Estado frente a las declaraciones de las personas que han dejado sus lugares de origen. Estos principios fundamentales del Derecho Internacional, Derecho de los Refugiados y Derecho de los Derechos Humano son esenciales para comprender que una persona que se encuentra en movilidad humana forzada, e ingresa a territorio determinado en búsqueda de protección internacional, refleja la necesidad que se atiendan y se garantice su admisión y permanencia, la protección contra la devolución y la aplicabilidad a la solidaridad internacional (Martínez Monge, 2012, p. 36 - 38).

El reconocimiento de la complejidad de la movilidad humana forzada y la aplicación de la protección internacional son claves para incorporar mecanismos efectivos que permitan incorporar la visión de la movilidad humana forzada dentro de los desafíos globales, con la finalidad de articular acciones que puedan ser traducidas como políticas migratorias que atiendan a las necesidades y empoderen a las personas en movimiento, a través de una adecuada aplicación de estas por parte de los Estados receptores (Chimni, 2009. p. 24).

2. 2 Políticas migratorias con enfoque en derechos humanos

En la perspectiva de movilidad humana forzada incorpora la responsabilidad estatal de ejecutar acciones para garantizar los derechos fundamentales de las personas en estos contextos, a través de políticas migratorias. En la actualidad, la humanidad se enfrenta a crisis profundas, entre ellas los desplazamientos, esto representa un reto sin precedentes para los Estados y resulta clave que la incorporación de esta problemática dentro de la agenda pública. En tal sentido, es menester comprender a la política pública y la mirada hacia la política migratoria desde un enfoque de derechos humanos.

El desarrollo conceptual de las políticas públicas se encuentra adscrita a las propuestas teóricas de la filosofía política y el pensamiento económico, esta visión se ha ido modificando con el transcurso del tiempo con la finalidad de conocer las problemáticas comunes para entender los dilemas relativos al bienestar de las personas y el mejoramiento en la calidad de vida. Entonces las políticas públicas son todas las acciones concretas que un Estado ejecuta a fin de resolver las cuestiones o problemas comunes para ser incluidos en la agenda pública. La aplicación de estas actividades es realizada por las instituciones gubernamentales de forma directa o por sus agentes, dirigidas a tener una influencia sobre la vida de las personas (Fontaine, 2015. p. 55). Por su parte, Pallares señala: las políticas públicas deben ser consideradas como un "proceso decisional" que se lleva a cabo para obtener resultados a lo largo plazo en beneficio del bienestar común, atendiendo los problemas públicos (1988. p. 144).

De manera que, el Estado tiene "la responsabilidad de atender estos asuntos que atentan a los derechos fundamentales de todas las personas, con un enfoque multidisciplinario y multimetódico, con la finalidad de brindar una resolución a un problema que obstaculiza el bienestar común" (Valenti Nigrini y Flores Llanos, 2009. p. 170). Dentro marco normativo internacional se evidencia la responsabilidad estatal, tanto por acción o por omisión, para la garantía y el pleno goce de derechos humanos de las personas que se encuentran en determinado territorio, convirtiéndose en una obligación estatal, siendo estas acciones de naturaleza positiva, con la adopción de medidas afirmativas o la eliminación de obstáculos estructurales (Melish, 2003. p. 184).

Dentro de las características principales de las políticas pública se encuentra: el contenido a través de la movilización recursos, el programa que resuelve la problemática pública, la orientación normativa, el factor de coerción que sea impuesto a la sociedad y la competencia social puesto que tiene que afectar a determinado grupo social (Meny y Thoenig, 1992. p. 65); por ende, las políticas públicas se ocupan de estudiar y dilucidar las mejores estrategias para solventar los dilemas públicos.

Dentro del ciclo de las políticas públicas se ubica al reconocimiento de los problemas públicos, para la posterior formulación, ejecución y evaluación, se debe señalar que en cada una de las etapas intervienen diversos actores públicos y privados que defienden distintas opciones de la solución de dichos dilemas, para así articular una agenda pública (Fontaine, 2015). Así, la construcción de políticas públicas propugna por convertirse en espacios de participación para el intercambio equitativo de información y no discriminación.

El enfoque de derechos humanos en la construcción de política pública, cada día está tomando mayor relevancia, puesto que permite la articulación de herramientas fundamentales para la integración de normas, estándares y principios de dere-

chos humanos, en la formulación de planes, política y procesos de gestión pública; esto con la finalidad de asegurar la implementación de acciones que coadyuven al disfrute de los derechos humanos y no únicamente como la satisfacción de una necesidad específica, convirtiéndole en el centro de la esfera pública (Castro et al., 2013. p. 29). Con lo cual, agregar a las personas en movilidad humana forzada dentro de la agenda pública es fundamental para la generación de políticas migratorias.

Entonces, las políticas migratorias se convierten en el conjunto de esfuerzos gubernamentales para resolver problemáticas comunes asociadas a la movilidad humana a través de intervenciones integrales y coherentes, fundamentadas en regulaciones, que incluyen marcos legales e implementaciones concretas (EMM2, 2024). Estas acciones buscan articular mecanismos para construir una

> "gobernanza migratoria ajustada entre las percepciones y demandas sociales sobre las causas, características, y efectos de los movimientos migratorios; y las posibilidades e intencionalidad de los Estados para dar respuestas a dichas demandas en un marco de legitimidad y eficacia" (Mármora, 2010).

