

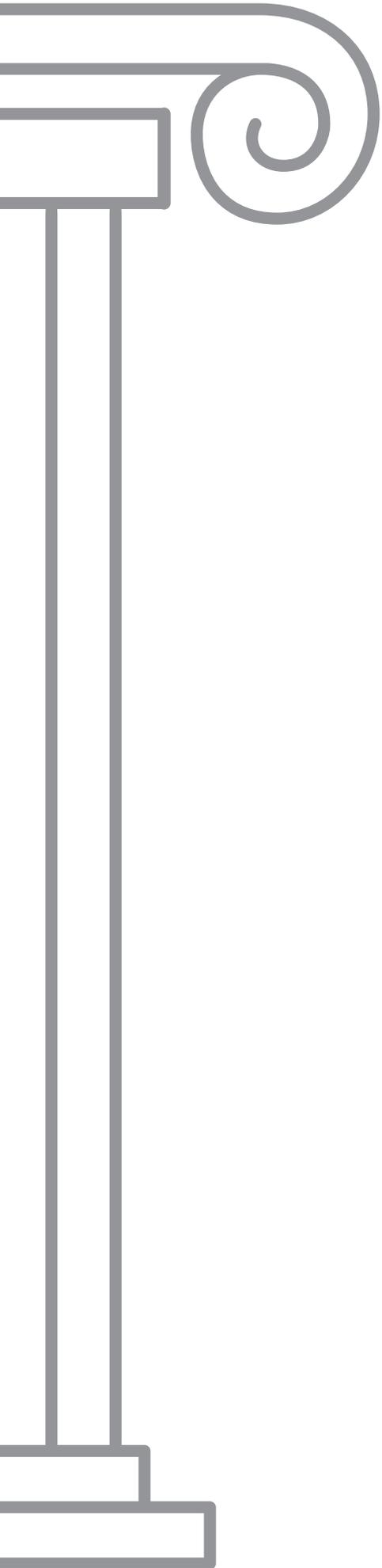


UDA  
LAW REVIEW

— 2022 —







## **Presentación**

La Uda Law Review es una revisión de temáticas jurídicas de relevancia, publicada bianualmente por un grupo independiente de la Escuela de Derecho de la Universidad del Azuay. Su particular naturaleza, de ser editada exclusivamente por estudiantes, le imprime una utilidad sui generis: por un lado, brinda una oportunidad para que los estudiantes mejoren su investigación y redacción legal y, al mismo tiempo, le ofrece a los jueces, litigantes y académicos un foro para fabricar nuevos argumentos legales. La producción científica no es cosa de grandes universidades, si no que va de la mano con el concepto –incluso el más incipiente– de Universidad per se. La carrera por el conocimiento es un campo que ha sido monopolizado muchas veces por las ciencias exactas, en sociedades en desarrollo como la nuestra, infravalorando el papel que las ciencias sociales juegan en la evolución como tal. Muchos de los problemas que acaecen y gobiernan nuestras dilapidadas sociedades, son imputables a lo arcaico y reaccionario de sus instituciones. El Derecho es una ciencia que debe avanzar con el ser humano, al igual que la Medicina o la Biología. Uda Law Review busca institucionalizar un espacio permanente de producción del conocimiento jurídico, para estar cada día un poco menos atrasados, y más cerca de los sistemas jurídicos y políticos de vanguardia, que le ofrecen al ser humano lo mejor para su coexistencia en el mundo.



**UNIVERSIDAD  
DEL AZUAY**

UNIVERSIDAD DEL AZUAY

**AUTORIDADES**

**Francisco Salgado Arteaga**  
Rector

**Genoveva Malo Toral**  
Vicerrectora Académica

**Raffaella Ansaloni**  
Vicerrectora de Investigaciones

**Toa Tripaldi Proaño**  
Directora de la Casa Editora

**AUTORIDADES DE LA  
FACULTAD DE  
CIENCIAS JURÍDICAS**

**Dr. José Chalco Quezada**  
Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas

**Dr. Guillermo Ochoa Rodríguez**  
Subdecano de la Facultad de Ciencias  
Jurídicas

**Ing. Antonio Torres Dávila**  
Coordinador de la Escuela de Estudios  
Internacionales

**Dra. Ana María Cordero**  
Coordinadora de la Escuela de Derecho

**COMITÉ ACADÉMICO**

**Diego Xavier López-Jara**  
Editor en Jefe

**Doménica Andrea Valverde**  
Editora en Jefe

**Agustín Francisco Cordero Malo**  
Editor Adjunto

**Matías José Enderica Castillo**  
Editor Adjunto

**Soledad Cristina Calle Toral**  
Editora Adjunta

**Linda Soledad Flores Palacios**  
Asistente del Comité Académico

**Karen Elizabeth Samaniego Quizhpi**  
Agente Exterior de Marketing

**COMITÉ EDITORIAL  
EXTERNO**

Simón Valdivieso Vintimilla  
Sebastián López Hidalgo  
Cristina Serrano Crespo  
Vicente Solano Paucay  
Santiago Jara Reyes  
Nicolás Muñoz Pesántez  
Fernando González Calle  
Teodoro Verdugo Silva  
Esteban Coello Muñoz  
Javier Cordero López

**COMITÉ CIENTÍFICO**

Verónica Hernández Muñoz  
Juan Antonio García Amado  
Ana Isabel Malo Martínez  
Sebastián López Hidalgo  
Teodoro Verdugo Silva  
Vicente Solano Paucay

**CORRECCIÓN DE ESTILO**

Leopoldo Rodas Espinoza  
Fernando Bermeo Palacios  
Aracely Espín Ortiz  
Priscila Verdugo Cárdenas  
Juan Carlos Astudillo

**COLABORADORES DEL  
NÚMERO DE LA REVISTA**

Pedro Andrés Ulloa Quizhpi  
María Antonia Vázquez Carrasco  
María de Lourdes Tamariz Aguilar  
Josselyn Nicolle Giler Vélez  
Manuel Adrián Merino Menjívar  
Christian Rafael Villavicencio Arce  
Edgar Josué Loyola Ordóñez  
Karla Verónica Álvarez Figueroa  
María Emilia Merchán Moscoso  
María Angélica López Moscoso

**DIAGRAMACIÓN Y  
DISEÑO DE PORTADA**

Anita Viñansaca Cabrera  
Departamento de Comunicación y Publicaciones

**IMPRESIÓN**

PrintLab  
Universidad del Azuay





— 2022 —

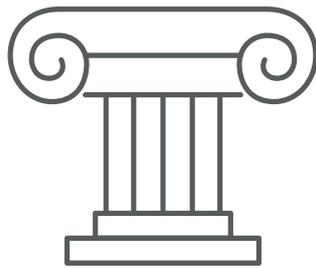
# Contenido

- |         |          |   |
|---------|----------|---|
| 13 – 22 | <b>1</b> | El principio de la estabilidad laboral especial reforzada y la regla de la movilidad de la carga de la prueba en los casos de despido intempestivo por discriminación<br>Pedro Andrés Ulloa Quizhpi |
| 24 – 32 | <b>2</b> | Contrato de arrendamiento mercantil de activos digitales. La nueva modalidad de uso de criptomonedas<br>María Antonia Vázquez Carrasco  |
| 34 – 43 | <b>3</b> | El Principio de Irretroactividad en materia administrativa<br>María de Lourdes Tamariz Aguilar<br>Josselyn Nicolle Giler Vélez  |
| 45 – 53 | <b>4</b> | El Control Judicial de las Reformas Constitucionales en El Salvador: ¿un control a medias?<br>Manuel Adrián Merino Menjívar   |
| 55 – 62 | <b>5</b> | Tres cuestiones fundamentales sobre el principio de resocialización<br>Christian Rafael Villavicencio Arce  |
| 64 – 73 | <b>6</b> | El derecho a la resistencia en el Ecuador. ¿Un derecho constitucional formalmente consagrado, pero materialmente invisibilizado?<br>Edgar Josué Loyola Ordóñez                                      |
| 75 – 84 | <b>7</b> | El régimen jurídico fiscal de las criptomonedas en Ecuador<br>Karla Verónica Álvarez Figueroa   |
| 86 – 95 | <b>8</b> | Despenalización del Aborto en el Ecuador: una mirada a la actuación de la Corte, el Presidente y la Asamblea Nacional<br>María Emilia Merchán Moscoso<br>María Angélica López Moscoso               |





UDA  
LAW REVIEW



— 2021 —

## **El principio de la estabilidad laboral especial reforzada y la regla de la movilidad de la carga de la prueba en los casos de despido intempestivo por discriminación**

Pedro Andrés Ulloa Quizhpi

### **Resumen**

La naturaleza de la relación jurídica que existe entre empleador y trabajador, *per se*, es asimétrica, ya que contiene una parte débil, que es el trabajador, debido a su posición como subordinado. No obstante, si el trabajador se encuentra en una posición de vulnerabilidad como, por ejemplo, una persona embazada, discapacitada o que sufre enfermedades catastróficas, la Ley ha dotado al trabajador de la garantía de estabilidad laboral especial, otorgándole mayores indemnizaciones ante la ocurrencia de un despido intempestivo. A pesar de lo dicho, la Corte Constitucional del Ecuador ha previsto que estos grupos de personas en estado de vulnerabilidad, generalmente, son víctimas de discriminación, pues su condición, *per se*, los enmarca en al menos una de las categorías sospechosas del artículo 11 numeral 2 de la Constitución de la República del Ecuador, siendo proclives a ser víctimas de discriminación. Por lo expuesto, ha creado la figura de la estabilidad laboral especial reforzada para que, con aplicación en conjunto con el principio de la Movilidad de la Carga de la Prueba, sea el empleador quien debe probar con criterios lógicos, válidos y objetivos que el despido no fue con ocasión o motivo de una actuación discriminatoria; caso contrario se presumirá que sí, invirtiendo así la carga de la prueba en contra del empleador. Este estudio está enfocado a analizar la pertinencia de aplicar los precedentes constitucionales sobre la Movilidad de la Carga de la Prueba a las controversias de trabajadores sujetos al Código de Trabajo.

### **Abstract**

The nature of the legal relationship that exists between employer and worker, *per se*, is asymmetric, there is a weak party in this case the worker due to his position as subordinate. However, if the worker is in a position of vulnerability, likewise a pregnant person, handicapped or a person who is suffering from catastrophic illnesses, the Law has dated the worker from the guarantee of special job stability, granting the person a greater compensation in the event of an untimely dismissal. Despite what has been said, the Constitutional Court of Ecuador has provided that these groups of people in a state of vulnerability are generally victims of discrimination, since their condition, *per se*, frames them in at least one of the suspicious categories of article 11 Numeral 2 of the Constitution of the Republic being prone to victims of discrimination, therefore, it has created the figure of special reinforced labor stability so that, with application in conjunction with the principle of the Mobility of the Burden of Proof, it is the employer who must prove with logical, valid and objective criteria that the dismissal was not due to a discriminatory action, otherwise it will be presumed that it was, thus inverting the burden of proof against the employer. This study is focused on analyzing the relevance of applying the constitutional precedents on the Mobility of the Burden of Proof to the worker's controversies subject to the Labor Code.

### **Palabras clave**

*Onus Probandi*, Movilidad de la Carga de la Prueba, Despido Intempestivo, Discriminación, Categorías Sospechosas, Estabilidad Laboral Reforzada.

### **Keywords**

*Onus Probandi*, Mobility of the Test Burden, Untimely dismissal, Discrimination, Suspicious Categories, Reinforced Labor Stability.

## Introducción

Existe un consenso universal en la doctrina y la jurisprudencia de aceptar que el trabajador es la parte débil de la relación laboral, y se debe principalmente al elemento normativo de la subordinación y dependencia. A más de esto, usualmente, el empleador es quien posee bajo su dominio: contrato de trabajo, registro de marcaciones, roles de pago, cartas, correspondencia y demás elementos de prueba que pueden ser utilizados en caso de una contienda judicial. Es decir, esta relación asimétrica entre empleador y trabajador también se traslada al campo jurisdiccional. En este sentido, pensar que en una contienda judicial existe igualdad material entre empleador y trabajador es crear una ficción jurídica. Por eso, el trabajador está aventajado por el empleador en una contienda judicial, más aún cuando el *Onus Probandi* es la regla general de la carga de la prueba.

El legislador ecuatoriano ha consagrado la figura de la estabilidad laboral especial para aquellos trabajadores que sufren alguna condición de vulnerabilidad, utilizando criterios objetivos, por ejemplo: mujer embarazada, persona con discapacidad o persona con enfermedad catastrófica otorgándole, así, una mayor indemnización en caso de que el empleador quebrante el principio de estabilidad laboral. Por otra parte, la Corte Constitucional del Ecuador ha observado que estos grupos son más propensos que otros a sufrir discriminación de la mano de sus empleadores, lo cual, sumado al estado de subordinación *a priori*, los enmarca en una posición más vulnerable e inequitativa frente al empleador en todo ámbito de la relación laboral.

En este sentido, la Corte Constitucional del Ecuador ha concluido<sup>1</sup> que aquellas actuaciones cometidas por empleadores en contra de trabajadores en estado de vulnerabilidad que violenten derechos, como la estabilidad laboral, inminentemente ocultan una actuación discriminatoria, observando un patrón de comportamiento encaminado a anular la participación o permanencia de estos grupos en el mercado laboral por ostentar dicha condición. En tal contexto, la Corte Constitucional del Ecuador a través de la sentencia No. 080-14-SEP-CC, Caso No. 0445-11-EP, de fecha 9 de octubre de 2013, creó la garantía de la estabilidad laboral especial reforzada en conjunto con la aplicación del principio de la Movilidad de la Carga de la Prueba a fin de equilibrar las desigualdades procesales entre trabajador y empleador, siendo este último, quien deba probar que el despido de una persona en estado de vulnerabilidad no es discriminatorio.

### Indebida permanencia de la regla de *Onus Probandi* en la legislación laboral

La teoría del *Onus Probandi* como principio aplicado a la regla de la carga de la prueba en el Ecuador supone que: quien alega un hecho, debe probarlo; está contemplado en el artículo 169<sup>2</sup> del Código Orgánico General de Procesos, cuerpo normativo aplicable a todas las materias, excepto: constitucional, electoral y penal. Si bien, este principio ha sido la regla general para la prueba con ciertas excepciones establecidas en el mismo artículo, es una regla insuficiente e ineficaz, en material laboral, al momento de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva, en casos de despido intempestivo de trabajadores en estado de vulnerabilidad víctimas de discriminación con motivo de categorías sospechosas.

El principio del *Onus Probandi* ha estado presente en el sistema jurídico ecuatoriano a lo largo de su historia legislativa, en un principio que responde a ideologías liberales propias de un Estado Liberal. Ha sido una regla necesaria para garantizar el principio de seguridad jurídica y el derecho a la tutela judicial, pues en una contienda judicial las partes procesales conocen anticipadamente sus cargas y obligaciones procesales; es decir, conocen quién debe probar los hechos con el objetivo de obtener un resultado favorable a través de una resolución judicial.

---

1. Ecuador, Corte Constitucional. "Sentencia No. 016-16-SEP-CC", Caso No. 2014-12-EP de fecha 13 de enero de 2016, que en su página 51 dice: "Razón por la que esta Corte estima indispensable precisar que en la "sentencia No. 080-13-SEP-CC" se estableció que las personas que sufren la enfermedad de VIH gozan de "estabilidad laboral reforzada", cuyo fin es asegurar que las personas que ostentan una condición de debilidad manifiesta como es portar VIH o encontrarse enfermo de SIDA, gocen del derecho a la igualdad real y efectiva prevista en la Constitución de la República, y que en materia laboral se traduce en la garantía de permanencia en un empleo como medida de protección especial ante actos de discriminación, cuando ello sea del caso".

2. Ecuador, Código Orgánico General de Procesos, art. 169. - Carga de la prueba. Es obligación de la parte actora probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en la demanda y que ha negado la parte demandada en su contestación.

A pesar de que la regla del *Onus Probandi* ha sido aplicada durante varias décadas en el Ecuador, y en el general en los sistemas Latinoamericanos de corte romano-germánico; en estos últimos años atraviesa una crisis filosófica de sus premisas, pues los principios bajo los cuales se forjó, han sido desplazados por un rechazo de teorías contemporáneas, ya que su aplicación implica una abstracción del ser humano de la realidad (Bordalí 2020). Para comprender esta crisis que atraviesa este principio es importante revisar la historia política y social bajo la cual se consolidó la regla del *Onus Probandi*.

Andrés Bordalí (2020), en su obra *La carga de la prueba en el proceso civil: una evolución desde la igualdad formal de las partes hacia una igualdad material de las mismas*, explica con claridad que durante la época post revolución francesa en la cual se codificaron las leyes del Derecho Moderno existía una fuerte incidencia liberal en todos los estratos políticos, sociales e, incluso, económicos, no siendo una excepción el campo jurídico, pues las leyes de aquella época mantenían un fuerte contenido ideológico privatista y liberal. El Estado francés de los siglos XVIII y XIX proclamó un Estado construido desde el lema: *Igualdad, Libertad y Fraternidad*. Para aquel entonces, el principio de igualdad se convertiría en el pilar ideológico para la codificación de las leyes, sin embargo, con el tiempo se evidenció que aquella igualdad no era más que una ficción que tuvo que ser creada por necesidad del derecho para calmar y pacificar el conflicto social de aquella época, pues las masas populares exigían gozar de derechos y no solo privilegios, ese sentimiento de igualdad debía transmitirse a todo el pueblo. Así fue entonces que, la ley proclamó la igualdad como un derecho de todos los ciudadanos. De igual manera, fue inevitable que esa ficción de igualdad se traslade al campo jurídico. Sin embargo, aquella ficción de igualdad no representaba sino una falsa visión de la realidad, pues el ser humano estaba siendo abstraído de su realidad, la sociedad no es un grupo homogéneo de ser humanos, sino por el contrario: heterogéneo.

La codificación del Derecho Moderno no fue sino una construcción idealizada por principios liberales y privatistas propios de un Estado Liberal donde la igualdad no era más que una igualdad formal, una igualdad en el papel, en letra muerta, que, si bien en su momento histórico fue necesaria para superar los conflictos sociales y políticos de aquella época con el propósito de rechazar un sistema de privilegios como el que instauraron los sistemas monárquicos. En la actualidad, la construcción jurídica se nutre de la constitucionalización de los derechos fundamentales con ideologías sociales, tuitivas y modernas, avanzando de una igualdad formal hacia la igualdad material, inclusive sobre las reglas de la prueba, protegiendo a la parte procesal débil (trabajador) que muchas veces no puede probar su pretensión por no tener acceso o disponibilidad de la prueba (Bordalí 2020).