Lo cual se puede traducir en acciones en concreto, como el fortalecimiento de los sistemas migratorios y de protección internacional para garantizar una regularidad migratoria, ante el alto número de personas en movilidad humana.

Por esta razón, la política migratoria con enfoque de derechos humanos es el resultado de la implementación de los mecanismos estatales incorporados en la agenda pública, que buscan atender las problemáticas existentes entorno a la movilidad humana. Se caracteriza por reconocer la importancia de los procesos participativos con de los diferentes actores de la sociedad, colocando a la persona en el centro, es decir atendiendo a las necesidades de las personas en contextos de movilidad humana forzada. A diferencia de las visiones tradicionales que pretenden alcanzar resultados y objetivos propuestos sin el reconocimiento de los problemas de la sociedad, esta visión busca identificar las causas inmediatas para propiciar programas y proyectos holísticos con participación de diversos actores, con atención al contexto político, civil, cultural, económico y social de todas las personas que se encuentra dentro de un territorio específico.

3 Características del fenómeno de movilidad humana forzada de las personas de nacionalidad venezolana

En la última década la movilidad humana venezolana se ha caracterizado por ser la segunda más importante a nivel mundial, esto se da a consecuencia del manejo del gobierno venezolano en materia económica, social y política, llevándolo a una grave crisis económica, los cuales son detonantes para el incremento de la violencia y otras graves afectaciones al orden social del país; como resultado los ciudadanos venezolanos se han visto en la obligación de abandonar su país por la gran crisis que se vive en estos momentos. Esta movilidad se desarrolla a partir de los factores de expul-

sión, que se han profundizado a través de los años por las deficientes condiciones de vida como producto de una de las mayores tasas de inflación económica del planeta, la escasez de alimentos y la falta de medicinas, situación que llevó en sus momentos más críticos a hambrunas y muertes de varios ciudadanos.

Acorde a lo presentado por la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) y el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), hasta junio de 2023 un total de 7´722.579 de personas de nacionalidad venezolana han salido de este país a causa de la crisis económica, política y social de ese total 6´538.756 personas se encuentran en algún país de América Latina y el Caribe. Los diez principales países receptores de personas venezolanas en movilidad humana son: Colombia, Perú, Brasil, Ecuador, Chile, Argentina, República Dominicana, México, Panamá y Trinidad y Tobago. Este grupo de países, en conjunto acogen al 98% de personas en contexto de movilidad humana en la Región Latinoamericana, tal como se muestra en la ilustración a continuación (R4V, 2024b).

Este fenómeno social ha representado ser un desafío para los gobiernos latinoamericanos, debido al número exorbitante de personas en movimiento. Es por ello que la movilidad humana de personas venezolanas se divide en tres etapas. La primera se ubica en los años 2000, cuando un porcentaje mínimo de personas de clase media-alta, empresarios y estudiantes se trasladaron a Estados Unidos y Europa debido a la nacionalización de las industrias y la creciente inseguridad, estos flujos de personas se mantuvieron hasta el 2012, momento en que se modificó las dinámicas estructurales en Venezuela, pues la falta de acceso a derechos esenciales fue más evidente y obligo a las personas a salir hacia destinos tradicionales como Estados Unidos y a otros nuevos como Colombia, Panamá y República Dominicana, esto por la cercanía y facilidad de arribo que representaban estos destinos (Arroyo Laguna et al., 2022, p. 37).

A partir del año 2015, se comenzó a observar un incremento en los índices de personas que abandonaron el país por la crisis económica, la hiperinflación, el desabastecimiento de alimentos, falta de empleo y oportunidades fueron los detonantes para el aumento de la violencia y la inseguridad (Arroyo Laguna et al., 2022, p. 41). Según el Observatorio Venezolano de Violencia (OVV) en el 2018, la tasa de muertes violentas por cada 100.000 habitantes fue de 81,4 muertes, mientras que en el año 2019 la tasa de muertes violentas llegó 60,3 muertes por cada 100.000 habitantes. Se destaca también, la crisis política y económica que permitió que grupos armados se fortalezcan e incrementen su accionar en el territorio, filtraron los distintos niveles de gobierno por medio de la corrupción, modus operandi, lealtades políticas y relaciones ilegales con el Gobierno de Maduro (Torres et al., 2022, p. 31). Esto muestra que la crisis estructural del país desemboco en el incrementado de los homicidios, la pobreza y la quiebra de empresas locales obligando a las personas a buscar mejores oportunidades fuera de Venezuela.

El descontento social aumento provocando masivas manifestaciones sociales como una respuesta ante a las decisiones del Gobierno venezolano. El Observatorio Venezolano de Conflictividad Social (OVCS) indicó que en el 2017 se desarrollaron 9.787 manifestaciones, en el 2018 se realizaron 12.715, mientras en el 2019 tuvieron lugar 16.739 manifestaciones. “En 2019, el 42 % de las manifestaciones guardaba relación con demandas por derechos políticos y civiles, mientras que el 58 % de las protestas estaban relacionadas con derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, incluidas las demandas para conseguir mejores condiciones económicas y salarios” (Unión Europea EASO, 2020, p. 7).

Dentro de este contexto, se identifica que las manifestaciones del 2017 surgieron por la crisis económica donde los residentes de las zonas más pobres se concentraban para exigir mejores condiciones de vida, estas se desarrollaban en las noches con el fin de evitar la represión social, en paralelo se llevaban a cabo las manifestaciones por la problemática política, las cuales eran gestadas por diferentes grupos de la población. En el año 2019, inició el movimiento de protesta que apoyaban a los desertores de la Guardia Nacional Bolivariana y al autoproclamado presidente interino Guido, unificando la oposición política. Durante la pandemia por la COVID-19 las manifestaciones se centraron en las reclamaciones del abandono estatal por la falta de alimentos y las malas condiciones de vida, durante esta temporada el gobierno bloqueó las vías de comunicación hacia el exterior, la cual fue acompañada por una fuerte represión policial (Unión Europea EASO, 2020, p. 31).

Se consolidó así la criminalización de las manifestaciones, pues la represión fue organizada desde los mecanismos de seguridad estatales especializados, lo que produjo la creación y/o inserción de grupos armados estales y no estales, bandas criminales dedicadas al narcotráfico y la delincuencia común y organizada como controladores estatales. Dentro de las observaciones y recomendaciones preliminares de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en visita in loco a Venezuela se identificó que:

> La situación de derechos humanos de los migrantes, solicitantes de asilo, refugiados, apátridas y otras personas en necesidad de protección internacional, la importancia de la garantía de sus derechos mínimos, los cuales se encuentran en relación con el acceso, la prestación y el paso libre de asistencia humanitaria para la población venezolana bajo los principios de humanidad e imparcialidad y sin discriminación alguna, de acuerdo a los Principios Interamericanos (OEA CIDH, 2020).

Ante tales condiciones y las propiciadas por la Pandemia del COVID-19, las personas venezolanas decidieron abandonar el país, trasladándose por ese corredor del sur, el cual comprende a países como Colombia, Ecuador, Perú, Bolivia, Chile, Argentina y Uruguay. Debido al alto número de personas en tránsito y movimiento por la región, empezaron a requerir asistencia de varios organismos internacionales, a fin de garantizar sus derechos fundamentales. Sin embargo, los Gobiernos de la región empezaron a tomar las medidas de contención, freno y hasta de rechazo, lo que generó controversias políticas causantes de innumerables crisis humanitarias, concibiendo medidas de orden securitista (Gómez Martín, 2020). Esta situación ha provocado que se atente a los derechos humanos fundamentales de las personas en movilidad humana, como lo cita el numeral 1 del artículo 14, de la Declaración Universal de Derechos Humanos "en caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país", así como el disfrute al libre tránsito y libre residencia (ONU Asamblea General, comunicación personal, 1948).

El enfoque securitista se basa en el control y la seguridad nacional, el cual se basa en la profunda desconfianza hacia las personas extranjeras, por lo tanto, la noción de movilidad humana es vista como una amenaza para los países de destino, evidenciando tensiones sociales a causa de la movilidad irregular y la falta de procesos de integración en las comunidades de acogida (Ramírez Gallegos, 2022).

En este contexto, la movilidad humana venezolana empieza a resonar con la concepción de tránsito, pues al limitarse el in-

greso a su país de destino se modifica la dinámica inicial de su movimiento y en lugar de trasladarse a su lugar previamente selección, debe modificar sus planes y por la generación espontánea debe permanecer en otro lugar. Entonces se requiere que se identifiquen los canales informales, ventanas de oportunidad, formas de solidaridad y redes que se construyen desde la experiencia de aquellos que caminaron antes, para reconstruir sus vidas. Como resultado, se generan las movilidades superpuestas a causa de la securitización migratoria, la explotación laboral y otras vulneraciones han provocado que las personas venezolanas se encuentren en un proceso continuo de reconstrucción de sus vidas una y otra vez durante su movilidad (Gómez Martín, 2020).

Como resultado, los flujos de movilidad humana de personas venezolanas se convierten en forzados, al no responder únicamente a la necesidad de buscar mejores condiciones de vida, si no a situación que en muchos de los casos las hacen obligatorias pues han sufrido algún tipo de vulneración a sus derechos como la libertad, seguridad, entre otros. Como muestran las cifras históricas de la OIM y el ACNUR, los flujos de movilidad humana forzada de las personas venezolanas no han cesado, todo lo contrario, se encuentran en constante reconfiguración, pues los países tradicionales de América del Sur con la intención de dirigirse al norte del continente.

4 Políticas migratorias adoptadas por Colombia y Ecuador

4. 1 Colombia y su política migratoria

El fenómeno de la movilidad humana venezolana representó un desafío para Colombia, pues, fue la primera vez que acogió a un número significativo de extranjeros en este territorio, al dejar de ser un país emisor de personas en movilidad humana forzada por el conflicto armado interno y pasar a ser el primer país receptor de personas de nacionalidad venezolana, en agosto de 2023 se reportó, que Colombia acogió a 2.894.593 millones de personas refugiadas y migrantes de Venezuela, dentro de las características demográficas se destaca que el 52% de las personas de nacionalidad venezolana residiendo en Colombia son mujeres, y el 48% son hombres, mientras que grupo etario predominante son las personas de 18 a 39 años (Colombia Ministerio del Trabajo, 2023).