Sin embargo, a pesar de la incidencia de nuevas teorías sobre la carga de la prueba, en el Ecuador el sistema judicial aún mantiene al principio del *Onus Probandi* como su principal regla para la prueba de los hechos, siendo una construcción ideológica exclusivamente liberalista y privatista, forjada en razón de un principio de igualdad formal. No obstante, los tiempos y la historia han cambiado desde la Revolución Francesa, la historia comprendió que el derecho laboral requería una universalización y constitucionalización como un derecho fundamental, con una ideología proteccionista y garantista que busca incansablemente equilibrar el poder del capital con el trabajo, no solo limitándose a garantizar condiciones mínimas para la relación laboral como: el tiempo de la jornada de trabajo, días de trabajo o salario, sino también garantizando el respeto a la dignidad del trabajador como ser humano protegiendo bienes jurídicos como la vida, trabajo, igualdad y no discriminación, salud, integridad y otros derechos inherentes al ser humano (Bordalí 2020). Por lo tanto, la carga probatoria para este tipo de derechos no debería mantener la visión clásica y liberalista del *Onus Probandi*, por el contrario, debería reducir el esfuerzo probatorio para el trabajador. Para Ugarte (2009), por las siguientes razones: la primera por tratarse de conductas enmascaradas en, lícitas y la segunda por la proximidad y dominio de las fuentes de prueba del empleador sobre el trabajador.

La constitucionalización del derecho al trabajo surgió con la consolidación del Estado Social de Derecho, proclamando una ideología construida en base de un principio de justicia social, protección del más débil, garantías normativas para las minorías, bienestar común y otros similares. Bajo este modelo de Estado, varias legislaciones de Latinoamérica en las últimas décadas, con el propósito de garantizar una efectiva materialidad de los derechos sustantivos del trabajador han adop-

tado la teoría de la Carga de la Prueba Dinámica en sus sistemas probatorios, siendo conscientes de que el principio del *Onus Probandi* es insuficiente y vulnera el derecho al debido proceso en su garantía de igualdad de oportunidades en una contienda judicial, en virtud de la falta de acceso o dominio de las fuentes de prueba para el trabajador (Baylos Grau 1994).

Fernández Toledo (2020) indica que durante las últimas décadas, muchas legislaciones han visto la necesidad de superar el absolutismo del principio clásico y liberal del *Onus Probandi* con el propósito de democratizar el dominio y acceso a los medios probatorios en una contienda judicial, adoptando un rol más activo para el juez y con miras a buscar la verdad histórica de los hechos. Así el sistema judicial podrá superar y corregir las desigualdades técnicas, sociales, jurídicas y económicas entre los sujetos procesales.

El surgimiento de la constitucionalización del derecho al trabajo trajo consigo un cambio en el paradigma judicial en el ámbito probatorio de este derecho; pues la aplicación de la teoría del *Onus Probandi* se vuelve insuficiente e incrementa las desigualdades procesales entre trabajador (accionante) y empleador (accionado), en lugar de disminuirlas (Baylos Grau 1994). Por lo dicho, se debe tener presente que la propia naturaleza de la relación entre trabajador y empleador es asimétrica, debido a su elemento de subordinación y dependencia, a más de que el empleador será la persona que posee en su poder la prueba, como: contrato de trabajo, roles de pago, permisos, registro de asistencia, actas, correspondencia, herramientas de trabajo y demás. Sin contar que, el empleador ostenta la potestad reglamentaria y sancionatoria en contra de sus trabajadores, lo que efectivamente, genera un desequilibrio en las relaciones. Sin embargo, y lo que motiva este artículo, es concientizar y aportar al mundo académico que, esta brecha de desigualdad entre empleador y trabajador aumenta exponencialmente cuando el empleador vulnera el principio de estabilidad laboral con motivo de una actuación inconstitucional como lo es la discriminación, maquillando esta conducta como lícita, a una persona en estado de vulnerabilidad o debilidad que requiere de una protección especial (Ugarte Cataldo, 2009).

Sobre el problema jurídico que trae consigo este estudio, existen dos conceptos indeterminados que provocan una cierta complejidad al momento de la práctica judicial. Los jueces de la actual Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, que fueron entrevistados, consideran los siguientes obstáculos en la práctica tanto judicial como profesional del abogado litigante, relacionado con la Carga de la Movilidad de la Prueba: (dicen los juzgadores entrevistados que, a pesar de la indeterminación del concepto, la Corte Constitucional del Ecuador ha superado este problema, a través de sus sentencias, estableciendo parámetros y lineamientos sobre qué es y cuando se está ante esta situación)<sup>3</sup>; y la vulnerabilidad (no existe una definición clara y concreta sobre qué se debe entender por esta). No obstante, la Corte Constitucional del Ecuador (*Sentencia No. 016-16-SEP-CC*, 2016) utiliza en forma ejemplificada quienes pueden estar dentro de un grupo de atención prioritaria para definir cuándo una persona está en estado de vulnerabilidad. Es decir: mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas con enfermedades catastróficas, asimilando a estas personas como aquellas que por su condición enfrentan barreras sociales, económicas o culturales que afectan su desarrollo y participación en la sociedad.

Por lo analizado, es oportuno plantearse las siguientes interrogantes: ¿qué sucede con aquellas categorías sospechosas como edad, orientación sexual, género o raza, que también pueden enmarcar una situación de vulnerabilidad y, a su vez, un despido por discriminación cuando, a diferencia de las analizadas, contienen una alta carga subjetiva para su prueba y análisis?

### **Estabilidad laboral especial reforzada como garantía del debido proceso**

El principio de estabilidad laboral no está contemplado en el ordenamiento jurídico ecuatoriano expresamente en el artículo 326 de la Constitución de la República, toda vez que el sistema jurídico laboral permite la interrupción unilateral de la relación laboral sin necesidad de exponer una justa causa, sin embargo, sí, está previsto, únicamente, para casos puntuales como el de la mujer embarazada o en periodo de lactancia y dirigentes sindicales, a través de la figura del despido ineficaz.

---

**3.** Ecuador, Corte Constitucional. "Sentencia No. 11-18-CN/19" (matrimonio igualitario). Juez Ponente: Dr. Ramiro Ávila Santamaría. Quito, 12 de junio de 2019.

En estos casos taxativos, el principio de estabilidad laboral representa una protección y garantía jurídica especial impuesta a través de vía legislativa. No obstante, la Ley no es la única fuente de protección para trabajadores en estado de vulnerabilidad, con la constitucionalización de los derechos y, en especial, de garantizar el derecho al trabajo como un derecho fundamental, la jurisprudencia constitucional ha creado la figura de la estabilidad laboral especial reforzada.

La Corte Constitucional del Ecuador exige la concurrencia de los siguientes elementos para decretar la garantía de la estabilidad laboral reforzada de un trabajador: 1) existencia de un trabajador bajo relación de dependencia, 2) terminación unilateral de la relación laboral por parte del empleador sin justa causa y 3) trabajador en estado de vulnerabilidad. De estos tres elementos, como se mencionó anteriormente, la Corte Constitucionalidad del Ecuador ha aceptado que quienes se encuentren en estado de vulnerabilidad sean trabajadores con enfermedades catastróficas, trabajadores con discapacidad o en calidad de sustitutos y trabajadoras en periodo de maternidad o en embarazo; adoptando criterios objetivos para definir el estado de vulnerabilidad. Así ha quedado definido en sentencias de la Corte Constitucional como: sentencia No. 080-13-SEP-CC, sentencia No. 016-16-SEP-CC; sentencia No. 3-19-JP/20 y acumulados; sentencia No. 689-19-EP/20; sentencia No 375-17-SEP-CC y otras.

La garantía de la estabilidad laboral especial reforzada creada por la Corte Constitucional del Ecuador (**Sentencia No. 375-17-SEP-CC**, 2017) reafirma y garantiza un derecho fundamental para estos grupos de poder: (re)ingresar y permanecer en el mercado laboral sin sufrir actos de discriminación o segregación. Estos grupos no pueden ser tratados como iguales al resto de universo de trabajadores. No se puede mirarlos a través de los lentes del principio de igualdad formal, deben estar protegidos por un principio de igualdad material y, a su vez, por la aplicación de acciones afirmativas con el propósito de reivindicar sus derechos.

En este hilo de ideas, la Corte Constitucional del Ecuador reconoce que la interrupción unilateral de la relación laboral de estos grupos de personas, que, por su condición están en un estado de vulneración, el quebrantamiento del principio de estabilidad laboral, no solo se afecta al derecho al trabajo, sino vulnera o menoscaba otros derechos fundamentales como vida digna, trabajo digno, salud e integridad, igualdad y no discriminación, que en su conjunto, afectan a un bien jurídico mayor que es la dignidad del hombre<sup>4</sup>.

Al revisar los precedentes emitidos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia con respecto al despido intempestivo de mujeres embarazadas o en periodo de lactancia, si bien estuvo desde un inicio expresamente prevista en el Código de Trabajo, no fue sino a través de la Corte Constitucional que este principio tuvo un amplio desarrollo jurisprudencial. Sin embargo, la mayoría de los casos que han sido objeto de análisis corresponden a aquellos que han tenido lugar en el derecho laboral público, trabajadores que han estado sometidos a figuras contractuales como: contratos de servicios ocasionales, nombramiento provisional o de libre remoción, los cuales *per se* son modalidades contractuales que permiten el quebrantamiento del principio de estabilidad laboral, sin prever ningún tipo de indemnización a favor del trabajador. En este escenario, trabajadores que por su condición gozaban del principio de estabilidad laboral especial, que estaban bajo este tipo de modalidades contractuales, al ser despedidos ven sus derechos vulnerados al no estar garantizado su derecho constitucional de la estabilidad laboral especial. Sin embargo, la Corte Constitucional del Ecuador ponderó correctamente el principio de estabilidad laboral especial para estos grupos de trabajadores por encima del principio de eficiencia y necesidad de la administración pública. No obstante, en el derecho laboral privado, no ha existido mayor intervención de la Corte Constitucional del Ecuador sobre estos casos, toda vez que el Código de Trabajo no presenta este conflicto, pues están muy bien reconocidos los casos de estabilidad laboral con sus respectivas indemnizaciones. Sin embargo, esto no impide que los argumentos, fundamentos y motivación de los casos resueltos en el derecho laboral público no puedan ser utilizados para los casos del derecho laboral privado.

4. Leer sentencias de la Corte Constitucional del Ecuador: "sentencia No. 016-16-SEP-CC"; "sentencia No. 2-19-JP/20 y acumulados, párrafo 184; "sentencia No. 080-13-SEP-CC".

A pesar de lo expuesto en el párrafo que antecede, a través de entrevistas personales realizadas a los jueces de la actual Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, Dra. Enma Tapia, Katerine Muñoz (2022) y Dr. Alejandro Arteaga (2022), a la vista del criterio de estos magistrados existe una desigualdad de facultades jurisdiccionales de los jueces que resuelven controversias de trabajadores sujetos al Código de Trabajo y aquellos que no. Estos últimos pueden solicitar el reintegro a sus puestos de trabajo, el pago de remuneraciones percibidas e, incluso, exigir una indemnización y disculpas públicas, gozando de una verdadera garantía de estabilidad laboral reforzada. Mientras que los trabajadores sujetos al Código de Trabajo están limitados a poder exigir el pago de las indemnizaciones contempladas en la Ley y nada más. Lo cual demuestra una verdadera inequidad entre aquellos trabajadores del sector privado y del sector público; claramente, existe una real garantía de este principio para estos últimos.

### **Introducción del principio de la movilidad de la carga de la prueba en el sistema probatorio ecuatoriano**

El principio de la Movilidad de la Carga de la Prueba contempla una ideología proteccionista con miras a una efectiva equidad de armas y oportunidad probatoria de los sujetos procesales; contrario a lo que postula el principio del *Onus Probandi*, pues aquel principio se apega a la realidad material de los sujetos procesales y reconoce las desigualdades que existen entre ellos pretendiendo, a través del juez, suprimir estas inequidades y diferencias sociales y culturales. Como se dijo, en la rama del derecho laboral *per se* existe una relación asimétrica entre empleador y trabajador, que incrementa exponencialmente cuando el trabajador es una persona que se encuentra en un estado de vulnerabilidad. Es en este escenario donde el principio de Movilidad de la Carga de la Prueba cobra vital importancia y se vuelve una herramienta útil y eficaz para garantizar el derecho de la estabilidad laboral especial reforzada y, en general, los derechos fundamentales de los trabajadores como la igualdad y no discriminación, hacerlo a través del principio del *Onus Probandi* sería desproteger estos derechos (Ugarte Cataldo 2009).

Como ya se dijo, en el sistema jurídico ecuatoriano el estado de vulnerabilidad está asociado con criterios objetivos y subjetivos como el estado de embarazo o periodo de lactancia, personas con discapacidad o sustitutos, gerentes sindicales, personas mayores, personas con enfermedades catastróficas; si se observa con detenimiento estos criterios están enmarcados en lo que se ha denominado como categorías sospechosas, establecidas en el artículo 11 numeral 2<sup>o</sup> de la Constitución de la República. Es decir, en otras palabras, las personas en estado de vulnerabilidad son proclives a ser víctimas de discriminación, pues así lo han sido social e históricamente en los diferentes escenarios donde desarrollan sus actividades, siendo segregados del mercado laboral y anulando su participación<sup>6</sup>.

En el Ecuador, como garantía de la protección del derecho a la igualdad y no discriminación, se introdujo la figura del despido por discriminación con la publicación de la Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, publicada en el Registro Oficial Tercer Suplemento No. 438 en fecha 20 de abril de 2015. Sin embargo, el principio del *Onus Probandi* prima como regla de la prueba, una regla que mira a las partes procesales como simétricas, a pesar de que la verdad material de una actuación discriminatoria de un trabajador vulnerable, *prima facie*, es asimétrica.

---

5. Ecuador, Constitución de la República del Ecuador 2018, art.11. El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 2). Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación. Asamblea Constituyente del Ecuador, 2018.

6. Leer la sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador. "Sentencia No. 292-16-SEP-CC" de fecha 7 de septiembre de 2016, página No. 31.

Este estudio hace una crítica, y un especial y atento llamado a los legisladores, con respecto a la falta que han cometido cuando introdujeron la figura del despido por discriminación en el Código de Trabajo. Pensar que un acto como la discriminación debe estar guiado por la regla del *Onus Probandi* es imponer una carga desproporcional y exigir una actuación heroica al trabajador. Para Ugarte Cataldo (2009) los actos de discriminación por parte del empleador generalmente quedan ocultos, enmascarados o encubiertos, dejando en la impunidad y sin responsabilidad al empleador. Si se dirige la mirada hacia la justicia constitucional se observa que el legislador incluyó el principio de la Movilidad de la Carga de la Prueba cuando se debe probar la discriminación. Muy acertadamente se dotó de las herramientas correctas a la parte procesal para que un acto inconstitucional como la discriminación no quede en la impunidad, así lo prevé el artículo 16<sup>7</sup> de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Como se conoce, esta regla sobre la carga de la prueba está exclusivamente prevista para la justicia constitucional, no corresponde su aplicación en la justicia ordinaria. Entonces, ¿por qué el Código de Trabajo que prevé el despido por discriminación, debe aplicar la regla del *Onus Probandi*? Es claro que existe una inequidad de armas y desigualdad de oportunidades para probar la discriminación en la justicia ordinaria, como se ha dicho, más aún cuando el trabajador se encuentra en un estado de vulnerabilidad.

A pesar de lo dicho, en los fallos de la Corte Constitucional del Ecuador, se pueden encontrar los siguientes elementos: 1) trabajador despedido intempestivamente, 2) trabajador en estado de vulnerabilidad, 3) trabajador víctima de discriminación y 4) existencia de categorías sospechosas. De esta manera, se ha podido observar que, a más de activar la garantía de la estabilidad laboral especial reforzada, ha complementado esta con la aplicación del principio de la Movilidad de la Carga de la Prueba, precautelando el principio de igualdad material, de igualdad de oportunidades y de igualdad de armas. La Corte Constitucional ha puesto en responsabilidad del empleador demostrar que el despido intempestivo de un trabajador en estado de vulnerabilidad no responde a causas o motivos de discriminación, sino por el contrario que dicha decisión se funda en una causa objetiva, con razones y criterios válidos y lógicos, argumentado y probado en derecho.

En este sentido, la Corte Constitucional del Ecuador complementa la garantía de la estabilidad laboral reforzada con el principio de la Movilidad de la Carga Dinámica de la Prueba. Esta última, debe ser considerada como una garantía del debido proceso, siendo una herramienta útil y eficaz para el derecho laboral, alcanzando una efectiva tutela judicial para aquellos trabajadores en estado de vulnerabilidad víctimas de despidos discriminatorios. Sin embargo, a pensar que existe este precedente constitucional y ha sido decretada con efecto *erga omnes*; en el derecho laboral privado, es decir trabajadores regulados bajo el Código de Trabajo que acuden a la justicia ordinaria, existe una fuerte resistencia para su aplicación, por falta de conocimiento de esta figura y sus precedentes, según los magistrados de la Sala de la Corte Nacional de Justicia que fueron entrevistados<sup>8</sup>.

Pareciera ser que esta garantía de la Movilidad de la Carga de la Prueba estuviese reservada para la justicia constitucional o para la justicia ordinaria, pero de aquellos trabajadores regulados por la Ley Orgánica de Servicios Públicos, debido a la naturaleza del conflicto del cual surgieron estos precedentes constitucionales, relaciones laborales del servicio público. No obstante, en las entrevistas realizadas a los 3 jueces de la Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, coinciden en que estas sentencias de la Corte Constitucional del Ecuador (sentencia No. 016-16-SEP-CC; sentencia No. 080-13-SEP-CC; sentencia No 375-17-SEP-CC) pueden ser aplicables a la justicia ordinaria, trabajadores regulados por el Código de Trabajo, en casos de despido por discriminación.

7. Ecuador, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, 22 de octubre de 2009, Registro Oficial Suplemento 52. Art. 16. – Pruebas. - Se presumirán ciertos los hechos de la demanda cuando la entidad pública accionada no demuestre lo contrario o no suministre la información solicitada, siempre que de otros elementos de convicción no resulte una conclusión contraria. En los casos en que la persona accionada sea un particular, se presumirán ciertos los hechos cuando se trate de discriminación o violaciones a los derechos del ambiente o de la naturaleza.

8. Entrevistas realizadas a los actuales jueces de la Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador: Dra. Enma Tapia, Katerine Muñoz y Dr. Alejandro Arteaga. Estos magistrados fueron entrevistados el día 9 de junio de 2022 acerca del tema: "Inversión de la carga de la prueba, obligación del empleador de descartar la discriminación como motivo de despido a personas vulnerables".

Basta con que se trate de casos análogos o el juzgador encuentre el punto de derecho en común entre los casos. Sin embargo, la falta de conocimiento o una incompleta lectura del caso en concreto permite ver que existe discriminación en el despido. Por ejemplo, la Dra. Enma Tapia (Tapia Rivera 2022), mientras era jueza de instancia durante la pandemia del COVID-19, observó que los abogados no presentaban demandas de despido por discriminación a pesar de que “coincidentalmente” aquellos trabajadores a quienes se les aplicó la fuerza mayor y caso fortuito eran personas mayores, mujeres embarazadas o personas discapacitadas.