En este contexto, se evidencia que las personas en movilidad humana enfrentan obstáculos para el libre ejercicio de los derechos esenciales y que está estrechamente relacionado con la posibilidad regularizar su situación migratoria. En este sentido, se ha podido demostrar que la movilidad humana en Colombia ha sido catalogada como un fenómeno iniciado hace varios años, el cual se encuentra en constante modificación por las dinámicas que este fenómeno presenta. Colombia ha aplicado respuestas y mecanismos estatales para hacer frente a esta situación y garantizar los derechos fundamentales de personas venezolanas. Como una de las respuestas estatales, relativas a los sistemas migratorios y de protección internacional del Gobierno de Colombia, se encuentran las implementadas por Migración Colombia:

> Organismo civil de seguridad con jurisdicción en todo el territorio nacional, adscrita al Ministerio de Relaciones Exteriores, ejerce funciones de autoridad de vigilancia y control migratorio y de extranjería del Estado colombiano, dentro del marco de la soberanía nacional y de conformidad con las leyes y la política que en la materia defina el Gobierno Nacional (Colombia Migración, 2023).

Dentro de las respuestas del Gobierno colombiano relativa a la movilidad humana forzada de personas de nacionalidad venezolana, se encuentra la entrada en vigencia del otorgamiento del Estatuto Temporal de Protección a Migrantes Venezolanos (ETPMV), uno de sus enfoques ha sido brindar una solución de regularidad migratoria a más de dos millones de personas venezolanas en territorio colombiano. El ETPMV ha proporcionado a los venezolanos elegibles un permiso de residencia de diez años, promoviendo así el acceso a la documentación, estatus regular, medios de vida, servicios públicos y bienes y servicios esenciales para personas refugiadas y migrantes (R4V, 2022a).

Según la información estadística de la plataforma R4V se señala que alrededor de 2.200.000 personas de nacionalidad venezolana se encontrarían con permiso de residencia y estancia regular concedido (R4V, 2023). Por su parte se ha identificado que para el año 2023, las solicitudes de asilo son de 22.300, las cuales se encuentran pendientes y se han reconocido como refugiados a 1.400 personas, correspondiente al 0,05% del total de personas en contexto de movilidad forzada en territorio colombiano (R4V, 2022b). Situación que permite evidenciar que el fortalecimiento del sistema migratorio ha sido la principal opción de política migratoria para afrontar la crisis de movilidad humana forzada.

En lo referente a las políticas migratorias implementadas para garantizar la protección internacional al grupo de interés de este estudio, se ha evidenciado que el Estado colombiano a través del Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 incorporó el objetivo 3, el cual aborda la generación de alternativas para crear empleos de calidad y acceder al aseguramiento ante la falta de ingresos y los riesgos laborales. Específicamente, en la política 3.5 se menciona:

> La promoción de acciones frente a la migración laboral, dentro este, en el apartado tercero promovió la migración laboral ordenada y regulada con base en los principios fundamentales del trabajo, fortaleciendo las herramientas de control, inspección y vigilancia para los trabajadores migrantes y la intermediación laboral hacia Colombia y fuera de ella (Colombia, 2014).

Mientras que en el Plan de Desarrollo "Pacto por Colombia, pacto por la equidad" 2018 – 2022, dentro del eje de equidad aborda aspectos respecto a brindar una respuesta oportuna a las cambiantes dinámicas migratorias, con el objetivo que esta sea segura, ordena y regular (Colombia, 2018).

Por otra parte, la Corte Constitucional Colombiana ha ejercido un papel fundamental para la promoción de los derechos de las personas en contexto de movilidad humana forzada, pues ha emitido sentencias constitucionales que por la obligatoriedad de su cumplimiento, se traducen en políticas migratorias con enfoque en derechos humanos, garantizando así el acceso al derecho a la salud, educación, entre otros. Esta visión se extiende a las personas en contextos de movilidad humana residentes en el territorio y a las que se encuentran en tránsito, permitiendo mecanismos que ga-

ranticen una regularidad migratoria según el caso lo amerita (FUPAD Colombia, 2024).

Colombia, por las acciones emprendidas en este contexto, se presenta como un Estado garantista de los derechos de las personas en contextos de movilidad humana, a diferencia de los países de la región, esta situación se debe en gran medida a la voluntad política de los distintos Gobiernos colombianos por promocionar y garantizar los derechos humanos en distintos niveles. El restablecimiento de relaciones diplomáticas entre Colombia y Venezuela, con la llegada del gobierno Gustavo Petro, ha facilitado el acceso a las personas venezolanas a sus documentos de identificación permitiendo el libre ejercicio de sus derechos para una inserción adecuada en las comunidades de acogida (Borda Guzmán, 2023). Estas políticas migratorias son el producto del reconocimiento de la problemática de las personas en movilidad humana venezolana en Colombia, lo que permite evidenciar que durante la diáspora venezolana no se ha evidenciado un enfoque securitista para ejecutar acciones de política migratoria.

Los flujos de la movilidad humana de las personas de nacionalidad venezolana se encuentran en constante reconfiguración, durante el último año se ha evidenciado el retorno de este grupo humano a Venezuela, desde diferentes partes de Sudamérica con el objetivo de llegar a Estados Unidos, siendo un paso obligatorio transitar por Colombia, debido a que permite una conexión directa a Venezuela y su vez a la Selva del Darién. Las Organizaciones No Gubernamentales y Organismos Internacionales se encuentran en alerta y en la busca mecanismos que protejan a esta población de los riesgos de dicho lugar atendiendo a las necesidades y decisiones de migración de las personas de nacionalidad venezolana, provocando también respuestas estatales de Colombia y Estados Unidos (Gómez Martín, Carmen, 2020).

En este sentido, cabe señalar que el caso colombiano denota una singular particularidad por la forma de respuesta desde las esferas gubernamentales frente a este fenómeno, pues, es el país con mayor carga respecto a la movilidad humana de la población venezolana por el mundo; lo que significa un reto adicional, al requerir mayores acciones para fomentar la integración de este grupo poblacional dentro de las comunidades de acogida y garantizar el cumplimiento de los derechos fundamentales de todas las personas. Por lo tanto, Colombia ha apostado por fortalecer los sistemas de regularización migratoria, pero limitando la figura de los sistemas de protección internacional, a pesar de ello, la visión de puertas abiertas termina proporcionando mecanismos para garantizar los derechos fundamentales relacionados a la movilidad humana forzada de las personas venezolanas.

4.2. Ecuador la política migratoria

En el Ecuador, la movilidad humana de personas de nacionalidad venezolana ha desafiado a los sistemas migratorios y de protección internacional, por la necesidad de creación de mecanismos efectivos que atiendan al grupo en estudio. Según la cifras aportadas por al OIM en el 2023, se evidencia que un total de 474.945 personas en situación de movilidad residieron en este territorio, en su momento fue una de las más altas en el histórico estadístico ecuatoriano como país receptor de personas en situación de movilidad humana. Dentro de las principales características de este grupo se destaca, que un 53,1% son hombres, mientras el 46,4% son mujeres y el 0,5% son no binario. El 81% está compuesto por personas en el rango etario de 18 a 39 años (OIM, 2023). Las necesidades más urgentes de este grupo de atención prioritaria radican en el acceso a la alimentación, la vivienda

y los medios de vida, esta situación se complejiza por la falta de documentación lo que dificulta el acceso a opciones de regularización. Esta situación empeoró con el cierre de fronteras por COVID-19, generando un efecto negativo para el acceso al territorio a través de medios regulares, resultado en el aumento de las redes de trata y tráfico de personas (Torres et al., 2022).

El Ecuador se encuentra dentro de los 5 principales países receptores de personas en situación de movilidad humana venezolana (R4V, 2024b). "El fenómeno migratorio venezolano hacia el Ecuador se caracterizó, en principio, por tener al país como un lugar de tránsito hacia el Perú y otros países del Cono Sur" (Torres et al., 2022, p. 45). Sin embargo, las exigencias de visado por algunos Estados suramericanos y el cierre de fronteras durante la pandemia del COVID-19, modificaron los planes de traslado de las personas venezolanas, provocando transformaciones profundas en sus planes de desplazamiento, de manera que Ecuador dejó de ser un país de tránsito, y se convirtió en un país de destino (Torres et al., 2022).

En el Ecuador, este fenómeno ha tenido varias aristas, una de ellas relativa a la actualización de mecanismos para la aplicación del sistema de protección internacional, que tenía un tradicional campo de acción en la movilidad humana forzada colombiana y tuvo que entender las problemáticas existentes en el marco de la crisis humanitaria venezolana. En este contexto, las personas venezolanas encontraron como principal opción para regularizarse el procedimiento para la determinación de la condición de refugiado, multiplicando así la carga de solicitudes, incluso cuando no se relacionaba con los elementos de la definición de refugiado. Esto puso en alerta al Estado ecuatoriano que poco a poco ha logrado atender y brindar una respuesta oportunidad a esta demanda. En los inicios de este fenómeno la mayoría de personas de nacionalidad venezolana se enmarcaban dentro de la categoría de migraciones económicas, pero a la fecha se ha evidenciado que precisamente este fenómeno conjuga en sí la movilidad humana forzada. Por lo tanto, Ecuador ha otorgado el reconocimiento de la condición de refugio a personas en contextos de movilidad humana forzada (C. Espinoza, comunicación personal, 29 de agosto de 2023).

Desde las respuestas estatales, denotan el papel importante de la cooperación internacional en el desarrollo de mecanismos que garanticen los derechos de las personas en situación de movilidad humana forzada, para implementar los procesos de regularización migratoria pertinentes. Desde el año 2019 se implementó una categoría migratoria que buscaba atender las necesidades de documentación de las personas venezolanas, a través del proceso de regularización migratoria dentro programa de emisión de Visas de Excepción por Razones Humanitarias (VERHU) y Visas de Residencia Temporal de Excepción (VIRTE) para Ciudadanos Venezolanos, del cual se ha planteado regularizar a 350.000 personas venezolanas(Torres et al., 2022).

Como consecuencia el Gobierno del Ecuador dentro del proceso de regularización de ciudadanos venezolanos para la obtención de un documento habilitante, según la data presentada por R4V, se observa que se ha otorgado algún permiso de residencia y estancia regular a 202.500 personas, en cuanto a las solicitudes de asilo 5.400 se encuentran pendientes y se reconoció la condición de refugio a 1.500 personas, correspondiente al 0,32% del total de personas en contexto de movilidad forzada en territorio ecuatoriano (R4V, 2023).

El Ecuador ha incluido dentro la Constitución de 2008, a las personas en contexto de movilidad humana como un grupo de atención prioritario, como una respuesta

ante los desafíos de este fenómeno social, cabe mencionar que en el territorio ecuatoriano se desarrollan todas las etapas del ciclo de la migración como un país expulsor de migrantes, receptor de migrantes y refugiados, personas en tránsito y a donde retornan sus ciudadanos. Por lo tanto, la migración es un fenómeno en constante transformación y se requiere la toma de decisiones oportunas por parte del Estado. El Ecuador al reconocer y garantizar los derechos de las personas en movilidad humana, busca también que los derechos de los ecuatorianos en cualquier lugar del mundo también sea reconocidos y garantizados.