Entonces, el abogado al momento de estudiar un caso, deberá analizar si el despido fue con motivos de discriminación y si el trabajador se encontraba en estado de vulnerabilidad, para así definir su estrategia, pues los tres magistrados entrevistados, coinciden con que el trabajador deberá aportar los suficientes indicios para convencer de que existió discriminación hacia el trabajador que estaba en estado de vulnerabilidad cuando fue despedido, para así aplicar la inversión de la carga de la prueba y el empleador deberá descartar la discriminación como motivo del despido<sup>9</sup>. En el mismo sentido, el empleador deberá analizar su estrategia sabiendo qué deberá contestar para descartar la discriminación con argumentos y pruebas razonables, validas y lógicas, pues contestar con la negativa y pura, puede ser perjudicial, pues no tendrá otro momento de aportar elementos de prueba en caso de que se revierta la prueba.

A pesar de que los tres magistrados entrevistados han indicado que a casación no han llegado casos sobre el despido por discriminación, donde se deba analizar la carga de la prueba sobre la discriminación de trabajadores en estado de vulnerabilidad despedidos; analizando un caso en concreto se puede observar que la Sala de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia del Azuay conoció el proceso No. 01371-2016-00458, en donde una trabajadora con una enfermedad catastrófica, como lo es el cáncer, demandó a su empleadora el pago de la indemnización contemplada en el artículo 195.3 párrafo 4 del Código de Trabajo, por la existencia del despido con discriminación. Tanto la Corte Provincial de Justicia del Azuay como la Corte Nacional de Justicia reconocieron la aplicación del precedente jurisprudencial establecido en la sentencia No. 080-13-SEP-CC Caso No.0445-11-EP y obligaron al empleador a demostrar con argumentos y pruebas en derecho que el motivo del despido a una persona en estado de vulnerabilidad, como lo sería una mujer embarazada o en estado de gestación, personas con discapacidad o sustitutos o con enfermedad catastrófica, responde a una causa objetiva con criterios razonables, lógicos y válidos, caso contrario se presume que el despido es discriminatorio.

En este sentido, resulta lógico que la Corte Constitucional del Ecuador en aplicación de su facultad de máximo intérprete de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución de la República del Ecuador, a través de sus sentencias, haya dotado a aquellos trabajadores en estado de vulnerabilidad la facultad de poder exigir la aplicación del principio de la Movilidad de la Carga de la Prueba para invertir la carga de la prueba en contra del empleador quien deberá demostrar que el despido intempestivo en contra del trabajador, no responde una actuación discriminatoria discriminación oculta en al menos una de las categorías sospechosas que contempla el artículo 11 numeral 2 de la Constitución de la República del Ecuador.

---

9. *Ibid.*

## Conclusiones

En definitiva, es pertinente observar que la aplicación del principio del *Onus Probandi* para la aplicación de la carga de la prueba es insuficiente e ineficaz para tutelar los derechos de trabajadores en estado de vulnerabilidad que son despedidos discriminatoriamente. El *Onus Probandi* responde a una ideología privatista e individualista fundada en un principio de igualdad formal, creando una ficción de que todos los seres humanos somos iguales, cuando no es cierto. Mientras que, con la aparición del Estado Social de Derechos, se instauró una ideología socialista, protectora y garantista de los derechos, precautelando el bien común de las minorías, lo cual superó el principio de igualdad formal para reconocer el principio de igualdad material. Este principio descansa en la premisa de que los iguales se tratan por iguales y los desiguales se tratan de modo diferente. En este ambiente surge la teoría de la Movilidad de la Carga de la Prueba, como un principio que mira las inequidades distribuye la carga de la prueba entre las partes procesales, bajo la premisa de que: quien puede probar un hecho, debe hacerlo. No obstante, esta nueva teoría no pretende restar la importancia al principio del *Onus Probandi*, si no por el contrario complementarla y perfeccionarla.

Por tanto, la Corte Constitucional del Ecuador ha decretado mediante sentencia con efectos *erga omnes*, es decir, aplicable tanto para el derecho laboral público como privado que, ante la ocurrencia de despido de un trabajador en estado de vulnerabilidad por presuntas actuaciones discriminatorias ocultas en al menos una de las categorías sospechosas del artículo 11 numeral 2 de la Constitución de la República se debe aplicar la garantía de la estabilidad laboral especial reforzada en conjunto con la aplicación del principio de la Movilidad de la Carga de la Prueba, en donde el empleador debe ser la parte procesal que soporte la carga de descartar que la causa o motivo de la terminación de la relación laboral, esconde u oculta una actuación discriminatoria fundada en alguna de las categorías sospechosas.

Finalmente, es importante analizar la fundamentación que la Corte Constitucional del Ecuador ha realizado sobre los argumentos y pruebas que deberá aportar el empleador para descartar la discriminación como motivo del despido de un trabajador en estado de vulnerabilidad, es decir, la Corte ha dicho que no basta con que el empleador justifique, que el despido se debe a: (1) restructuración de personal, (2) pérdida de confianza, incumplimiento de obligaciones y funciones laborales, (3) disminución o pérdida de la capacidades o aptitudes para el trabajo, (4) bajo rendimiento físico o psicológico, y otros similares. Sino deberá aportar argumentos y pruebas lógicas, razonables y objetivas que descarten la discriminación como causa del despido.

## Bibliografía

Baylos Grau, Antonio Pedro. "La igualdad de las partes en el proceso laboral y la tutela judicial efectiva". *Derecho privado y constitucional*. Nro. 4 (1994): 107-129.

Bordalí, Andrés. "La carga de la prueba en el proceso civil: una evolución desde la igualdad formal de las partes hacia una igualdad material de las mismas". *Estudios de derecho*. Nro. 170. (2020): 170-201. DOI: <https://doi.org/10.17533/udea.esde.v77n170a08>

Fernández Toledo, Raúl. *La prueba en el proceso laboral*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.

Ugarte Cataldo, José Luis. "Tutela laboral de derechos fundamentales y carga de la prueba". *Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. Nro. 33 (2009): 215-228. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512009000200005>.

E C I J A  
G P A

# **Contrato de arrendamiento mercantil de activos digitales. La nueva modalidad de uso de criptomonedas**

María Antonia Vázquez Carrasco

## **Resumen**

El mundo y su economía, a través del uso de innovadoras creaciones tecnológicas tales como las criptomonedas, se están transformando rápidamente. El cambio en el paradigma del uso convencional de activos digitales, sin duda alguna, ha dado paso a nuevas tendencias no solo tecnológicas sino jurídicas, políticas y financieras. En estas circunstancias el derecho y las criptomonedas se encuentran entre sí; y es a partir de ello que nace el contrato de arrendamiento mercantil de activos digitales. Esta particular modalidad contractual, por su brillante presente y prometedor futuro, merece y exige ser objeto de análisis académico; al igual que la naturaleza de los cryptoactivos. Los cuales, cabe recalcar, tendencialmente están encaminados a su regulación expresa como valores dentro de las diversas normativas tributarias a nivel mundial. Es por ello que en el presente artículo, ahondaremos primeramente, en la situación actual en la que se encuentran las criptomonedas en la legislación ecuatoriana con el fin de comprender de forma detallada la posición que tienen estas dentro de nuestro sistema legal, ya que son la base de dicho contrato. Para posteriormente enfocarnos en el contrato de arrendamiento mercantil de activos digitales, su funcionamiento y características, con el fin de comprender su naturaleza jurídica y actividad.

## **Abstract**

The world and its economy, through the use of innovative technological creations such as cryptocurrencies, are quickly transforming. The change in the paradigm of the conventional use of digital assets, without a doubt, has given space to new trends not only technological but legal, political and financial. In these circumstances the law and cryptocurrencies meet each other; and it is from it, that the commercial lease contract of digital assets is born. This particular contractual modality, due to its bright present and promising future, deserves and demands to be the subject of academic analysis; as well as the nature of crypto assets. Which, it should be emphasized, are tendentially aimed at their express regulation as values within the various tax regulations worldwide. That is why in this article we will delve first, into the current situation in which cryptocurrencies are in Ecuadorian legislation in order to understand in detail the position they have within our legal system, since they are the basis of said contract. To later focus on the commercial lease of digital assets, its operation and characteristics, in order to understand its legal nature and activity.

## **Palabras clave**

Activo digital, criptomonedas, cryptoactivos, contrato de arrendamiento, contrato de arrendamiento mercantil.

## **Keywords**

Digital asset, cryptocurrency, cryptoassets, lease contract, mercantile lease contract.

## Introducción

La naturaleza de las criptomonedas, su versatilidad y sus alcances se han venido problematizando en la última década. Su uso se ha convertido en una nueva tendencia en el mundo jurídico, financiero e informático. Es por ello que se presenta la necesidad de realizar un análisis sobre su naturaleza, utilidades e implicaciones a futuro, además de las nuevas tendencias jurídicas que nacen a partir de los recientes usos que se están dando a los cryptoactivos, entre ellos el contrato de arrendamiento mercantil de activos digitales.

Desde su creación las criptomonedas han sido entendidas y utilizadas únicamente como monedas digitales, situación que encasilla a este cryptoactivo en una sola rama de las ciencias sociales, la rama económica; concibiéndolas simple y llanamente como instrumentos digitales que sirven como forma de pago en una transacción.

Pensar que una creación de tan innovadora naturaleza podía ser entendida sólo desde una visión era inaceptable. Y es por la acelerada evolución que han sufrido estos activos que sus usuarios han exigido nuevos usos de los mismos, que satisfagan mayores necesidades, engloben nuevas ramas científicas tales como el derecho, la política, las finanzas, en fin, que su uso sea más amplio y común entre los ciudadanos.

## Definiciones base para la comprensión del presente artículo

### 1. Criptomoneda

Según *Oxford Learner's Dictionaries*:

Una moneda digital producida por una red pública en lugar de cualquier gobierno, que utiliza la criptografía para asegurar que los pagos se envían y reciben de forma segura. Emplea técnicas de cifrado a través de un sistema de transacciones electrónicas para reglamentar la generación de unidades de moneda y verificar la transferencia de fondos<sup>10</sup>.

### 2. Activo

Según el Smart Capital Bank, se definen como:

...todo tipo de bienes o derechos que posee una persona natural o jurídica. Conforme a las normas contables establecidas, todo activo es susceptible de ser comprado, vendido o arrendado (alquilado). Es un elemento patrimonial que representa utilidad positiva. El importe general de los valores efectivos, créditos y derechos que una persona tiene a su favor.<sup>11</sup>

### 3. Activo digital

Digital hace referencia a que, al contrario de los activos físicos, son recursos intangibles que existen de forma digitalizada. Por lo tanto, un activo digital es un elemento patrimonial intangible que representa utilidad y que existe de forma digitalizada.

### 4. Activos Intangibles

A decir del Smart Capital Bank, entendemos a los Activos Intangibles como: "aquellos bienes que por su naturaleza física no se pueden tocar: Licencias de Software, Derechos de Autor, Registro de Marcas, Patentes, Contenidos y Servicios bajo demanda, etc"<sup>12</sup>.

### 5. Blockchain

Para Solera, *Blockchain*

Significa, literalmente, cadena de bloques. Es una base de datos o registro público que puede ser compartido por multitud de usuarios en modo *peer-to-peer* (P2P o red de pares) y que permite el almacenamiento de la información de forma inmutable y organizada. Es un término asociado a las criptomonedas porque, aparte de ser la tecnología que las sustenta, nació con la primera moneda virtual de la historia en 2009, el Bitcoin. En este caso, los datos añadidos a la blockchain son públicos y se pueden consultar en cualquier momento por los usuarios de la red.<sup>13</sup>

10. William Collins & Sons Co. LT, Oxford Learner's Dictionaries, 2022, <https://www.oxfordlearnersdictionaries.com>.

11. Smart Capital Bank, "Concepto de Activos", 2018, <https://smartcapital-bank.com>.

12. *Ibid.*

13. Silvia Solera, "Blockchain: Qué es, cómo funciona y los usos más comunes", 2020, párr. 3, <https://www.occamagenciadigital.com/>.

## Situación de las criptomonedas en la legislación ecuatoriana

En primer lugar, es de suma importancia conocer que dentro de los cuerpos legales ecuatorianos la definición y regulación de criptomonedas al día de hoy no existe. La legislación actual únicamente regula a las especies monetarias tradicionales. Sin embargo, dentro de nuestro país existe un único pronunciamiento institucional que ha sido realizado por el Banco Central del Ecuador, el que en agosto de 2018, a través de un comunicado expresa lo siguiente:

El Banco Central del Ecuador aclara que las criptomonedas no son un medio de pago autorizado en el país y no cuentan con respaldo, su valor se sustenta en la especulación. Tampoco están controladas, supervisadas ni reguladas por ninguna entidad del Ecuador. Razón por la que representan un riesgo financiero para quienes lo utilizan. Todo esto acorde en el artículo 94 del Código Orgánico Monetario y Financiero<sup>14</sup>.

El mencionado artículo indica lo siguiente:

Artículo 94.- De la moneda en la República del Ecuador. Todas las transacciones, operaciones monetarias, financieras y sus registros contables, realizados en la República del Ecuador, se expresarán en dólares de los Estados Unidos de América, de conformidad con este Código. La moneda tiene poder liberatorio y curso legal en la República del Ecuador en el marco de las regulaciones que emita la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera. En ningún caso el Estado podrá obligar a una persona natural o jurídica de derecho privado a recibir moneda distinta del dólar de los Estados Unidos de América.<sup>15</sup>

A partir de ello podemos destacar entonces que si bien el comunicado del Banco Central, no tiene fuerza de ley, sin embargo, en él se establece que las criptomonedas no son dinero y que su compraventa se debe hacer bajo riesgo propio. Adicionalmente el Código Monetario señala que el dólar es la única moneda de curso legal en el país.

Ahora bien, partiendo desde la premisa básica de que la criptomoneda no es una especie monetaria, mucho menos una tradicional, pues no es emitida por los Estados, no es de libre circulación y tiene características y usos distintos a ella, el ordenamiento jurídico actual resulta insuficiente para regular todo lo que implica el uso de criptomonedas. Como ejemplo de ello citaremos el artículo 593 del Código Civil ecuatoriano, el cual indica lo siguiente:

Art. 593.-Las cosas muebles se dividen en fungibles y no fungibles. A las primeras pertenecen aquellas de que no puede hacerse el uso conveniente a su naturaleza sin que se destruyan. Las especies monetarias, en cuanto perecen para el que las emplea como tales, son cosas fungibles<sup>16</sup>.

Dicho artículo contempla dos posiciones: primero, la división de los bienes muebles en fungibles y no fungibles; segundo, la categorización de las especies monetarias como cosas fungibles. Ahora bien, si buscamos utilizar dicho artículo para regular a las criptomonedas en el Ecuador sucedería lo siguiente: en primer lugar, al aplicar el mencionado artículo tendríamos que ubicar a las criptomonedas como fungibles o no fungibles puesto que, de manera clara, dicho apartado presenta estas dos únicas posibilidades, la de pertenecer a una de las dos clasificaciones: o se es fungible o se es no fungible.

Sin embargo, para poder ubicar a estos activos digitales dentro de una de las dos categorías debemos analizar cuáles son los resultados que generan los distintos tipos de usos que pueden darse a las mismas. Para ello tomemos en cuenta estas dos posibilidades:

---

<sup>14</sup>. Banco Central del Ecuador "Comunicado oficial sobre el uso del Bitcoin", 8 de enero de 2018, párr. 1 y 2, COMUNICADO OFICIAL SOBRE EL USO DEL BITCOIN (bce.fin.ec)

<sup>15</sup>. Ecuador, *Código Orgánico Monetario y Financiero*, viernes 12 de septiembre de 2014, Registro Oficial N.º 332, Segundo Suplemento. Art. 94.

<sup>16</sup>. Ecuador, *Código Civil 2020*, 24-jun.-2005, Registro Oficial Suplemento 46. Art 593.

- Primero, si las criptomonedas son utilizadas como medio de pago podemos considerarlas fungibles, puesto que se agotan con su uso y no puede hacerse un uso de ellas sin consumirlas, tal como sucede con las especies monetarias convencionales.
- Segundo, si se las utiliza como un medio de inversión a través de la modalidad de arrendamiento se las podría llegar a considerar como no fungibles. Puesto que, al llevarse a cabo esta modalidad, lo que sucede es que se las utiliza de forma en la que no se consumen ni se agotan con su uso, tal como sucede con los bienes en un contrato de arrendamiento inmobiliario, por ejemplo. Sin embargo aun cuando tomemos esta posibilidad como cierta y viable las criptomonedas seguirán respondiendo a su naturaleza de fungibles; ¿por qué?

Si bien es cierto la utilización de criptomonedas como medios de inversión empleados a través del arrendamiento es viable, en el momento en el que finaliza dicho contrato no necesariamente serán las mismas monedas las que sean devueltas. A diferencia del arrendamiento de un bien inmueble, por ejemplo, donde debe devolverse el mismo cuerpo cierto. Por lo tanto, si tomamos en cuenta el criterio básico de que los bienes no fungibles no admiten sustitución, es imposible que las criptomonedas pertenezcan a esta categoría, pues su sustitución puede realizarse.

Ahora bien, al artículo 593 del Código Civil permitir estas dos únicas posibilidades, es decir, la fungibilidad o la no fungibilidad, deberemos necesariamente catalogar a los cryptoactivos como fungibles, pues ellos están determinados solo por su género y pueden, por lo tanto, ser sustituidos por otros del mismo género.

Adicionalmente, en dicho artículo, se trata sobre especies monetarias y por lo tanto, al aspirar definir a estos activos en base al mismo se cae en el error de pretender creer que las criptomonedas gozan de la misma naturaleza del dinero genérico. Sin embargo, aunque parezca que son lo mismo, y se suele usar a estos términos como sinónimos, existen diferencias claras, que han sido mencionadas en párrafos anteriores, que nos permiten aseverar que las criptomonedas y el dinero financiero no son lo mismo.

Ahora bien, comúnmente se suele señalar que las criptomonedas tienen muchos de los atributos de las especies monetarias fiduciarias, sin embargo, es de suma importancia señalar que no cabe utilizar esta afirmación en todo tipo de criptomoneda, pues no todas ellas son similares al dinero fiduciario. Por ejemplo, *Bitcoin*, la criptomoneda más importante hoy en día, tiene como característica principal que no se parece al dinero fiduciario.

Adicionalmente, sabemos sobre criptomonedas tales como el *Cardano*, *Etherium* o *Polkadot*, entre muchas otras, que actúan más allá de su función de "dinero". Si bien es cierto pueden llegar a cumplir con un fin similar al ser susceptibles de ser utilizadas como medio de pago, también tienen otras utilidades fuera de esta esfera, tales como ser bienes de valor susceptibles de arrendamiento, compra, venta, cesión, etc. Cabe recalcar que la utilización que se le dé a cada criptomoneda dependerá de su naturaleza y propósitos; sin embargo, deberemos tener presente siempre que, por sobre todo propósito, los cryptoactivos son bienes fungibles, así que su uso responde a esta premisa.