Por otro lado, el Ecuador se destaca al asumir como una garantía constitucional la ejecución de las políticas públicas que atienda los problemas comunes, del incremento de personas en movilidad humana, que genera diversas problemáticas. Es así que, dentro del Plan de Desarrollo 2017-2021, objetivo 1:

> Garantizar una vida digna con iguales oportunidades para todas las personas; política pública 1.10: erradicar toda forma de discriminación y violencia por razones económicas, sociales, culturales, religiosas, etnia, edad, discapacidad y movilidad humana, con énfasis en la violencia de género y sus distintas manifestaciones.
> Así como las acciones para facilitar la migración y la movilidad ordenadas, seguras, regulares y responsables de las personas, incluso mediante la aplicación de políticas migratorias planificadas y bien gestionadas (Ecuador, 2017, p. 49).

Se observa que el Ecuador ha desarrollado la agenda sectorial de movilidad humana, como un mecanismo de política pública que busca garantizar el cumplimiento de los derechos fundamentales como el derecho a la libre movilidad, documentación, salud, educación, entre otros. La Agenda Nacional para la Igualdad de Movilidad Humana 2017–2021, incorporó que dentro de su desarrollo a las personas con necesidad de protección internacional, en la política pública número 3.2, políticas de intervención para los grupos de personas en movilidad humana. La protección de las personas en movimiento, de una u otra forma se encuentra institucionalizada en el Ecuador, y esto también se debe a los aportes de la Corte Constitucional del Ecuador, la cual ha emitido avances normativos importantes. Sin dejar a un lado, el importante rol de las Agencias de Naciones Unidas como ACNUR y OIM, que desempeñan un papel fundamental en la articulación de acciones en materia de asistencia humanitaria, apoyo socioeconómico y asistencia técnica para el Estado, lo cual ha sido fundamental para alcanzar tales objetivos.

Como se ha evidenciado, las políticas públicas insertas en la Agenda Sectorial de movilidad humana reflejan el reconocimiento de derechos de las personas en este contexto, sin embargo, aún están pendientes de cumplimiento. Al reconocer las diversas realidades de las movilidades se requiere la aplicación de un enfoque diferenciado según la necesidad de los distintos grupos de atención prioritaria, por ejemplo, la inserción de los jóvenes en los sistemas educativos otorga la posibilidad de la integración del grupo familiar en la comunidad de acogida, evitando así la captación de estos en los grupos delictivos.

Las dinámicas de la movilidad humana forzada de la población venezolana en el Ecuador se encuentran en constante configuración y están lejos de solucionarse. En este caso, la respuesta a esta crisis ha sido fortalecer los sistemas de regularización migratoria y lentamente se ha fortalecido el sistema de protección internacional. Con lo cual, ha permitido generar programas ambiciosos en el papel, pero al momento de ejecutarse presentan limitaciones al grupo poblacional, sobre todo las referidas

a documentos de identificación de su país de origen. Según la información del Ecuador en el Reporte de situación - abril 2024, se señala que el proceso de regularización de ciudadanos venezolanos en Ecuador, alrededor de 200.000 personas recibieron un certificado de permanencia temporal, de este número se otorgó 95.7 mil visas VIRTE y 72.3 mil obtuvieron una cédula de identidad (R4V, 2024a). En este sentido, se evidenció que existe un número importante de personas de nacionalidad venezolana que no continuaron con el procedimiento de regularización migratoria y han optado por retornar a su país de origen, a fin de aplicar a programas migratorios de los países del primer mundo. Las acciones descritas muestran que el Ecuador ha aplicado como mecanismos de política migratoria el fortalecimiento del sistema migratorio y lentamente el sistema de protección internacional.

5 Conclusiones

El presente artículo abordó a la movilidad humana como un fenómeno social con características específicas, las cuales se encuentran en constante transformación. A través de procesos deductivos, cuantitativos y cualitativos, se evidencia que alrededor de 110 millones de personas se encuentran en movimiento, mientras que en América Latina están 20 millones. Esta situación ha levantado las alertas a la comunidad internacional, al requerir la generación de respuestas que promover medidas concretas de políticas públicas que atiendan las necesidades de las personas en movimiento, esto en plena concordancia con los compromisos adquiridos en Tratados Internacionales en esta materia.

En este sentido, la movilidad humana es un fenómeno multidisciplinar que incluye a la categoría teórica de la migración. La movilidad humana aporta al reconocimiento de las personas en tales contextos, como sujetos titulares de derechos que requieren satisfacer sus necesidades. En algunos casos, esta movilidad se convierte en forzada debido a que sus derechos fundamentales han sido limitados imposibilitando su seguridad, libertad y vida. Estas nociones están estrictamente relacionas al Derecho Internacional del Refugio, el cual ha ido evolucionando según las transformaciones sociales existentes, pero sus principios fundamentales como la buena fe, la no devolución, entre otros, son aplicables pues son requeridos al momento de referirse a la movilidad humana forzada; siendo indispensable que dentro de la evolución del Derecho de Protección Internacional, incluya esta mirada de movilidad humana forzada, pues incluye las diferentes movilidades.