Por todas estas circunstancias podemos asegurar que no se puede pretender emplear un artículo que trata sobre especies monetarias para buscar encontrarle una naturaleza jurídica a las criptomonedas en la legislación ecuatoriana, cuando éstas no pertenecen a esa esfera.

A partir de lo expuesto se puede aseverar que para llegar a regular e introducir a los activos digitales dentro de nuestra legislación es imperativo que se realice una reforma profunda a las leyes actuales o que se emitan nuevas que regulen adecuadamente todo lo relativo a criptomonedas, para su correcto desenvolvimiento y como forma de protección a los usuarios de las mismas.

Tomando en consideración estos dos aspectos, es decir, el pronunciamiento sobre la falta de regulación sobre las criptomonedas y su falta de concordancia con el artículo 593 del Código Civil, además de la imposibilidad de introducir este concepto en la legislación ecuatoriana por su inexistencia dentro de la normativa, nos planteamos lo siguiente.

Si bien es cierto las criptomonedas no cuentan con una regulación a día de hoy en el Ecuador, sería interesante establecer cuál podría llegar a ser, en un futuro, una posible definición dentro de nuestra legislación. Por lo tanto se determina: Criptomoneda, activo digital y bien mueble inmaterial, susceptible de apropiación, fungible, que opera de forma independiente del Banco Central del Ecuador mediante *blockchain* y sistemas electrónicos transaccionales.

### **Cambio en el paradigma del uso convencional de criptomonedas**

El 31 de octubre de 2008 Satoshi Nakamoto crea el *Bitcoin*, la primera criptomoneda. Como se mencionó anteriormente desde ese primer instante estos activos digitales han sido vistos y considerados netamente como activos financieros. Sin embargo, la tecnología es la perfecta expresión del cambio, especialmente las criptomonedas, ya que éstas están en constante transformación.

Estos activos al no estar vinculados a la economía o política de ningún país en particular son independientes y fluctúan según sus propias reglas y necesidades. Por lo que tienen la libertad y ventaja de poder adaptar su funcionamiento a las nuevas exigencias que crea la sociedad logrando, de esta forma, salir de su concepto inicial y abrirse a nuevas ramas y posibilidades de uso.

Algo similar ocurre con el derecho. Sabemos que las relaciones y necesidades sociales son una de las bases de esta ciencia ya que éstas, entre otras, determinan su contenido, espíritu y sentido. Este, al ser fundamentalmente una creación social, está sujeto a la evolución y cambios acelerados que sufre la población y por tanto el derecho mismo.

Claro está, derecho considerado como el conjunto de normas que regulan la conducta humana y ordenan la sociedad en un momento determinado a través de la imposición de reglas y de la creación de órganos e instituciones que velan por su cumplimiento y aplicación. Este, para lograr exitosamente su fin último, es decir, brindar seguridad jurídica, libertad, certeza jurídica y justicia, necesariamente debe adaptarse a las nuevas situaciones que día a día la sociedad genera, para así satisfacer sus necesidades. El Derecho es, por su naturaleza, fundamentalmente variable.

Es en estas circunstancias que el derecho y las criptomonedas se encuentran entre sí; y es en la unión entre ellos, en donde el uso convencional de criptomonedas da un giro de 180 grados, en donde los consumidores de esta especie monetaria reconocen su naturaleza de activo financiero, pero también de activo de inversión. Y es a partir de esta aceptación de doble naturaleza donde nace el contrato de arrendamiento mercantil de activos digitales, empero, destacando la fungibilidad que los caracteriza en todo momento, ya sea que sean utilizados como activos financieros o utilizados como activos de inversión.

### **¿Qué es el contrato de arrendamiento mercantil de activos digitales?**

Para lograr comprender el concepto y funcionamiento de este contrato es fundamental conocer lo que determina el Código Civil ecuatoriano con respecto al contrato de arrendamiento "convencional" dicho de cierta forma.

Art. 1856.- Arrendamiento es un contrato en que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado, salvo lo que disponen las leyes del trabajo y otras especiales<sup>17</sup>.

Ahora bien, ¿qué es el contrato de arrendamiento mercantil de activos digitales? Partiendo de la definición de contrato como todo acuerdo destinado a crear, modificar o extinguir obligaciones, podemos decir entonces que este es un contrato por el cual una persona natural o jurídica concede el uso y goce de una cantidad definida contractualmente de criptomonedas a otra persona natural o jurídica, en el cual el arrendatario expresa ser responsable por el arrendamiento de determinados activos digitales, con la respectiva autorización de la Superintendencia de Compañías, en el caso de personas jurídicas. Este acuerdo permite que dichos activos sean usados por el arrendatario.

---

17. Ecuador, *Código Civil 2020*, 24-jun.-2005, Registro Oficial, Suplemento 46. Art 1856.

En dicho contrato se expone que, al ser las criptomonedas un activo intangible, son susceptibles de ser arrendadas por cualquier persona natural o jurídica. Adicionalmente se estipula que el dueño de las criptomonedas es propietario de las mismas durante todo el proceso de arrendamiento. El contrato puede culminar como uno de arrendamiento o convertirse en uno de cesión según lo acuerden las partes.

### **Características del contrato de arrendamiento mercantil de activos digitales**

#### **a) Oneroso**

Puesto que, a partir de lo establecido en el Art. 1456 del Código Civil en el cual se indica que:

El contrato es gratuito o de beneficencia cuando sólo tiene por objeto la utilidad de una de las partes, sufriendo la otra el gravamen; y oneroso, cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro, podemos reconocer su naturaleza onerosa<sup>18</sup>.

#### **b) Principal**

Existe por sí mismo y cumple con un fin propio. Es independiente de otros contratos. Por lo cual lo que se pueda llegar a agregar a dicho contrato (accesorio) seguirá la suerte del mismo.

#### **c) Parcialmente típico**

Ya que en la legislación ecuatoriana el contrato de arrendamiento mercantil se encuentra regulado por el Derecho sustancial; sin embargo, específicamente el arrendamiento mercantil de activos digitales no cuenta con regulación dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

#### **d) Conmutativo**

Ya que existe una relación entre dos o más personas con respecto a una prestación determinada, en la que concurren tres elementos, sujeto activo, sujeto pasivo y la prestación. Respecto a lo expuesto el Código Civil establece lo siguiente:

Art. 1457.- El contrato oneroso es conmutativo cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio<sup>19</sup>.

#### **e) Bilateral y Consensual**

El Art. 1455 del Código Civil establece lo siguiente: "El contrato es unilateral cuando una de las partes se obliga para con otra, que no contrae obligación alguna; y bilateral, cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente"<sup>20</sup>.

Consensual en cuanto se perfecciona por el acuerdo de voluntades de las partes.

#### **f) Equivalencia de prestaciones**

Art. 1457.- El contrato oneroso es conmutativo cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio<sup>21</sup>.

Esta acepción parte desde el hecho de que dicho contrato constituye prestaciones recíprocas de las partes que deben considerarse equitativas, caso contrario se estaría estableciendo una injusticia y resultaría inequitativo para uno de ellos el hecho de que lo que recibe resulte ostensiblemente menos de lo que otorga<sup>22</sup>.

18. Ecuador, *Código Civil 2020*, 24-jun.-2005, Registro Oficial, Suplemento 46. Art 1456.

19. Ecuador, *Código Civil 2020*, 24-jun.-2005, Registro Oficial, Suplemento 46. Art 1457.

20. Ecuador, *Código Civil 2020*, 24-jun.-2005, Registro Oficial, Suplemento 46. Art 1455.

21. Ecuador, *Código Civil 2020*, 24-jun.-2005, Registro Oficial Suplemento 46. Art 1457.

22. Yzquierdo Tolsada Mariano, *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias*. Tomo IV. (Valencia, Aranzadi, 2014).

## ¿Cómo funciona?

Se debe mencionar que para el desarrollo del presente artículo se ha tomado como base de estudio dos contratos de arrendamiento mercantil de activos digitales ya existentes. Estos son los contratos de la empresa SCB Capital Bank y de la empresa Capitalika, a partir de los cuales se han identificado las siguientes características semejantes.

Como primer paso el arrendador debe adquirir el dominio de la cantidad determinada de criptomonedas acordadas en el contrato de arrendamiento. Posteriormente la empresa arrendataria establece en el contrato que es de su interés arrendar la criptomoneda al propietario por un periodo de tiempo que se determina en el mismo para usarla a cambio de pagar el valor especificado en el canon de arrendamiento. Posteriormente el usuario permite el uso de la cantidad de criptomonedas acordadas en dicho documento.

Se fija un valor mensual o anual a pagar por el arriendo del activo digital, el cual es fijado en la moneda local de cada país y se mantiene sin variación durante todo el periodo de arriendo acordado. Posteriormente se determinan los tiempos límite para la transferencia de los activos que posee en la billetera digital el propietario al arrendatario. Luego, se detallan las condiciones del arrendamiento, tales como el tipo de criptomonedas a arrendar, la cantidad, la fecha de entrega y pago de las mismas, el inicio del arrendamiento, la fecha del primer pago, el fin del arrendamiento, entre otras.

Para finalizar, se realiza y establece la valoración del activo digital. Es de suma importancia recordar que, el valor de las criptomonedas fluctúa día a día, es por ello que en dicha cláusula se determina que las partes reconocen el valor comercial que tiene el activo en la fecha de la firma del documento.

Las partes acuerdan cumplir con un cierto número de obligaciones establecidas en el contrato. Al tratarse de un contrato de derecho privado estas variarán según la voluntad de las mismas en el momento de la configuración del contrato. Algunas de estas obligaciones suelen ser:

- El propietario deberá entregar la criptomoneda al arrendatario.
- Durante el periodo de arriendo el propietario no podrá disponer de sus criptomonedas ya que éstas quedarán en control total del arrendatario.
- Al concluir el plazo estipulado el arrendatario debe restituir las criptomonedas al propietario, ya sean las criptomonedas como tal o restituir las en dólares americanos.

Al final del período de arriendo, el arrendatario establece la posibilidad de comprar el activo digital del arrendador, siempre que éste así lo desee y en el precio acordado en el respectivo contrato, lo cual generaría un nuevo contrato, uno de compra y venta. En la cláusula de terminación del contrato se tratan temas como la terminación anticipada, la devolución anticipada, o una de las cláusulas más importantes que es la de terminación por devolución por parte de la empresa arrendataria hacia el arrendador, o la cesión del criptoactivo entre las partes mencionadas al finalizar dicho acuerdo.

## Conclusión

A partir del estudio realizado podemos percatarnos de que, actualmente, dentro de la legislación ecuatoriana, la definición y regulación de criptomonedas no existe. Sin embargo, sin perjuicio de ello, éstas se han venido usando dentro del país, generando así que se desarrollen formas particulares de utilización de las mismas, tales como el contrato de arrendamiento mercantil de activos digitales.

En cuanto a la naturaleza jurídica de los criptoactivos hemos destacado que sin importar cual sea la utilización que se les dé, estos siempre responderán a la categoría jurídica de fungibilidad, pues admiten sustitución. Siendo además bienes muebles inmateriales, susceptibles de apropiación, que operan de forma independiente del Banco Central del Ecuador mediante *blockchain* y sistemas electrónicos transaccionales. Adicionalmente se ha destacado que las criptomonedas no son dinero fiduciario y que, a día de hoy, el dólar es la única moneda de curso legal en el país.

Sobre el contrato de arrendamiento mercantil de activos digitales hemos sabido destacar que el mismo es un convenio en el que las dos partes contratantes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de determinadas criptomonedas, y la otra a pagar por este goce. Es un contrato oneroso, principal, parcialmente típico, conmutativo, bilateral y consensual.

En cuanto a la utilización de dicho contrato dentro del territorio ecuatoriano se menciona que esta representa una particular modalidad contractual. Pensar que la tecnología y el derecho se complementen entre sí para dar paso a nuevos usos que pueden aplicarse a los criptoactivos y para generar diversas variantes contractuales, que revolucionan temas como los tipos de bienes que pueden darse en arrendamiento, es realmente cautivador.

En definitiva, este contrato ha llegado a nuestro medio para quedarse. Por lo que se plantea la imperante necesidad de que se recojan las figuras de criptomoneda y de contrato de arrendamiento mercantil de activos digitales dentro de la legislación ecuatoriana para su correcto desenvolvimiento y como forma de protección a los usuarios de los mismos. Por último, se considera que la falta de desarrollo doctrinario y legislativo ecuatoriano alrededor de los temas tratados han evitado que la utilización de estos recursos se goce en su forma más amplia.

## **Bibliografía**

Banco Central del Ecuador. "Comunicado oficial sobre el uso del Bitcoin". 8 de enero de 2018. COMUNICADO OFICIAL SOBRE EL USO DEL BITCOIN (bce.fin.ec)

Collins William & Sons Co. LT. *Oxford Learner 's Dictionaries*. Oxford Learner 's Dictionaries, 2020. <https://www.oxfordlearnersdictionaries.com>.

Ecuador. Código Civil. Registro Oficial, Suplemento 46, 24 de junio de 2020.

Código Orgánico Monetario y Financiero, Registro Oficial N° 332, Segundo Suplemento, 12 de septiembre de 2014.

Smart Capital Bank. "Concepto de Activos", Smart Capital Bank, 2018. <https://smartcapital-bank.com>.

Solera Silvia. *Blockchain: "Qué es, cómo funciona y los usos más comunes"*. Occam Agencia Digital.com, 2021. <https://www.occamagenciadigital.com/blog/blockchain-que-es-como-funciona>

Yzquierdo Tolsada Mariano. Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias. Valencia: Arazandi Thomson Reuters, 2014.

**CMC**  
**CORDERO MORENO & CORRAL**  
**• A B O G A D O S •**

# El Principio de Irretroactividad en materia administrativa

María de Lourdes Tamariz Aguilar  
Josselyn Nicolle Giler Vélez

## Resumen

El presente artículo efectúa un análisis del principio de irretroactividad contemplado en el Ordenamiento Jurídico Ecuatoriano desde un enfoque del derecho administrativo en donde adquiere una connotación particular en relación directa con las características, principios y fines propios de toda actuación pública del Estado al brindar servicios en beneficio de la colectividad. Si bien, este principio se considera la regla general de todo el ordenamiento jurídico; sin embargo, en ciertas situaciones concretas es la propia ley la que faculta expresamente su aplicación retroactiva tanto de actos administrativos cuanto, de normas jurídicas en garantía y resguardo de los derechos adquiridos por particulares, evitando de este modo una posible vulneración de los mismos. Finalmente, por su vínculo directo con la retroactividad se efectúa un estudio de la nulidad de pleno derecho y de la anulabilidad o revocatoria de los actos administrativos; de sus efectos y de la figura jurídica de la lesividad analizando su aplicación al amparo del marco jurídico.

## Abstract

This article analyzes the principle of non-retroactivity contemplated in the Ecuadorian Legal System from approach of administrative law where it acquires a particular connotation in direct relation to the characteristics, principles and purposes of all public action of the State when providing services in benefit of the community. Although this principle is considered the general rule of the entire legal system; however, in certain specific situations it is the own law that expressly authorizes its retroactive application for administrative acts and legal norms in guarantee and protection of the rights acquired by individuals, to avoiding a possible violation of the same. Finally, due to its direct connection with retroactivity, a study of the full nullity and the nullity or revocation of administrative; of its effects and of the legal figure of harmfulness analyzing its application under the legal framework.

## Palabras clave

Legalidad, Juridicidad, Seguridad Jurídica, Irretroactividad, Nulidad, Lesividad.

## Keywords

Legality, legal security, non-retroactivity, nullity, harmfulness.

## Introducción

*Si bien, la irretroactividad es aplicable a todas las áreas del derecho, este estudio se enfocará particularmente en el ámbito del Derecho Administrativo área en la que, asimismo, por regla general, tanto normas como actuaciones estatales producen efectos hacia el futuro; no obstante, debido a sus particularidades, al fin mismo que persigue la administración, a principios como el de seguridad jurídica, legalidad y juridicidad y a los efectos propios de la nulidad, en ciertos casos expresamente es necesaria su aplicación retroactiva.*

El presente artículo analiza al principio fundamental de irretroactividad contemplado en el Ordenamiento Jurídico Ecuatoriano en base a criterios y opiniones doctrinarias de varios autores relevantes en materia administrativa, cuyo valioso aporte ha permitido efectuar una compilación de información para lograr un análisis de esta figura legal y entender cuál sería su correcta aplicación a la luz de los principios y garantías fundamentales.

## Metodología

Para el desarrollo de este trabajo se emplearon métodos lógicos, inductivos y deductivos con el propósito de, partir de las generalidades y poder visualizar y analizar los aspectos que individualizan y caracterizan a este principio en materia administrativa ecuatoriana. Asimismo, se utilizaron, el método histórico y el bibliográfico para poder obtener un cúmulo de información que abastezca nuestro tema en base a numerosas opiniones doctrinarias y se recurrió al método de interpretación legal, para analizar las normas que dieron luz a esta figura jurídica y entender cómo surgió la misma, determinando su finalidad y el objetivo de su creación.

## Irretroactividad

Reconocido en el artículo 7 del Código Civil ecuatoriano y avalado por el texto constitucional, el principio de irretroactividad constituye la regla general de todo el orden jurídico e implica la aplicación normativa a futuro; es decir, en la esfera del derecho, la ley solo rige para lo venidero y no tiene efecto retroactivo<sup>23</sup>. Tomando el significado semántico del vocablo retroactividad; éste es entendido como “la aplicación de una norma a hechos y situaciones anteriores a su entrada en vigor o a actos y negocios jurídicos” de tal manera que, la irretroactividad conlleva, precisamente, la falta de retroactividad<sup>24</sup>.

En materia jurídica, la irretroactividad es un principio primordial y universal cuyo origen se remonta al derecho canónico y se refiere a la prohibición o impedimento de aplicar una norma a sucesos acaecidos con anterioridad a su promulgación, con el propósito de evitar que las leyes produzcan efectos hacia atrás en el tiempo, ocasionando con ello vulneración a los derechos de particulares. Asimismo, su objetivo se encamina a proporcionar confianza y seguridad en leyes claras, conocidas previamente, generando certeza de cuáles son los límites del marco de actuación dentro del ordenamiento jurídico vigente. La irretroactividad de la ley implica entonces, que una ley pueda ser aplicada a un hecho en concreto, únicamente desde su entrada en vigor.

Para entender el alcance y la relación de este principio con otros del derecho, cabe señalar lo previsto en el artículo 82 de la Constitución de la República del Ecuador que reconoce el principio de Seguridad Jurídica como aquel que se fundamenta en el respeto a la Carta Magna y al ordenamiento jurídico en general, con la existencia de normas jurídicas determinadas, previas, claras y públicas. Por su lado, el artículo 226 dispone a todas las Instituciones del Estado, sus organismos y dependencias, servidoras o servidores públicos, ejercer solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y en la ley; en concordancia con el art. 22 del Código Orgánico Administrativo que señala como principios fundamentales en todo actuar público, la seguridad, la certeza, previsibilidad y la confianza.

<sup>23</sup>. Ecuador, Código Civil, 24 de junio de 2005, Registro Oficial Suplemento 46. Art. 7.

<sup>24</sup>. Real Academia Española, Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, 23 ed., [Versión 23.5 en línea], <https://dle.rae.es>

Íntimamente relacionados con el principio de seguridad jurídica están, los de legalidad y juridicidad, que además se miran a la luz del primero en tanto, su aplicación está impregnada de una lógica sustentada en la justificación de esta seguridad legal aplicando de una manera literal y exegética las disposiciones normativas y las fuentes del derecho, sin cabida a interpretaciones extensivas. Estos principios, pilares esenciales del Derecho Administrativo, implican entonces, el sometimiento irrestricto de toda conducta estatal al ordenamiento jurídico y al marco legal vigente en beneficio y protección de los intereses de la colectividad; presuponiendo así, que toda actuación Estatal es legítima, no vulnera derechos, ni es arbitraria o constituye abuso de poder, en tanto se observa esta sujeción a la norma.

Vale la pena recalcar que, conforme señala el tratadista Jorge Vélez García, estos principios tienen asidero cabalmente, en razón a considerar un acto como legítimo y ejecutable debido a que todos sus elementos, requisitos, procesos, fines, competencias y atribuciones se han respetado y cumplido de conformidad a la norma positiva<sup>25</sup>. Tomando el criterio de Miguel Carbonell y Eduardo Ferrer Mac-Gregor, el principio de irretroactividad es uno de los más antiguos del derecho y refleja la aspiración a la seguridad jurídica de un orden normativo que permita saber a qué leyes atenerse<sup>26</sup>, es decir, que establezca con claridad y precisión “las reglas del juego”, sin que esta situación varíe sin previo aviso a futuro y sin que su mutación posterior genere perjuicios a los derechos de particulares.

En este contexto, es evidente la íntima relación que guarda la figura de la irretroactividad con los principios de legalidad, juridicidad, tipicidad y seguridad jurídica y; si bien, el art. 76 numeral 3 de la Constitución de la República del Ecuador<sup>27</sup>, reconoce al principio de irretroactividad desde un enfoque eminentemente sancionatorio y punitivo. Es importante reconocer que, es a través de la exégesis del principio de seguridad jurídica que se evidencia la necesidad de plasmar esta certeza y confianza en todo el orden jurídico vinculándolo con cada una de las áreas del derecho y, como veremos más adelante, en materia administrativa adquiere una connotación particular.

## **Retroactividad**

A pesar de lo dicho, carecería de toda lógica un ordenamiento jurídico cuyas normas fueran absolutamente irretroactivas, situación que ocasionaría todo lo contrario al fin esperado; ocasionado que el derecho quede congelado en el tiempo y que sus disposiciones resulten en algún momento inaplicables a las realidades eventuales que se presenten, entorpeciendo de esta manera la tutela efectiva de derechos y la evolución propia y necesaria del sistema normativo.

Esta inminente necesidad de dar paso al dinamismo del derecho, que debe inexorablemente adaptarse y evolucionar a la par de las circunstancias jurídicas que se presenten en una determinada sociedad, constituye el pilar fundamental para dar paso a la figura de la retroactividad en ciertos supuestos con el propósito, justamente, de remediar situaciones injustas y acoplar las normas a nuevas visiones de justicia y equidad concebidas en un tiempo y lugar determinado.

Por otro lado, para entender el alcance de la retroactividad es oportuno referirnos brevemente al tema de los llamados derechos adquiridos, concebidos como aquellos que generan una situación jurídica que otorga un derecho a partir del cumplimiento de ciertos requisitos y condiciones exigidos por el ordenamiento jurídico vigente (Verdera Izquierdo 2006)<sup>28</sup>.

---

**25.** Jorge Vélez García, Los dos sistemas del Derecho Administrativo, Ensayo de Derecho Público Comparado, Segunda edición (Bogotá: Institución Universitaria Sergio Arboleda, 1996):

**26.** Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones (Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, accedido 8 de diciembre de 2021) pag. 795 <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/12/5629/17.pdf>.

**27.** Ecuador, Constitución de la República del Ecuador, 20 de octubre de 2008, Registro Oficial Suplemento 449. Art. 76.

**28.** Beatriz Verdera Izquierdo, La irretroactividad: problemática general (Madrid: Dykinson, 2006) 85, <https://portal1.uasb.edu.ec:2345/es/ereader/uasb/56804?page=85>.

En este sentido, según la teoría de los derechos adquiridos, una nueva ley no puede alterar los derechos que fueron adquiridos de acuerdo con la norma anterior y en caso de controversia, se deberá aplicar la ley anterior que los garantice. Es preciso enfatizar que no todo interés particular da origen a un derecho subjetivo, se requiere inexorablemente que dicho beneficio sea legítimo, legal y justo. Siguiendo el criterio de la Corte Constitucional del Ecuador, es indispensable que esta situación se cree cumpliendo todas las condiciones necesarias para adquirirlo, es decir, en estricta observancia de las exigencias de validez, los pasos o el procedimiento que la propia Constitución o la ley requiere para obtenerlo o merecerlo<sup>29</sup>. En palabras más simples, el derecho que se adquiere, no debe ser contrario al interés social, ocasionar un agravio injustificado a un tercero o constituir una mera expectativa que no genera derecho alguno.

Bajo el escenario de que toda norma tiene una eficacia limitada en el tiempo y el espacio, que inicia con su entrada en vigor y culmina cuando deja de tener obligatoriedad; es imprescindible invocar el criterio de los tratadistas Luis Legaz y Lacambra, citados por Francisco Capilla Capilla Roncero sobre la figura jurídica de la retroactividad, la cual involucra la aplicación de una norma nueva a ciertos supuestos de hecho, actos y/o situaciones jurídicas que fueron constituidas con anterioridad a su entrada en vigor y que nacieron bajo el imperio de una norma que ha sido derogada<sup>30</sup>.

Es así como, en muchos casos, esta derogatoria y pérdida de validez jurídica de una norma no impide que ciertos actos realizados a su amparo puedan seguir produciendo consecuencias jurídicas. Surge entonces, la necesidad de considerar la teoría de los derechos adquiridos y en caso de presentarse un conflicto entre dos leyes de la misma materia, se deberá determinar cuál de ellas debe aplicarse, ya sea la antigua que reconoce sus derechos o la nueva si ofrece mayores prerrogativas. Tomando el criterio de Carla Huerta Ochoa, esta situación, en gran medida, se soluciona a través de las denominadas disposiciones transitorias cuyo propósito es, justamente, regular diversas situaciones por un período de tiempo determinado<sup>31</sup>.

### La Retroactividad en materia administrativa

Centrándonos en materia administrativa el tema tiene un matiz particular. Si bien la administración está ceñida al principio de legalidad, consecuentemente al marco normativo vigente; no obstante, es a través de cada actuación que logra la consecución de sus fines. En este sentido, por regla general, tanto normas legales como toda actuación realizada por la administración pública tienen como cualidad esencial la irretroactividad<sup>32</sup>, es decir, los efectos jurídicos-materiales que producen, son *ex nunc (desde ahora)* con el propósito de preservar la confianza, la seguridad y la certidumbre en los ciudadanos en cuanto a una situación jurídica que no será modificada más que por procedimientos regulares establecidos previamente.

A pesar de lo dicho, esta regla no es absoluta y cambia diametralmente en cuanto a ciertas normas y actuaciones de los órganos estatales en tanto beneficien a los derechos e intereses de particulares y no impliquen un perjuicio al orden público o al interés general<sup>33</sup>. Para ello y en observancia a los principios de legalidad y juridicidad, la misma ley prevé taxativamente la aplicación de normas y actuaciones con carácter y consecuencias retroactivas, empero, hay que recordar que, al ser la retroactividad la excepción su naturaleza es restrictiva, lo que conlleva, que no pueda ser presumida o tácita siendo forzoso acudir a las excepciones previstas en la ley.

En primer orden nos referiremos a las normas con carácter retroactivo citando para ello lo establecido en el artículo 30 del Código Orgánico Administrativo<sup>34</sup>. Este precepto legal reconoce

29. Ecuador Corte Constitucional. "Sentencia N.º 184-14-SEP-CC".

30. Francisco Capilla Roncero, *Voz irretroactividad* (Madrid, Civitas, 1995).

31. Carla Huerta Ochoa, "La validez temporal de las normas, retroactividad y ultraactividad, formas extraordinarias de operatividad", *Teoría del Derecho, Instituto de Investigaciones Jurídicas* (2019): 105-110, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2611/8.pdf>.

32. Beatriz Verdera Izquierdo, *La Irretroactividad: problemática general* (Madrid: Dykinson, 2006), 85, <https://portal1.uasb.edu.ec:2345/es/ereader/uasb/56804?page=85>.

33. Juan Pablo Cajarville Peluffo, "Retroactividad de las Normas Jurídicas. Reflexiones provisorias", *Revista de Derecho Público* (2014), párr. 12, <http://www.revistaderechopublico.com.uy/revistas/46/cajarville.php>.

34. Ecuador, *Código Orgánico Administrativo*, 7 de julio de 2017, Registro Oficial 31, Segundo Suplemento. Art. 30.

el principio de irretroactividad de la ley estableciendo que los hechos que sean considerados una infracción deberán ser sancionados con las leyes vigentes al momento de producirse; no obstante, posteriormente la misma disposición legal abre paso a una excepción respecto a las normas sancionatorias en materia administrativa, indicando que producirán efectos retroactivos si favorecen al presunto infractor.

Este mandato legal guarda relación con el principio constitucional consagrado en el artículo 76 numeral 5 de la Constitución de la República del Ecuador (*in dubio pro reo*)<sup>35</sup>, el cual determina la favorabilidad hacia el infractor en caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia debiendo aplicarse la menos rigurosa, incluso, cuando su promulgación sea posterior a la infracción si esta le beneficia.

En segundo orden, mencionaremos a la retroactividad de ciertos actos administrativos, para lo cual es indispensable recordar el concepto de acto administrativo y su relación con los efectos que produce. Tomando el criterio del maestro Roberto Dromi, el acto administrativo es una declaración unilateral de voluntad a través de un proceso de exteriorización intelectual que emana de la administración en el ejercicio de sus potestades públicas, que tiene fuerza vinculante por el imperio de la ley y que produce efectos jurídicos individuales o generales<sup>36</sup>. Asimismo, debe inexorablemente cumplir ciertos requisitos elementales para su eficacia, legalidad y legitimidad. El artículo 99 del Código Orgánico Administrativo señala taxativamente a la Competencia, Objeto, Voluntad, Procedimiento y Motivación como los elementos esenciales plasmados positivamente en la norma con el objeto de otorgar validez a toda actuación estatal.

La finalidad constituye otro elemento esencial en todo acto administrativo. Citando a García de Enterría,

todo acto de poder es conferido por la ley y constituye el instrumento idóneo para la obtención de una finalidad específica, la cual estará normalmente implícita y se referirá a un sector concreto de las necesidades generales, pero que en cualquier caso tendrá que ser necesariamente una finalidad pública<sup>37</sup>

Siguiendo esta línea, el artículo 67 del Código Orgánico Administrativo, extiende ampliamente la potestad reglamentaria, consecuentemente, el alcance del principio de legalidad, en aras de darle supremacía al cumplimiento de los fines a los que apunta la administración. Así, establece taxativamente que, el alcance de las competencias atribuidas a cada ente estatal incluye, no solo lo expresamente definido en la ley, sino todo aquello que sea necesario para el cumplimiento de sus funciones.

Una vez entendida la naturaleza y los componentes esenciales de todo acto administrativo, haremos alusión al artículo 102 del Código Orgánico Administrativo respecto al efecto de retroactividad de los actos favorables<sup>38</sup>. Este precepto legal otorga a la Administración Pública la facultad de expedir con efecto retroactivo y como excepción un acto, únicamente si el mismo produce efectos favorables a una persona, si de por medio no se lesionan derechos o intereses legítimos de otros y si los supuestos de hecho existen a la fecha a la que el acto se retrotraiga.

Vemos que, la aplicación retroactiva en este caso, adquiere asidero y lógica en virtud del efecto o finalidad que busca el acto, es decir, esta favorabilidad que permita a la administración cumplir con sus propósitos brindando un servicio que posibilite la satisfacción de necesidades de los administrados; motivación esencial para que el legislador lo haya considerado como el camino idóneo para que el ente público pueda alcanzar de esta manera la ejecución de sus objetivos y de por medio se garanticen derechos particulares.

---

35. Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, 20 de octubre de 2008, Registro Oficial 449. Art. 76.

36. Roberto Dromi, *El Acto Administrativo*, 3era Ed. (Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1997), pg. 354

37. Eduardo García de Enterría, *Curso de Derecho administrativo* (Madrid: Editorial Civitas, 2001), pg. 454

38. Ecuador, *Código Orgánico Administrativo*, 7 de julio de 2017, Registro Oficial 31, Segundo Suplemento. Art. 102.

Efectuando un análisis a este precepto legal, vale la pena acotar que, para la expedición del acto, la ley ha previsto inexorablemente tres condiciones *sine qua non*; dos relacionadas a su expedición y una respecto a la eficacia del mismo. Así, los escenarios que facultan a la administración a la expedición de un acto retroactivo implican que se compruebe la favorabilidad hacia un tercero y que se verifique que su aplicación no afectaría a derechos o intereses legítimos de terceros. Por su lado, como condición de eficacia, la ley exige la existencia de los supuestos de hecho a la fecha a la que el acto se retrotraiga.

Como tercer supuesto de retroactividad en materia administrativa la ley reconoce a los efectos propios de la nulidad a través de actuaciones administrativas. Para comprender en mayor medida su alcance, es adecuado referiremos a lo previsto en el Código Civil ecuatoriano. El artículo 1697 de dicho cuerpo legal señala, “es nulo todo acto o contrato que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato”... continuando, más adelante:

La nulidad puede ser absoluta o relativa (...) La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas. Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato.

En palabras de Claro Solar, la nulidad absoluta implica una irregularidad de tal magnitud que afecta no solo a las partes contratantes, sino al orden público en general; es decir, estamos frente a un vicio de tanta gravedad, que compromete “la moralidad y el prestigio mismo de la ley”; por tal motivo, la ley faculta alegarla a todo quien tenga interés y; debe ser declarada incluso de oficio por la autoridad que conozca del hecho<sup>39</sup>. Por su lado la nulidad relativa, a diferencia de la absoluta, compromete un interés particular, únicamente de aquellos que tienen un interés directo en el acto; en consecuencia, solo podrá ser declarada por el juez a pedido de un particular y conlleva asimismo, la posibilidad posterior en algunos casos de sanear o convalidar el acto.

El Derecho Administrativo recoge del Civil la distinción entre nulidad absoluta y relativa haciendo una diferencia entre la existencia de causales de nulidad de pleno derecho y de anulabilidad<sup>40</sup>. La jurisprudencia corrobora lo dicho, cuando establece que en el ámbito administrativo “se prevé dos grados de invalidez, a saber: la nulidad de pleno derecho (nulidad absoluta o radical)... y, la anulabilidad (o nulidad relativa)”<sup>41</sup>. Vale la pena mencionar que, si bien, en materia civil estas dos acciones de nulidad prescriben con el paso del tiempo, sin embargo, en materia administrativa, la situación difiere en gran medida a la luz de la conocida figura de la autotutela administrativa y su potestad para anular un acto en cualquier momento.

El artículo 107 del Código Orgánico Administrativo<sup>42</sup> señala que todo acto que implique una declaración de nulidad produce efectos retroactivos *ex tunc* (*desde siempre*), es decir, que sus efectos se retrotraen a la fecha de expedición del acto declarado nulo o revocado, salvo que la nulidad sea declarada respecto a vicios subsanables, susceptibles de convalidación.

En esta misma línea, la ley menciona a la nulidad de los actos desfavorables, situación prevista en el Art. 118 del Código Orgánico Administrativo, mediante la potestad o prerrogativa del propio órgano o ente público para que, en sede administrativa a petición de parte, o de oficio, se revoque o anule un acto contrario al ordenamiento jurídico por haber causado perjuicios a derechos de terceros o en general; con el fin de proteger el interés público, siempre que tal revocatoria no constituya dispensa o exención no permitida por el ordenamiento jurídico, o sea contraria al principio de igualdad<sup>43</sup>.

39. Luis Claro Solar, Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado (Jurídica de Chile: 1992), 601.

40. Eduardo García de Enterría, Curso de Derecho Administrativo (Madrid: Editorial Civitas, 2001), 611- 632.

41. *Ibíd.*

42. Ecuador, *Código Orgánico Administrativo*, 7 de julio de 2017, Registro Oficial 31, Segundo Suplemento. Art. 107.

43. Roberto Dromi, *Derecho Administrativo* (Argentina: Ciudad Argentina, 2001), pg. 247-322.

Como vemos, íntimamente ligada a los efectos y consecuencias propias de toda nulidad, se vislumbra a la retroactividad, situación que adquiere soporte en la ineludible necesidad de situar a las partes en el estado en que se encontraban con anterioridad al suceso nulo. De acuerdo con la regla jurídica “quod nullum est nullum effectum producit” (lo que es nulo no produce ningún efecto), se intenta destruir las consecuencias y borrar las huellas producidas, como si el acto no hubiese existido jamás, evitando de esta manera que se deriven efectos del mismo<sup>44</sup>.

Por el contrario, podemos encontrar frente a actuaciones de los Órganos estatales que al crear, modificar o extinguir una situación jurídica ocasionen que se adquiriera un derecho favorable a la luz de la aplicación de un acto que guarda características de legitimidad y ejecutabilidad. En este sentido, el Código Orgánico Administrativo ha pensado un mecanismo particular para dejar sin efecto el acto administrativo favorable a un tercero y una excepción respecto a los efectos de su nulidad.

El artículo 107 del Código Orgánico Administrativo, establece como excepción a la retroactividad de un acto nulo, que se haya otorgado derechos a favor de terceros adquiridos de buena fe, señalando que, generará efectos desde la expedición del acto que produzca nulidad. Cuando se trata de la declaración de nulidad del procedimiento administrativo, este debe reponerse al momento exacto donde se produjo el acto administrativo viciado.

Tomando el criterio del doctrinario Blanquer: “Como el acto viciado sigue produciendo efectos hasta que no sea expulsado del ordenamiento jurídico, la decisión anulatoria tiene carácter constitutivo, por lo que el acto dejará de surtir efectos desde el momento de su anulación con efectos *‘ex nunc’*”<sup>45</sup>.