Las políticas de movilidad humana deben ser aplicadas desde el enfoque en derechos humanos, el cual tiene por objeto atender los asuntos públicos que limitan el desarrollo pleno de los derechos fundamentales de las personas en movimiento, para así alcanzar el bienestar común de las sociedades. Nuevamente, las personas en contexto de movilidad humana son titulares de derechos y forman parte de las sociedades, es por ello que resulta fundamental generar esfuerzos gubernamentales que atiendan e inserten a este grupo poblacional dentro de la esfera pública.

Más de 7 millones de personas han dejado Venezuela por la situación política, social y económica, y 6 millones se encuentran en América Latina. Lo cual ha evidenciado, que el principal objetivo de estos desplaza-

mientos ha sido abandonar Venezuela, sin importar el destino, con la finalidad de alcanzar nuevas oportunidades que garanticen la vida y el bienestar de sus nacionales. Situación que responde a la grave crisis de violencia, falta de alimentos y medicamentos, llevando a desesperación entre las personas venezolanas.

Por lo consiguiente, este grupo de personas ha sido recibido por los países de la región latinoamericana representado un reto sin precedentes por el volumen de personas que requerían atención inmediata frente a las graves vulneraciones a sus derechos fundamentales, incluso la falta de acceso a documentación y obtención de la regularización migratoria, desencadenando en limitaciones pare el goce de sus derechos conexos como vivienda, alimentación, salud, educación, entre otros en los países de acogida.

Colombia enfrentó el mayor peso de la movilidad humana venezolana, al compartir frontera con Venezuela. Según la información de la OIM y el ACNUR ha receptado el mayor número de personas de esta nacionalidad, casi 3 millones de personas. El Estado colombiano transformó su rol de país emisor de personas en movilidad humana forzada a un receptor. Es importante señalar las respuestas ejecutadas por este país han llamado la atención, pues ha logrado garantizar el acceso a procesos de regularización migratoria y documentación, aspectos fundamentales para lograr su inserción en las comunidades de acogida, entre otros aportes de la Corte Constitucional Colombiana.

Por su parte, el Ecuador ha desarrollado mecanismos normativos importantes para la protección de las personas en situación de movilidad humana, al ser incluidos dentro de la planificación nacional, a través del fortalecimiento de los sistemas migratorios, pero no los de protección internacional, lo cual llama la atención, pues Ecuador se ha caracterizado por tener buenas prácticas en esta materia. Por otro lado, también es una llamada de alerta qué durante los procesos de regularización un número mínimo haya alcanzado el permiso de permanencia, lo cual refleja ciertas limitaciones en este programa.

Conflicto de intereses:

El autor declara que no existe conflicto de intereses.

Referencias

ACNUR. (s. f.). *Forcibly Displaced and Stateless Persons in the Americas.* UNHCR Refugee Statistics. Recuperado 7 de enero de 2024, de https://www.unhcr.org/refugee-statistics/insights/forcibly-displaced-and-stateless-persons/visualisation-americas.html

Arroyo Laguna, J., Iwani, M., y López, L. (Eds.). (2022). La respuesta sanitaria de Perú ante la migración venezolana. En *La migración venezolana en los Andes: La respuesta sanitaria de Perú, Chile, Colombia y Ecuador*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.

Ávila Santamaria, R. (2012). De invisibles a sujetos de derechos: Una interpretación desde el Principito. En *Los derechos y sus garantías. Ensayos críticos* (pp. 27–62). Corte Constitucional para el período de transición /Centros de Estudios y Difusión de Derecho Constitucional.

Borda Guzmán, S. (2023). POLÍTICA EXTERIOR COLOMBIANA HACIA VENEZUELA DURANTE EL PRIMER AÑO DE LA PRESIDENCIA DE GUSTAVO PETRO. *Friedrich Ebert Stiftung.*

Casas-Cortés, M., y Cobarrubias, S. (2020). La autonomía de la migración: Una perspectiva alternativa sobre la movilidad humana y los controles migratorios. *Empiria. Revista de metodología de ciencias sociales*, (46), 65-92.

Castles, S. (2003). La política internacional de la migración forzada. *Migración y Desarrollo*, (1). https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=66000106

Castro, A., Hernández, C., y Herrera, W. (2013). *Migración y Estado en la Región Andina.* BID. http://dx.doi.org/10.18235/0002386

Chimni, B. S. (2009). The Birth of a 'Discipline': From Refugee to Forced Migration Studies. *Journal of Refugee Studies*, (22), 11–29.

Colombia. (2014). *Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018*. https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/PND/PND%202014-2018%20Tomo%201%20internet.pdf

Colombia. (2018). *Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022*. https://www.dnp.gov.co/plan-nacional-desarrollo/Paginas/plan-nacional-de-desarrollo-2018-2022.aspx

Colombia Migración. (2023). *Comunicado oficial del Grupo Estudios Migratorios y Estadística.*

Colombia Ministerio del Trabajo. (2023). *Boletín Mercado Laboral de la población migrante. Marzo 2022-Febrero 2023.* Ministerio del Trabajo.