En razón al principio de legitimidad de todo acto desde su expedición, ha empezado a causar resultados jurídicos, consecuentemente, los efectos que producirá el acto de nulidad serán a futuro puesto que desconocerlos, implicaría una grave afectación a la buena fe y a la seguridad jurídica.

Por su lado, los artículos 115 y siguientes del mismo cuerpo legal establecen a la acción de lesividad, como el camino idóneo para proceder con la revocatoria de actos favorables que otorgaron un derecho mientras estuvieron vigentes; sin embargo, son contrarios y lesivos al interés general.

## **Lesividad**

Si una actuación administrativa produce efectos favorables a particulares, no obstante, se verifica que la misma resulta contraria al interés general, ese acto se considera lesivo y por ello, debe ser anulado mediante la llamada acción de lesividad. La Administración no puede por sí misma dejar sin efectos sus actos irregulares, si la irregularidad es de aquellas que producen la anulabilidad. Por ende, cuando esto ocurra, podrá, de oficio o a petición de parte, emitir un acto administrativo que declare lesivo para el interés público el acto irregular, teniendo inexcusablemente que acudir ante el Tribunal Contencioso Administrativo para que sea un juez ajeno a la administración, quien determine la pertinencia de eliminar el acto del mundo jurídico en razón a que, precisamente, fueron sus propias actuaciones las que han otorgado un derecho a un tercero<sup>46</sup>.

Como paso previo al procedimiento de lesividad, resulta indispensable que la administración compruebe la existencia de las causas que motivaron esa lesión y fundamente debidamente esta declaratoria de lesividad, con el propósito de asegurar que la administración esté plenamente convencida y segura de que el acto lesiona el interés público,<sup>47</sup> para ello, dispone de la potestad discrecional; sin embargo, la ley siempre será el límite para interpretar libremente lo que se considera interés público, y, por ende, la existencia o no de una lesión real<sup>48</sup>.

44. Ángel Carrasco Perera, “Retroactividad de la nulidad, procedimiento extrajudicial de reembolso de intereses por cláusula suelo y el problema de la cosa juzgada”, *Revista Cesco de derecho* Nro 1 (2016):pg. 1-7

45. David Blanquer, Introducción al Derecho administrativo (Valencia: Tirant lo Blanch, 2009), 379.

46. Jesús Gonzales Pérez, “La revocación de los actos administrativos en la jurisprudencia española”, *Revista de Administración Pública*, vol. I, No. 1 (1958): 149-161.

47. Pablo Tinajero, La Acción de Lesividad (Quito: Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 1998), 47.

48. Jorge Zavala Egas, La Regla de los Actos Propios y su Aplicación en el Derecho Administrativo Ecuatoriano (Quito: Iuris Dicto, 2007), 100-107.

El Código Orgánico Administrativo, en sus artículos 115 y siguientes<sup>49</sup> establecen el procedimiento para la acción de lesividad, determinando que será la máxima autoridad de las respectivas administraciones públicas quien deba iniciar este proceso, previa la declaratoria de lesividad del acto y con ella propondrá la acción ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo competente y únicamente es impugnabile en lo que respecta a los mecanismos de reparación decididos en ella.

Por su parte, el artículo 116 de Norma ejusdem<sup>50</sup>, señala que la declaratoria de lesividad y la consecuente revocación del acto no pueden efectuarse si han transcurrido tres años desde que se notificó el acto administrativo. En otras palabras, la potestad de la administración para la declaratoria de lesividad caduca en tres años.

En el mismo sentido, el artículo 306 numeral 4 del Código Orgánico General de Procesos<sup>51</sup>, instaura la oportunidad en el tiempo que tiene la administración pública para acudir al Tribunal Contencioso Administrativo e iniciar una acción judicial, determinando para el efecto 90 días, plazo que se entiende marchará desde la respectiva declaratoria de lesividad.

La naturaleza jurídica de la lesividad tiene su fundamento en el principio de irrevocabilidad de los actos declaratorios de derechos favorables al administrado y constituye un proceso especial, en virtud de que, es la propia entidad pública la que figura como demandante de sus propios actos.<sup>52</sup> Sobre esto, el tratadista Raúl Bocanegra Sierra<sup>53</sup> define al recurso de lesividad como “un proceso judicial a través del cual la administración impugna sus propios actos ilegales, demandándose a sí misma y pretendiendo de los tribunales la declaración de que alguno de sus actos anteriores no está conforme a derecho.”

Algunos autores al amparo de la teoría de los actos propios consideran que, tanto actos nulos de pleno derecho como anulables, en tanto hayan otorgado derechos a particulares deberían inexorablemente acudir a la figura de la lesividad, como el único camino idóneo para eliminar del mundo jurídico esta actuación<sup>54</sup>. En razón a que ha sido la propia administración la que otorgó un derecho, por ende, no puede posteriormente modificar o contradecir su criterio estando de por medio intereses particulares. En consecuencia, si la Administración considera necesario por razones de interés público, anular alguno de sus actos, el único camino para ello es acudir a los Tribunales, previa declaración de lesividad formal del acto lesivo para los intereses públicos.

Por su lado, en términos del catedrático Tomás Ramón Fernández, de acuerdo a las características y a los efectos propios de la anulabilidad de los actos administrativos, esta situación conlleva, por un lado, a que sólo el o los afectados pueden pedir la declaración de nulidad dentro de un plazo limitado; y, por otro, que el paso del tiempo pueda sanearlos y los vicios queden convalidados<sup>55</sup>. Por el contrario, aquellos actos considerados nulos de pleno derecho, cuya declaratoria constituye potestad del ente público en cualquier momento, mediante la figura de la auto tutela administrativa; causan tal agravio que no son aptos para existir en el mundo jurídico, ni están capacitados para el cumplimiento de sus efectos y fines y resulta, por ende, paradójica una posible convalidación por el paso del tiempo en el supuesto de que feneciere el plazo para presentar una acción de lesividad.

**49.** Ecuador, Código Orgánico Administrativo, 7 de julio de 2017, Registro Oficial 31, Segundo Suplemento. Arts. 115 y siguientes.

**50.** Ecuador, Código Orgánico Administrativo, 7 de julio de 2017, Registro Oficial 31, Segundo Suplemento. Art. 116.

**51.** Ecuador, Código Orgánico General de Procesos, 22 de mayo de 2015, Registro Oficial Suplemento 506. Art. 306.

**52.** Jesús González Pérez, “El Proceso de Lesividad”, *Universidad de la Rioja*, 28 de marzo de 1958, párr. 5, file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-ElProcesoDeLesividad-2112338.pdf.

**53.** Tomás Cano Campos, coord., *Lecciones y materiales para el estudio del derecho administrativo* (Madrid: lustel, 2009): **181-206**.

**54.** Miguel Sánchez Morón, *Derecho Administrativo, Parte General* (Madrid: Tecnos, 2010), 563

**55.** Tomás Ramón Fernández Rodríguez, *La doctrina de los vicios de orden público* (Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1968), 113.

## Conclusión

La irretroactividad de la ley constituye uno de los principios fundamentales del derecho, pues otorga certeza y confianza en las normas que componen el ordenamiento jurídico, así como la sensación de una real tutela y garantía de los derechos de los particulares. A pesar de ello, las leyes no pueden ser estáticas e inamovibles, debiendo adaptarse a las distintas circunstancias que se presenten en un determinado espacio y tiempo, *ergo*; resulta oportuno instaurar nuevas disposiciones que muchas veces modifican las condiciones anteriores; precisamente como solución a este problema. El derecho opta en muchas ocasiones por hacer uso de los efectos retroactivos; asimismo, las denominadas disposiciones transitorias y la conocida teoría de los derechos adquiridos.

En materia administrativa, el tema adquiere ciertas particularidades propias, en razón al fin que persigue la administración -el servicio a la colectividad- en beneficio de los derechos de los administrados y del interés colectivo. La irretroactividad es la regla general, pues crea una situación jurídica de seguridad y certidumbre evitando las arbitrariedades y abusos de poder por parte de quienes actúan en virtud de la potestad pública ceñida a los principios legalidad y juridicidad; por lo tanto, es la propia ley la que expresamente reconoce efectos retroactivos en algunos supuestos relacionados a las normas y a los actos administrativos.

Así, en materia sancionatoria administrativa se aplica la ley que mayor beneficio otorgue al infractor imponiéndole una menor pena. Por otro lado, la retroactividad se vincula con los actos administrativos favorables, si su aplicación no lesiona derechos o intereses legítimos de otra y si los supuestos de hecho para la eficacia retroactiva existen en la fecha a la que el acto se retrotraiga.

Un tercer supuesto es el efecto retroactivo propio de la nulidad, ya sea esta nulidad de pleno derecho o revocatoria de actos anulables no susceptibles de convalidación, incluyendo en esta categoría a los actos desfavorables. En cuanto a estas actuaciones la ley prevé como regla la retroactividad, bajo la premisa de que este actuar nunca debió producirse jurídicamente, buscando regresar sus efectos al estado anterior.

Como la retroactividad es la regla respecto a los efectos que produce un acto nulo o anulable, como excepción, la ley contempla a los actos que otorgan derechos legítimos a terceros de buena fe, cuyo efecto iniciará a partir de la expedición del acto en resguardo de los derechos generados a la luz de una actuación que gozada de características de ejecutoriedad y legitimidad.

Con relación al camino para declarar la nulidad de estos actos administrativos favorables, la ley ha previsto a la acción de lesividad como el mecanismo para dejar sin efectos sus propias actuaciones, en tanto causan daño y son lesivos al ordenamiento jurídico y al interés público general; sin embargo, han otorgado derechos particulares, siendo la autoridad judicial, el tercero ajeno e imparcial, que determinará la pertinencia de dejar o no sin efecto ese acto lesivo.

Con relación a la lesividad vale la pena señalar que esta acción adquiere una connotación sui generis por los derechos adquiridos que se ven involucrados. En el caso de las actuaciones anulables o revocables el camino sin duda alguna, corresponde a la revocatoria a través de la declaratoria de lesividad sin que pueda directamente la administración, revocar el acto.

Por otro lado, el tema es discutible en tanto, el acto que otorgó derechos a terceros tuvo su génesis en una actuación administrativa nula de pleno derecho, por ende, jamás debió haber nacido a la vida jurídica y mal podría subsanarse y convalidarse por el paso del tiempo. No obstante, en muchas ocasiones, las administraciones, en resguardo de los intereses legítimos concedidos y bajo la teoría de los actos propios, considera a la lesividad como el camino idóneo, dejando en manos de la justicia esta decisión.

De manera particular nos decantamos por concebir a la acción de lesividad como el camino para la revocatoria de los actos anulables pues, los nulos de pleno derecho, constituyen parte de la potestad propia de autotutela de la administración que permite dejarlos sin efecto *per se* en cualquier momento.

## **Agradecimiento especial a la asistencia y colaboración de: Bruno Navia, Edith Díaz, Melissa Pilco y Flavio Palacios**

### **Bibliografía**

- Blanquer, David. Introducción al derecho administrativo. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.
- Cajarville Peluffo, Juan Pablo. "Retroactividad de las Normas Jurídicas. Reflexiones provisionarias". *Revista de Derecho Público*, 2014.
- Cano Campos, Tomás. Lecciones y materiales para el estudio del derecho administrativo. Madrid: lustel, 2009.
- Claro Solar, Luis. Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado. Jurídica de Chile, 1992.
- Capilla Roncero, Francisco. Voz irretroactividad. Madrid: Civitas, 1995.
- Carbonell, Miguel, y Eduardo Ferrer Mac-Gregor. Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones. México DF: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2016.
- Carrasco Perrera, Angel. "Retroactividad de la nulidad, procedimiento extrajudicial de reembolso de interés por cláusula suelo y el problema de la cosa juzgada". *Revista Cesco de Derecho*, 2016.
- Dromi, Roberto. Derecho Administrativo. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2001.
- \_\_\_\_\_. El acto administrativo. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1997.
- Ecuador, Código Civil, Registro Oficial 46, Suplemento, 24 de junio de 2005.
- \_\_\_\_\_. Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.
- \_\_\_\_\_. Código Orgánico Administrativo, Registro Oficial 31, Segundo Suplemento, 7 de julio de 2017.
- \_\_\_\_\_. Código Orgánico General de Procesos, Registro Oficial 506, Suplemento, 22 de mayo de 2015.
- Fernández Rodríguez, Tomás Ramón. La doctrina de los vicios de orden público. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1968.
- García de Enterría, Eduardo. Curso de Derecho Administrativo. Madrid. Editorial Civitas, 2021.
- González Pérez, Jesús. «La revocación de los actos administrativos en la jurisprudencia española.» *Revista de administración pública*, s.f.: 149 - 161.
- Huerta Ochoa, Carla. "La validez temporal de las normas, retroactividad y ultraactividad, formas extraordinarias de operatividad". *Teoría del derecho. Cuestiones relevantes*, 2019: 105-136.
- González Pérez, Jesús. "La revocación de los actos administrativos en la jurisprudencia española ". *Revista de Administración Pública*, vol. I, No. 1 (1958): 127-158.
- Sánchez Morón, Miguel, Derecho administrativo, parte general. Madrid: Tecnos, 2010.
- Tinajero, Pablo. La acción de lesividad. Quito: Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 1998.
- Vélez García, Jorge. Los dos sistemas del Derecho Administrativo, Ensayo de Derecho Público Comparado. Segunda Edición. Bogota, 1996.
- Verdera Izquierdo, Beatriz. La irretroactividad: problemática general. Madrid: Dykinson, 2006.
- Zavala Egas, Jorge. La regla de los actos propios y su aplicación en el derecho administrativo ecuatoriano. Quito: Iuris Dicto, 2007.



## El Control Judicial de las Reformas Constitucionales en El Salvador: ¿un control a medias?

Manuel Adrián Merino Menjívar

### Resumen

El presente artículo analiza de forma crítica el argumento sostenido por la Sala de lo Constitucional de El Salvador, a partir de la sentencia de inconstitucionalidad 7-2012, en el sentido de que solo puede llevar a cabo un control *a priori* de las reformas constitucionales. En El Salvador, el procedimiento de reforma constitucional consta de dos pasos principales: la aprobación del acuerdo de reforma por una primera conformación de la Asamblea Legislativa, y su ratificación por una segunda conformación de dicho órgano político. Esta particular forma de control llevada a cabo por la sala consiste en afirmar que solo puede controlar el acuerdo de reforma constitucional, no así el posterior decreto de ratificación, pues, llegado este segundo paso, la reforma ya habría pasado a formar parte del texto constitucional, y no puede predicarse la existencia de normas constitucionales inconstitucionales. Sin embargo, aquí se argumenta que es posible la existencia de jerarquías dentro de una misma Constitución. Dichas jerarquías están determinadas por la autoridad que emite las disposiciones constitucionales. Las disposiciones constitucionales originarias son superiores a las disposiciones producto de una reforma constitucional porque las primeras fueron promulgadas por una autoridad superior, el poder constituyente primario, mientras que las segundas lo fueron por un poder inferior y, por tanto, limitado, llamado poder de reforma constitucional o poder constituyente secundario. De ahí que estas últimas no puedan sobrepasar los límites impuestos por las primeras.

### Abstract

This article critically analyzes the argument made by the Constitutional Chamber of El Salvador, based on the unconstitutionality ruling 7-2012, in the sense that it can only carry out an *a priori* judicial review of constitutional amendments. In El Salvador, the constitutional amendment procedure consists of two main steps: the approval of the reform agreement by a first conformation of the Legislative Assembly, and its ratification by a second conformation of said political body. This particular form of control carried out by the court consists in affirming that only the constitutional amendment agreement can be controlled, not the subsequent ratification decree because, once this second step has been reached, the amendment has already become part of the constitutional text and the existence of unconstitutional constitutional norms cannot be predicated. Nonetheless, I maintain that the existence of hierarchies within the same Constitution is possible. Said hierarchies are determined by the authority that issues the constitutional provisions. The original constitutional provisions are superior to the provisions resulting from a constitutional amendment because the former were promulgated by a higher authority, the primary constituent power, while the latter were enacted by a lower power and, therefore, limited, the amendment power or secondary constituent power. Hence, the latter cannot exceed the limits imposed by the former.

### Palabras clave

Constitución, control judicial, inconstitucionalidad, límites, normas constitucionales inconstitucionales, reforma constitucional, reformas constitucionales inconstitucionales.

### Keywords

Constitution, constitutional amendment, judicial review, limits, unconstitutional constitutional amendments, unconstitutional constitutional norms, unconstitutionality.

## Introducción

El control judicial de constitucionalidad de las reformas constitucionales es un tema que ha venido cobrando, durante los últimos años, gran relevancia, no solo entre los académicos, sino en la actividad jurisdiccional de las altas cortes. La doctrina de las *unconstitutional constitutional amendments* (reformas constitucionales inconstitucionales) ha tenido un éxito inusitado a nivel global, y América Latina no ha sido la excepción.

A partir de ahí, se pretende hacer un análisis, con cierta preocupación, de la forma en que la Sala de lo Constitucional de El Salvador ha (mal)entendido el verdadero alcance y propósito de la teoría de las reformas constitucionales inconstitucionales. Para ello, se analiza un punto específico —pero determinante— de la sentencia de inconstitucionalidad 7-2012, donde la Sala de lo Constitucional afirmó que, cuando el acuerdo de reforma constitucional ya ha sido ratificado y publicado en el Diario Oficial, la incorporación, modificación o supresión de una cláusula constitucional no podría ser objetada por vicios de contenido a pesar de que sea contraria a la Constitución, porque, como ha indicado el tribunal, no puede sustentarse la existencia de normas constitucionales inconstitucionales.

Siendo ese el principal objeto de análisis y crítica, se hace un breve repaso de las funciones que la Constitución reconoce a la Sala de lo Constitucional y, particularmente, de la potestad de ejercer el control de constitucionalidad de las reformas constitucionales. Posteriormente, se trae a colación el tema de las normas constitucionales inconstitucionales y de las reformas constitucionales inconstitucionales, como preámbulo teórico de interés en el tema de análisis. Finalmente, se realizará un análisis crítico sobre la corrección o incorrección de la forma de ejercicio del control judicial de constitucionalidad de las reformas constitucionales en El Salvador, a la luz de la jurisprudencia vigente.

## La Sala de lo Constitucional y el control judicial de las reformas constitucionales

La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador fue creada por la Constitución vigente de 1983.<sup>56</sup> Fue ideada, desde un inicio, como un auténtico tribunal constitucional, encargado principalmente del ejercicio del control concentrado de constitucionalidad de las leyes.<sup>57</sup> Este carácter de tribunal constitucional ha sido reafirmado por la misma Sala de lo Constitucional en su jurisprudencia. Las razones que aduce el tribunal, en resumen, son las siguientes: (i) es un órgano constitucional especializado; (ii) es un órgano jurisdiccional, por lo que sus decisiones adquieren calidad de cosa juzgada; (iii) es un tribunal independiente y (iv) es un tribunal permanente.<sup>58</sup>

Como todo órgano constitucional, las competencias de la Sala de lo Constitucional están “claramente” definidas por la Constitución. Estas son: (i) conocer del proceso de inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos; (ii) del proceso de amparo; (iii) del proceso de hábeas corpus; (iv) de las controversias surgidas entre los órganos Legislativo y Ejecutivo en el proceso de formación de la ley y (v) de las causas de suspensión y pérdida de los derechos de ciudadanía en los casos comprendidos en los ordinales 2º y 4º del artículo 74 y ordinales 1º, 3º, 4º y 5º del artículo 75 de la Constitución, así como de la rehabilitación correspondiente.<sup>59</sup>

---

**56.** En adelante se hará referencia al tribunal únicamente como Sala de lo Constitucional o la sala. Son específicamente los artículos (arts.) 174 y 183 de la Constitución (Cn.) los que regulan su creación como un tribunal inserto orgánicamente en la Corte Suprema de Justicia. De hecho, es la única sala o tribunal que fue creada directamente por decisión del constituyente primario, a diferencia del resto de salas y tribunales del país, que fueron creados por mandato de ley.

**57.** Así lo sostuvo en una célebre intervención en los debates constituyentes el diputado Dr. Ricardo González Camacho, donde manifestó que, a pesar de formar parte de la Corte Suprema de Justicia, la idea fue crear un “verdadero tribunal constitucional”. El Salvador, versiones taquigráficas que contienen la discusión y aprobación del proyecto de la Constitución de la República de 1983, tomo VIII, pp. 17.18.

**58.** Sala de lo Constitucional, “Resolución de 27 de abril de 2011 (improcedencia)”, *inconstitucionalidad 16-2011*, 27 de abril de 2011, pp. 4-6, <https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/1/2010-2019/2011/04/8EA64.PDF>

**59.** Estas competencias se extraen de los arts. 138, 174, 182 atribución 7ª (en relación con los arts. 74 y 75) y 183 de la Constitución.

Como es evidente, el control judicial de constitucionalidad de las reformas constitucionales no aparece expresamente consignado como una de las competencias de la Sala de lo Constitucional.<sup>60</sup> Este silencio por el que optó el constituyente salvadoreño ubicó a la sala en una posición difícil: optar por una lectura literal --incluso formalista-- de la Constitución y asumir que, por no establecerse de forma expresa, no posee dicha competencia, o, por otra parte, aventurarse a argumentar que, a pesar de dicha laguna, el tribunal se encuentra autorizado --y legitimado-- para ejercer tal competencia.

Frente a dicha encrucijada, y a diferencia de cortes constitucionales como las de Eslovenia y Georgia, que en su momento declinaron de ejercer dicha potestad por no contar con una norma que les autorizara para ello (Roznai 2017)<sup>61</sup>, la Sala de lo Constitucional de El Salvador asumió que le era posible llevar a cabo el control de constitucionalidad de los acuerdos de reforma constitucional. En la primera sentencia que pronunciara sobre el tema<sup>62</sup>, a treinta años de la entrada en vigencia de la Constitución, la sala planteó como argumentos que apoyaron su decisión los siguientes:

(i) La Asamblea Legislativa es un órgano constituido. Como tal, todos sus actos son limitados. De ahí que el poder de reforma constitucional encuentre límites formales y materiales que vienen dados por la misma Constitución (artículo 248) y ello justifica que pueda controlarse su constitucionalidad.

(ii) El rol que el tribunal está llamado a cumplir en la democracia salvadoreña, con el fin de: preservar la distinción entre poder constituyente y poderes constituidos, proteger a las minorías frente al abuso de las mayorías, proteger los derechos fundamentales y resguardar el Estado constitucional de Derecho.

(iii) A pesar de que un acuerdo de reforma constitucional aún no pertenezca al sistema de fuentes del Derecho, pues para ello sería necesaria su ratificación por la siguiente conformación de la Asamblea Legislativa, es posible ejercer el control de constitucionalidad sobre el mismo, en aras de preservar la supremacía constitucional.

En la sentencia en comento, la sala concluye de la siguiente forma:

Entonces, si bien no aparece de modo expreso en la Constitución la competencia de esta Sala para controlar la constitucionalidad de los decretos legislativos en los que se acuerda la reforma constitucional, ello no constituye un impedimento para entenderla a partir de los límites que tiene el poder de revisión y de la función que esta Sala cumple. Y es que, sobre este punto, no es aceptable sostener la inexistencia de una atribución o de una competencia por el solo hecho de que no tenga asidero expreso en las disposiciones constitucionales, pues la textura abierta de estas cláusulas imposibilita el detalle de todas y cada una de ellas.

### **Sobre normas constitucionales inconstitucionales**

Aunque parezca una contradicción en sus términos, el debate sobre la existencia de normas constitucionales inconstitucionales no es nuevo y reaparece cada cierto tiempo en la doctrina y en la actividad de las altas cortes. En la segunda mitad del siglo XX, Otto Bachof proponía que era posible la diferenciación jerárquica de normas dentro de una misma Constitución. Para ello, el alemán partía de la distinción entre Constitución en sentido formal y Constitución en sentido material. La primera es el cuerpo normativo denominado como tal, que ha sido promulgado según determinado procedimiento y para cuya reforma se establecen procedimientos agravados. La segunda, por su parte, es "el sistema integrado por aquellas normas que forman parte esencial de la pretensión jurídico-positiva de determinar la función del pueblo en un orden integrador"<sup>63</sup>.

**60.** Esto a diferencia de constituciones como las de Colombia (arts. 241 y 379) y Ecuador (arts. 438 n° 2 y 443), que sí estatuyen expresamente dicha facultad.

**61.** Yaniv Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments. The Limits of Amendment Powers* (Oxford: Oxford University Press, 2017), 203.

**62.** Sala de lo Constitucional, "Sentencia de 16 de diciembre de 2013 (sentencia estimatoria)", *inconstitucionalidad 7-2012*, 16 de diciembre de 2013, pp. 10-15, <https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/1/2010-2019/2013/12/A3C4C.PDF>

**63.** Otto Bachof, *¿Normas constitucionales inconstitucionales?* (Lima: Palestra, 2010): 58-59.

Esta distinción fue clave para que el autor alemán sostuviera que la Constitución material excedía a la Constitución formal, es decir, que existían una serie de valores, principios y derechos *metapositivos* que determinaban la validez material no solo de la normativa secundaria, sino de la misma Constitución. Esta postura, de claro corte iusnaturalista, proponía que la positivación de ciertos principios y valores en las constituciones no era más que un mero reconocimiento o formalización de esas pretensiones morales justificadas (por utilizar la célebre expresión de Peces-Barba) que eran incluso previas al Estado mismo. De esta forma, le fue posible a Bachof sostener que, en todo momento, cualquier norma constitucional podría sucumbir ante un principio, valor o derecho metapositivo superior y correspondería a los tribunales constitucionales constatar tal situación<sup>64</sup>.

Si bien la postura de Bachof es comprensible por el contexto histórico en el que se enmarca (periodo de posguerra), ha sido históricamente rechazada por ser conceptualmente insuficiente y contradictoria. El autor retoma el caso de las cláusulas pétreas en las constituciones como muestra de que el constituyente primario tuvo preferencias al momento de blindar ciertos contenidos constitucionales. Dichos contenidos, a su juicio, serían superiores al resto de disposiciones constitucionales, lo que abriría la posibilidad de invalidar estas últimas. De esta forma, si bien no hay discusión en que las cláusulas pétreas son inmunes al poder de reforma constitucional, Bachof pretende trasladar dicho argumento para justificar la existencia de jerarquías internas dentro de la Constitución, en el texto originario creado por el constituyente<sup>65</sup>.

Entonces, el argumento de Bachof se bifurca en dos sentidos: existen jerarquías internas dentro de la Constitución por expresa decisión del constituyente al estatuir cláusulas pétreas, o por la existencia de un Derecho Constitucional material (metapositivo) y su reconocimiento jurídico. Ambos supuestos deben rechazarse. En primer lugar, porque las cláusulas pétreas obstruyen la actuación del poder de reforma constitucional, que es un poder por naturaleza limitado, de ello se sigue que, al haber sido incorporadas por el constituyente primario, gozan de la misma jerarquía que el resto de disposiciones constitucionales, y son solo superiores al poder de reforma. En segundo lugar, el argumento de la existencia de un Derecho metapositivo superior es, actualmente, insostenible. La gran dosis de iusnaturalismo de la que está impregnada dicha tesis no explica cuestiones como cuál sería la cláusula de reconocimiento o de positivación de dicho Derecho metapositivo. Tampoco aclara cuáles son y la forma de determinar dichos principios superiores, pero sí encomienda dicha tarea, de forma temeraria, a los tribunales constitucionales<sup>66</sup>.

Cuando la doctrina de las normas constitucionales inconstitucionales parecía ya olvidada --y descartada--, fue revivida y utilizada en la segunda década del siglo XXI como un juguete vistoso al servicio de autócratas y populistas latinoamericanos. Los casos de Honduras (2015)<sup>67</sup> y Bolivia (2017)<sup>68</sup> son fiel reflejo de ello. Tanto la Sala de lo Constitucional hondureña como el Tribunal Constitucional Plurinacional boliviano utilizaron como artilugio el Derecho Internacional de los Derechos Humanos para "argumentar" que las respectivas disposiciones de cada Constitución, que prohibían la reelección presidencial indefinida, eran inconstitucionales y debían inaplicarse por oponerse al derecho a la igualdad y al "derecho humano a ser reelecto"<sup>69</sup>. Lo anterior permitió la reelección de Juan Orlando Hernández y Evo Morales, respectivamente<sup>70</sup>.

---

64. Ibid., 59-60.

65. Roberto Viciano Pastor y Gabriel Moreno González, "Cuando los jueces declaran inconstitucional la Constitución: la reelección presidencial en América Latina a la luz de las últimas decisiones de las cortes constitucionales", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 22 (2018): 188-189.

66. Ibid., 189.

67. Sala de lo Constitucional, "Sentencia de 22 de abril de 2015 (sentencia estimatoria)", *RI 0243-2015*, 22 de abril de 2015.

68. Tribunal Constitucional Plurinacional, "Sentencia de 28 de noviembre de 2017 (sentencia estimatoria)", *0084/2017*, 28 de noviembre de 2017.

69. David Landau, Rosalind Dixon y Yaniv Roznai, "From an unconstitutional constitutional amendment to an unconstitutional constitution? Lessons from Honduras", *Global Constitutionalism* 1, n.º 8 (2019): 40-70, doi: <https://doi.org/10.1017/S2045381718000151>

70. No retomó en este apartado los casos de Costa Rica en 2003 y Nicaragua en 2009 porque, aunque la técnica utilizada fue la misma, se declaró la inaplicabilidad de reformas constitucionales, no de disposiciones constitucionales originarias.

La vía argumentativa utilizada por ambas Cortes fue distinta a la propuesta por Bachof, pero igualmente errónea. Aunque parecía algo evidente, en la reciente Opinión Consultiva 28/21<sup>71</sup>, la Corte Interamericana de Derechos Humanos negó que exista algo tal como un derecho humano a la reelección presidencial indefinida. Por tanto, la prohibición de reelecciones presidenciales indefinidas no es contraria a la normativa convencional, sino todo lo contrario, fortalece el sistema de democracia representativa, el Estado de Derecho y los derechos humanos.

### La doctrina de las reformas constitucionales inconstitucionales

El poder de reforma constitucional es un poder limitado. Estos límites vienen dados por la misma Constitución y son de dos clases: formales, que se refieren al procedimiento establecido por el constituyente primario para llevar a cabo una reforma constitucional, por lo que no puede existir reforma válida fuera del mismo. Y materiales, que se refieren a los contenidos constitucionales que el constituyente primario removió de la esfera de decisión del poder de reforma constitucional, es decir, aquellos que no pueden reformarse<sup>72</sup>.

La infracción de dichos límites produce un resultado contrario a la misma Constitución. En el caso de los límites formales no existe problema para su determinación, pues fue el mismo constituyente primario quien se encargó de definir las reglas del procedimiento de reforma. En cuanto a los límites materiales, la práctica constitucional global ha demostrado que los constituyentes primarios suelen optar por dos opciones: consignarlos expresamente en el texto constitucional, dando vida a lo que se conoce como “cláusulas pétreas”, o guardar silencio al respecto.

En el caso de la infracción a los límites formales y a las cláusulas pétreas, no existe mayor problema en asumir que las cortes constitucionales, como guardianes de la Constitución, se encuentran jurídica y democráticamente legitimadas para actuar en la preservación de los mismos, por ser decisión suprema del constituyente primario y ser este el único competente para intervenir en ellos. De esta forma se contiene el desbordamiento del poder de reforma constitucional. Si violaciones de este tipo fueran permitidas, y no existiera ningún tipo de remedio para tratar de corregirlas, el mismo Estado de Derecho y la supremacía constitucional se verían afectadas<sup>73</sup>.

Problema aparte es el de las constituciones que no contienen cláusulas pétreas expresas, pues el tema de los límites materiales al poder de reforma no suele ser siempre claro. Esta dificultad fue afrontada —exitosamente— en 1973 por la Suprema Corte de la India en el célebre caso *Kesavananda Bharati vrs. Estate of Kerala*. Lo que *Marbury vrs. Madison* es para el control difuso de constitucionalidad, *Kesavananda* lo es para la doctrina de las reformas constitucionales inconstitucionales. En este caso, la Suprema Corte de la India sostuvo que el poder de reforma constitucional solo puede ser usado siempre y cuando no viole la estructura básica (*basic structure*) de la Constitución. Lo anterior se traduce en que las constituciones, a pesar de no contener límites materiales expresos al poder de reforma, poseen elementos esenciales, que forman parte de su núcleo, de su identidad, y cuyo cambio está reservado exclusivamente al poder constituyente primario, no al poder de reforma. En el caso de la India, la Suprema Corte consideró que algunos de estos elementos son la supremacía constitucional, la forma republicana y democrática de gobierno, el carácter secular del Estado, la separación de poderes y el federalismo<sup>74</sup>.

Expandida con éxito alrededor del mundo, esta doctrina fue abanderada en América Latina por la Corte Constitucional de Colombia. Ubicándose en un supuesto similar al de India, es decir, el de una Constitución que no posee cláusulas pétreas expresas, a partir de la sentencia C-551/2003<sup>75</sup>

71. Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Opinión Consultiva de 7 de junio de 2021 (la figura de la reelección presidencial indefinida en sistemas presidenciales en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos)”, OC-28/21, 7 de junio de 2021.

72. Jairo Lima y Yenny Andrea Celemín Caicedo, “Unconstitutional Constitutional Amendments: A Comparative Analysis Between Brazil and Colombia”, en *Aspectos políticos e históricos do constitucionalismo*, ed. André Demétrio Alexandre et. al., vol. 3, *Coleção Desigualdade e a Reconstrução da Democracia Social. Anais do III Congresso Internacional de Direito Constitucional e Filosofia Política* (Brasil: Arraes Editores Ltda., 2019), 124.

73. Nuno Garoupa y Catarina Santos Botelho, “Measuring Procedural and Substantial Amendment Rules: An Empirical Exploration”, *German Law Journal* n.º 22 (2021): 219.

74. Richard Albert, *Constitutional Amendments. Making, Breaking, and Changing Constitutions* (Oxford: Oxford University Press, 2019), 152.

75. Corte Constitucional, “Sentencia de 9 de julio de 2003 (inconstitucionalidad)”, C-551/2003, 9 de julio de 2003.

la Corte Constitucional ideó la llamada “doctrina de la sustitución constitucional” (*constitutional replacement doctrine*). A diferencia de la reforma, una sustitución constitucional utiliza de forma artificiosa el procedimiento de enmienda para modificar la estructura básica de la Constitución<sup>76</sup>.

La Corte justificó su competencia para enjuiciar la constitucionalidad de las reformas constitucionales por motivos de fondo en la distinción entre el poder constituyente primario y el poder constituyente secundario. De esa forma, según la Corte, el poder constituyente secundario es un poder constituido y, por tanto, limitado, que no puede hacer cambios que afecten los elementos básicos o esenciales de la Constitución<sup>77</sup>.

### **Análisis crítico de la sentencia de inconstitucionalidad 7-2012 sobre el alcance del control judicial de las reformas constitucionales en El Salvador**

Según se vio en el primer apartado del presente artículo, la Sala de lo Constitucional acierta en lo referente a su competencia para ejercer el control de constitucionalidad de las reformas constitucionales en, cuanto menos, dos cuestiones. La primera es que toma conciencia de los límites que caracterizan al poder de reforma constitucional. Como consecuencia de ello, y partiendo de la distinción entre poder constituyente primario y poder de reforma constitucional, sostiene que este último solo puede canalizarse a través del procedimiento que el constituyente previó para ello (límites formales) y sin afectar los contenidos esenciales materializados en las cláusulas pétreas (límites materiales).

La segunda cuestión es que, como reafirmación de su carácter de auténtico tribunal constitucional, asume que su rol dentro de la democracia salvadoreña no es baladí, sobre todo cuando se trata del control de reformas constitucionales, pues está encaminado a resguardar a las minorías frente al abuso de las mayorías, proteger los derechos fundamentales y defender el Estado Constitucional de Derecho.

Si bien el anterior razonamiento es plausible, la argumentación de la sala sufre un giro “extraño” cuando se refiere al momento oportuno para el ejercicio del control judicial de las reformas constitucionales. Según el artículo 248 de la Constitución salvadoreña, el procedimiento de reforma constitucional requiere de la intervención de dos conformaciones sucesivas de la Asamblea Legislativa. La primera conformación aprueba el decreto legislativo que contiene el “acuerdo de reforma constitucional”, mientras que la segunda conformación se encarga de “ratificar” dicho acuerdo mediante el decreto legislativo correspondiente. Según la disposición citada, ratificado el acuerdo de reforma, se mandará a publicar al Diario Oficial, a la espera de su entrada en vigencia.<sup>78</sup>

Según la sala, lo único que puede ser objeto de control constitucional es el *acuerdo* de reforma constitucional, es decir, el producto normativo que aún no pertenece a las fuentes del Derecho, no así el decreto que ratifica el acuerdo de reforma constitucional. A continuación, se transcribe el párrafo que contiene la justificación de tal criterio:

Este control previo deriva, en esencia, de la necesidad de evitar el ejercicio de un control constitucional a posteriori, es decir, cuando el acuerdo de reforma constitucional ya ha sido ratificado por la subsiguiente Asamblea Legislativa y publicado en el Diario Oficial. La incorporación, modificación o supresión de una cláusula constitucional no podría ser objetada por vicios de contenido a pesar de que sea contraria a la Constitución, porque, como ha indicado este Tribunal, no puede sustentarse la existencia de normas constitucionales inconstitucionales, tomando en cuenta que enjuiciar las prescripciones normativas contenidas en la Ley Suprema con base en otra disposición constitucional supone un análisis contradictorio en sí mismo.