Ecuador. (2017). *Plan de Desarrollo Toda una Vida 2017-2021.* https://observatorioplanificacion.cepal.org/sites/default/files/plan/files/EcuandorPlanNacionalTodaUnaVida20172021. 10/jul/24: Se rechazo por normas. pdf

Ecuador Consejo Nacional para la Igualdad de Movilidad Humana,. (2017). *Agenda Nacional para la Igualdad de Movilidad Humana 2017–2021.* http://www.derechosmovilidadhumana.gob.ec/wp-content/uploads/2020/09/ANIMH_2017-2021.pdf

EMM2. (2024). *¿Qué es una política migratoria?* https://emm.iom.int/es/handbooks/elaboracion-de-politicas-migratorias/que-es-una-politica-migratoria

Espinoza, C. (2023). *Políticas migratorias y de protección internacional en el Ecuador* [Comunicación personal].

Fiddian-Qasmiyeh, E., Loescher, G., Long, K., y Sigona, N. (2014). *The Oxford Handbook of Refugee and Forced Migration Studies.* OUP Oxford.

Fontaine, G. (2015). Las paradojas del ciclo de las políticas. *FLACSO. El Análisis de Políticas Públicas: conceptos, teorías y métodos.*

Forero, O. (2008, septiembre). *Módulo formativo para fomentar la reflexión y la acción propositiva en movilidad humana y derechos humanos* [Ponencia]. En post de morada, Quito.

Freidenberg, J., y Sassone, S. (2018). Movilidad, migración y territorio: El papel del sujeto. *Revista Temas de Antropología y Migración,* (10).

FUPAD Colombia. (2024). *El acceso a los Derechos de los migrantes en Colombia.* https://www.oas.org/es/sadye/documentos/FUPAD_CartillaDerechos.pdf

Gómez Martín, C. (2020). *Una vez, otra vez: La reconstrucción incesante.* Corredores Migratorios. http://corredoresmigratorios.com/una-vez-otra-vez-la-reconstruccion-incesante/

Henkel, J. (1982). International Protection of Refugee. *In Defense of the Alien,* (5), 53–63.

Mármora, L. (2010). Modelos de gobernabilidad migratoria. La perspectiva política en América del sur. *Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana*, (35), Article 35. https://remhu.csem.org.br/index.php/remhu/article/view/229

Martínez Monge, F. (2012). *El asilo como fundamento de la protección de los refugiados.* http://biblioteca.clacso.edu.ar/Argentina/cdhunla/20171030045033/pdf_1543.pdf

Melish, T. (2003). Estableciendo la responsabilidad del Estado: El deber de respetar, el deber de garantizar y el principio de progresividad. En *La Protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano* (pp. 171–211). CDES.

OEA CIDH. (2020). *CIDH presenta sus observaciones y recomendaciones preliminares tras la histórica visita in loco a Venezuela para monitorear situación de derechos humanos.* https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/106.asp

OIM. (2023). *Monitoreo de Flujo de Población Venezolana Ecuador.* https://dtm.iom.int/es/reports/ecuador-monitoreo-de-flujo-de-poblacion-venezolana-ronda-15-noviembre-diciembre-2022

ONU Asamblea General. (1948). Declaración Universal de Derechos Humanos [Resolución 217 A (III)].

Pallares, F. (1988). Las Políticas Públicas: Sistema Político en acción. *Revista de Estudios Políticos,* (62).

R4V. (2022a). RMRP *Colombia two pager.* Plataforma de Coordinación Interagencial para Refugiados y Migrantes de Venezuela. https://www.r4v.info/es/document/colombia-two-pager

R4V. (2022b). *Solicitantes de asilo y refugiados.* Plataforma de Coordinación Interagencial para Refugiados y Migrantes de Venezuela. https://www.r4v.info/es/solicitudes-refugiados

R4V. (2023, agosto 5). *Permisos de residencia*. Plataforma de Coordinación Interagencial para Refugiados y Migrantes de Venezuela. https://www.r4v.info/es/permisos-residencia

R4V. (2024a). GTRM *Ecuador: Reporte de Situación—Abril 2024.* https://www.r4v.info/es/document/gtrm-ecuador-reporte-de-situacion-abril-2024

R4V. (2024b). *Refugiados y migrantes de Venezuela.* Plataforma de Coordinación Interagencial para Refugiados y Migrantes de Venezuela. https://www.r4v.info/es/refugiadosymigrantes

Ramírez Gallegos, J. (2022). *Los enfoques de la política migratoria ecuatoriana: Una mirada histórica.* https://www.teseopress.com/politicasburocratasymigrantes/chapter/los-enfoques-de-la-politica-migratoria-ecuatoriana-una/

Torres, I., Cañizares, B., y López, D. (2022). La respuesta sanitaria de Ecuador ante la migración venezolana. En *La migración venezolana en los Andes: La respuesta sanitaria de Perú, Chile, Colombia y Ecuador.* Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.

Unión Europea EASO. (2020). *Venezuela: Enfoque de país—Información sobre país de origen.* Oficina Europea de apoyo al asilo.

Valenti Nigrini, G., y Flores Llanos, U. (2009). Ciencias sociales y políticas públicas. *Revista Mexicana de Sociología,* (71), 67–191.

Vázquez, J. L. (2019). Emigraciones en la era de la globalización. *Cuadernos de Geografía de la Universitat de València.* https://ojs.uv.es/index.php/CGUV/article/view/14491

DICERE

REVISTA DE DERECHO & ESTUDIOS INTERNACIONALES

Vol. 2 Nº. 01
Mayo, 2025

UNIVERSIDAD DEL AZUAY
Casa Editora