<sup>76</sup>. Carlos Bernal Pulido, “Prescindamos del poder constituyente en la creación constitucional. Los límites conceptuales del poder para reemplazar o reformar una Constitución”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* n° 22 (2018): 62.

<sup>77</sup>. Carlos Bernal Pulido, “Unconstitutional constitutional amendments in the case study of Colombia: An analysis of the justification and meaning of the constitutional replacement doctrine”, *International Journal of Constitutional Law (ICON)* vol. 11, n.º 2 (2013): 339-346.

<sup>78</sup>. En la ya citada sentencia de inconstitucionalidad 7-2012, la Sala de lo Constitucional desarrolla con detalle todo el procedimiento de reforma constitucional.

La postura de la sala es errónea a la luz de los elementos teóricos abordados en este artículo. Para comenzar, el tribunal incurre en un error al malinterpretar el alcance de la teoría de las normas constitucionales inconstitucionales. Si bien es cierto no es admisible la existencia de normas constitucionales inconstitucionales, tal como la sala lo afirma, esta tesis solo es predicable de las normas constitucionales originarias, expedidas de forma primigenia por el poder constituyente primario, no de las normas constitucionales producto del poder de reforma. Esto está directamente relacionado con los límites materiales de este último.

Los límites materiales, sean estas cláusulas pétreas expresas o elementos implícitos que integran la estructura básica de la Constitución, crean una jerarquía entre normas constitucionales. Así, el poder constituyente se divide de forma jerárquica en poder constituyente primario y secundario. Según el criterio de jerarquía formal (*lex superior derogat inferiori*), una norma constitucional promulgada por una autoridad jerárquicamente superior prevalecerá sobre aquella promulgada por una jerárquicamente inferior. En otras palabras: una reforma constitucional no es formulada por la misma autoridad que una norma constitucional originaria, sino por una inferior (el poder constituyente secundario o poder de reforma). Por tanto, desde el momento en que el poder constituyente primario es superior al secundario, la creación normativa de este último debe ceder cuando entra en conflicto con el primero. Es decir, puede declararse inconstitucional. (Roznai 2017)<sup>79</sup>

El error interpretativo de la sala produce una consecuencia conceptual y normativamente indeseada: la confusión entre poder constituyente primario y secundario. Cuando afirma que una vez ratificada la reforma constitucional ya no podrá declararse inconstitucional, la sala equipara el producto normativo del poder de reforma con el del poder constituyente primario. Esto hace incurrir al tribunal en una contradicción insalvable. En un principio, parece tener claridad en cuanto a que el poder de reforma es un poder limitado; sin embargo, al confundir una reforma constitucional con una norma constitucional originaria, lo que hace es reconocer a la primera como el ejercicio de un poder ilimitado. De ahí que la considere exenta de control una vez ratificada.

Finalmente, la sala llega al punto de afirmar que una reforma constitucional, una vez ratificada y en vigencia “no podría ser objetada por vicios de contenido a pesar de que sea contraria a la Constitución”. En la analizada sentencia 7-2012, la sala expresa de forma tajante que en el ordenamiento jurídico salvadoreño “no deben existir zonas exentas de control constitucional”. La sala está en lo correcto; no obstante, el desatino es evidente. Al confundir el producto del poder de reforma constitucional con el del poder constituyente primario y negar que el primero pueda declararse inconstitucional una vez ratificada la reforma, no hace más que crear una zona exenta de control constitucional. Si el legislador realizara una reforma constitucional, suprimiendo el derecho de las mujeres al sufragio, o convirtiendo a El Salvador en una monarquía, y no se controla en tiempo el *acuerdo* de reforma, dichos cambios, según la sala, “no podría[n] ser objetados por vicios de contenido a pesar de que sea[n] contrari[os] a la Constitución”. Esto vuelve al control judicial de las reformas constitucionales en El Salvador un control incompleto, incapaz de cumplir con el verdadero propósito de la doctrina de las reformas constitucionales inconstitucionales. Un control que se queda a medias.

<sup>79</sup> Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments*, 137-138.

## Conclusión

En este artículo se pretendió dar cuenta de un tema global que ha sido adoptado por la jurisprudencia constitucional salvadoreña: el de las reformas constitucionales inconstitucionales. El punto problemático de la discusión fue la forma en que dicha teoría ha sido matizada por la Sala de lo Constitucional. En la sentencia de inconstitucionalidad 7-2012, la sala afirmó que tiene competencia para controlar la constitucionalidad únicamente de los acuerdos de reforma constitucional, no así de los decretos que ratifican dicha reforma. La razón dada por la sala es que, una vez siendo parte del texto constitucional, una reforma adquiere la misma jerarquía o fuerza normativa del resto de disposiciones constitucionales, por lo que sería contradictorio declarar la inconstitucionalidad de una norma constitucional.

Según se vio, la sala parte de un entendimiento erróneo del poder de reforma constitucional, al punto de confundirlo con el poder constituyente primario. Lo cierto es que sí es posible establecer jerarquías entre disposiciones constitucionales. Para lo anterior debe tomarse como base el nivel jerárquico de la autoridad emisora de dichas normas. Mientras que las disposiciones constitucionales originarias fueron expedidas por el constituyente primario, las reformas constitucionales lo son por un órgano constituido, la Asamblea Legislativa, cuyo poder de reforma constitucional es un poder limitado y, por tanto, inferior al poder constituyente primario. De ahí que, la Sala de lo Constitucional, al afirmar que una vez ratificada una reforma ya no puede ser controlada judicialmente, incurre en el yerro de equiparar el producto normativo del poder de reforma constitucional con el del poder constituyente primario, dotándole al primero de un carácter ilimitado y, por tanto, incontrolable *a posteriori*.

Esta especie de control *a priori* de las reformas constitucionales no es capaz de garantizar un auténtico control, pues permite la existencia de zonas exentas del mismo. Al darse esta práctica, la Sala de lo Constitucional contradice su autoconcedido carácter de tribunal constitucional y acepta, con preocupante pasividad, que a pesar de que el poder de reforma constitucional sobrepase sus límites materiales, dicha violación “no podría ser objetada por vicios de contenido a pesar de que sea contraria a la Constitución”.

A la fecha en que se presenta este artículo, la Sala de lo Constitucional solo se ha pronunciado en dos ocasiones sobre el control judicial de reformas constitucionales.<sup>80</sup> Ambas por vicios de forma. Será interesante, llegado el momento en que una reforma patentemente violatoria de las cláusulas pétreas llegue al punto de ser ratificada por la Asamblea Legislativa, y la Sala de lo Constitucional tenga que contemplar en calma la destrucción de la Constitución o, en cambio, animarse a modificar su criterio y controlar tal reforma para asegurar que los límites del poder constituyente secundario sean contenidos. Mientras tanto, el control judicial de las reformas constitucionales en El Salvador es un control incompleto, inacabado, producto de un mal entendimiento de los alcances de las doctrinas de las normas constitucionales inconstitucionales y de las reformas constitucionales inconstitucionales. Un control a medias.

---

**80.** Además de la inconstitucionalidad 7-2012, la Sala de lo Constitucional ha emitido la sentencia de inconstitucionalidad 33-2015, de 24 de noviembre de 2017, en la que conoció, por vicios de forma, de un acuerdo de reforma constitucional que terminó declarando inconstitucional. Los argumentos en ella contenidos básicamente replican los de la sentencia 7-2012, por ello no fueron analizados en el presente trabajo.

## Bibliografía

Albert, R. (2019). *Constitutional Amendments. Making, Breaking, and Changing Constitutions*. Oxford University Press.

Bachof, O. (2010). ¿Normas constitucionales inconstitucionales? *Palestra*.

Bernal Pulido, C. (2018). Prescindamos del poder constituyente en la creación constitucional. Los límites conceptuales del poder para reemplazar o reformar una Constitución. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, (22), 62.

Unconstitutional constitutional amendments in the case study of Colombia: An analysis of the justification and meaning of the constitutional replacement doctrine. *International Journal of Constitutional Law (ICON)*, (2), 339-346.

Corte Constitucional de Colombia, (2003). Sentencia de 9 de julio de 2003 (inconstitucionalidad), C-551/2003, 9 de julio de 2003.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, (2021). Opinión Consultiva de 7 de junio de 2021 (la figura de la reelección presidencial indefinida en sistemas presidenciales en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos), OC-28/21, 7 de junio de 2021.

El Salvador. Versiones taquigráficas que contienen la discusión y aprobación del proyecto de la Constitución de la República de 1983, tomo VIII.

Garoupa, N. y Santos Botelho, C. (2021). Measuring Procedural and Substantial Amendment Rules: An Empirical Exploration. *German Law Journal*, (22), 219.

Landau, D., Dixon, R. y Roznai, Y. (2019). From an unconstitutional constitutional amendment to an unconstitutional constitution? Lessons from Honduras. *Global Constitutionalism*, (8), 40-70. doi: <https://doi.org/10.1017/S2045381718000151>

Lima, J. y Celemin Caicedo, Y. (2019). *Unconstitutional Constitutional Amendments: A Comparative Analysis Between Brazil and Colombia*. Aspectos políticos e históricos do constitucionalismo. Arraes Editores Ltda.

Roznai, Y. (2017). *Unconstitutional Constitutional Amendments. The Limits of Amendment Powers*. Oxford University Press.

Sala de lo Constitucional de El Salvador, (2011). Resolución de 27 de abril de 2011 (improcedencia), inconstitucionalidad 16-2011. <https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/1/20102019/2011/04/8EA64.PDF>

Sala de lo Constitucional de El Salvador, (2013). Sentencia de 16 de diciembre de 2013 (sentencia estimatoria), inconstitucionalidad 7-2012 <https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/1/2010-2019/2013/12/A3C4C.PDF>

Sala de lo Constitucional de El Salvador, (2017). Sentencia de 24 de noviembre de 2017 (sentencia estimatoria), inconstitucionalidad 33-2015 <https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/1/2010-2019/2017/11/C8B89.PDF>

Sala de lo Constitucional de Honduras, (2015). Sentencia de 22 de abril de 2015 (sentencia estimatoria), RI 0243-2015, 22 de abril de 2015.

Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, (2017). Sentencia de 28 de noviembre de 2017 (sentencia estimatoria), 0084/2017

Viciano P., y Moreno González, G. (2018). Cuando los jueces declaran inconstitucional la Constitución: la reelección presidencial en América Latina a la luz de las últimas decisiones de las cortes constitucionales. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, (22), 188-189.

CM

CORDERO<sup>&</sup>  
MARTÍNEZ  
ABOGADOS

## Tres cuestiones fundamentales sobre el principio de resocialización

Christian Rafael Villavicencio Arce

### Resumen

El presente trabajo tiene por objeto un abordaje dogmático jurídico sobre el principio de resocialización dentro del régimen de ejecución de la pena, esto es, la concepción de dicho principio como un fin esencial en el sistema. Para ello, nos enfocaremos en los antecedentes históricos y los tres principales problemas que este principio presenta; primero: ¿la finalidad de la resocialización es la respuesta para legitimar el castigo?; segundo: ¿la resocialización es un fin en sí mismo o puede ser acompañado accidentalmente de otros fines? y tercero: ¿qué significa la resocialización?

### Palabras clave

Resocialización, pena, fin de la pena, ejecución de la pena, régimen penitenciario.

### Abstract

The purpose of this paper is a dogmatic legal approach to the principle of resocialization within the penitentiary regime, that is, the conception of said principle as an essential goal in the system, for this we will focus on its historical background and the three main problems that this principle presents; first, is the purpose of resocialization the response to legitimize punishment? second, is the resocialization principle a goal in itself or can it be accidentally joined by other goals? and third, what does resocialization even mean?

### Keywords

Resocialization, penalty, goal of the sentence, execution of the sentence, penitentiary regime

La historia de la filosofía jurídico penal nos muestra que los fines de la pena pueden distinguirse entre absolutos o relativos, los primeros son, como lo expuso Séneca, *quia peccatum*, es decir, se fundamentan en el comportamiento ilícito como tal, en cambio, los segundos son *ne peccetur*, esto es, miran a un fin que podría decirse *extra delictum*, en el sentido de que la pena aquí ve más allá del hecho cometido para darle una significación diferente y autónoma con tintes prevencionistas. Estas teorías de la prevención admiten una subclasificación por el destinatario del fin de la pena, en ese sentido pueden ser general o especial, y a su vez por el sentido propio de la pena, en tal caso puede ser positiva y negativa. Como es evidente, nos concentraremos en la prevención especial positiva, esta vertiente también es conocida como la doctrina de la enmienda, reeducación, resocialización, etc. Esto porque se enfoca en el delincuente (prevención especial) y en su mejora después de la conducta desviada (prevención positiva).

Muchos historiadores sostienen que las doctrinas de la enmienda empiezan en la Edad Media, sin embargo, Ferrajoli muestra que su origen es mucho más remoto que eso, pues es fruto de una concepción espiritualista del hombre, informada por el principio del libre arbitrio en su forma más abstracta e indeterminada: "la idea de la *poena medicinalis* ya formulada por Platón, mismo que en los Diálogos expondría que el castigo modera a los hombres, los hace más justos y viene a ser como la medicina de la maldad"<sup>81</sup>. Sin embargo, parecería que el concepto de resocialización como tal, como bien lo expone Zaffaroni (Zaffaroni 1997)<sup>82</sup>, aparece después de la Segunda Guerra Mundial con Parsons. Para este autor, se parte de una socialización cuya antítesis sería la conducta desviada, y este último fenómeno debe ser arreglado por el sistema a través de la resocialización. La rehabilitación, entonces, fue entendida desde su propia estructura gramatical, por el prefijo "re", como algo que había salido mal (la conducta desviada) y necesitaba restablecerse o revisarse (resocialización). Sin embargo y por esa misma razón, este fin ha sido muy criticado; ya sea por su inutilidad, dada la reincidencia, o ya sea por su carácter de absurdo (no de utópico) (Zaffaroni 1997)<sup>83</sup>, dadas las condiciones carcelarias que impiden que si quiera sea plausible una rehabilitación. Sea como se lo quiera ver, a este principio en la praxis se deja ver como un "mal necesario"; sin embargo, esta categorización no libera al jurista de responder las mas importantes preguntas que arroja este principio.

### **¿La finalidad de la resocialización es la respuesta para legitimar el castigo?**

La finalidad del castigo como tal, es una cuestión que sigue siendo todavía muy debatida, sin que exista consenso alguno sobre ello. Sin embargo, concebir a la resocialización como fin, necesariamente supone un medio: las personas. Así, una objeción de peso la traería Kant<sup>84</sup>, cuando menciona que confundir a la persona con un medio, no solo resquebraja su dignidad innata y el imperativo categórico, sino que también lo confundiría con el derecho de las cosas. Esto no significa que la legitimación de Kant de la pena sea la correcta, ni tampoco que la resocialización se deba dejar absolutamente de lado; significa nada más, que la objeción que plantea debe ser considerada en cualquier Estado de Derecho, para que se tome en serio la dignidad de las personas.

A decir de Ferrajoli, las ideologías correccionalistas son, antes que nada, incompatibles con ese valor elemental de civilización que es el respeto de la persona humana:

---

81. Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón: Teoría Del Garantismo Penal*, Primera ed. (Madrid: Editorial Trotta, 1995), 265

82. Eugenio Zaffaroni, "La Filosofía Del Sistema Penitenciario En El Mundo Contemporáneo", Themis, *Revista de Derecho*, 35, (1997): 15-36. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5109535>

83. *Ibíd.* 22: Muy interesante el criterio de este autor cuando expone las diferencias entre utopía y absurdo: "La diferencia entre la utopía y el absurdo estriba en que la primera aún no se ha realizado, en tanto que el segundo, nunca podrá realizarse. Si la institucionalización total genera condicionamientos negativos que deterioran a las personas institucionalizadas y, además, por mucho que mejoremos las instituciones jamás podremos suprimir totalmente estos condicionamientos y sus efectos deteriorantes, la institucionalización jamás podrá tener un efecto resocializador."

84. Immanuel Kant, *La Metafísica de Las Costumbres*, trad. por Jesus Conill Sancho Adela Cortina Orts, Conill Sancho, 4ta edición (España: TECNOS, 1989): 331 - 332. Kant defiende la pena por la culpabilidad; "sino que ha de imponérsele sólo porque ha delinquido; porque el hombre nunca puede ser manejado como medio para los propósitos de otro ni confundido entre los objetos del derecho real (Sachenrecht); frente a esto le protege su personalidad innata".

Entre ellas, las de la enmienda, aun en las variantes más edificantes y puestas al día de la «reeducación», «resocialización», «rehabilitación» o «recuperación social del reo», contradicen irremediabilmente el principio de la libertad y la autonomía de la conciencia sobre sí mismo, sobre su mente, dice John Stuart Mill, «el individuo es soberano». Y «cuando se quiere enmendar al ciudadano», advierte Francesco Carrara, la pena «se extiende a lo que no perjudica a otros; y abre el camino a las más odiosas tiranías, confiriendo al estado los poderes que se arroga el superior de un convento. Seduce los ánimos la perspectiva de la mejora de la humanidad, pero cuando para alcanzarla se emplean medios violentos no necesarios para la defensa de otros, la aparente filantropía degenera en un despotismo inicuo<sup>85</sup>.

Aunque Ferrajoli lleva razón en algunas de estas objeciones, quizá de lo que se trata aquí es un error terminológico, pues quizá la resocialización no sea un fin para legitimar el castigo, pero quizá si se deba tomar en cuenta para el modo en el cual se lleva a cabo la pena como tal, esto es, la diferencia existente entre el fin de la pena y el fin de la ejecución de la pena.

El propio Hegel ya advertía esta diferenciación cuando establecía que las diversas consideraciones acerca de la pena como fenómeno y de su relación con la conciencia particular referentes, por ejemplo, a intimidar, corregir, etcétera; tienen su lugar en lo que atañe meramente a la modalidad de la pena<sup>86</sup>, una importancia esencial. Confundir a esta con el fin propio de la pena, supondría soslayar algo fundamental en Hegel. La fundamentación de la justicia de la pena, a decir del filósofo alemán, sería la eliminación del delito como lesión del derecho en cuanto derecho. Apartándonos de esta última consideración, vale la pena resaltar la importante diferencia entre el sentido de la modalidad en la que se ejecuta la pena y el fin de la pena *per se*, como legitimador del castigo.

Sin embargo, aun tratándose de la ejecución de la pena, no puede evitarse encontrar algún sentido a esta modalidad de ejecución de castigo. En efecto, como expresa Zaffaroni, es bastante difícil presentar como racional el ejercicio de poder del sistema penal en la actualidad, dado su señalado carácter violento, selectivo y reproductor. No obstante, de cualquier modo, no es la administración penitenciaria la encargada de justificar un ejercicio de poder que no está en sus manos, sino que recibe el resultado del mismo; esto es, el producto de una selección arbitraria en la que no interviene<sup>87</sup>.

En este punto, parece que se está construyendo un escenario sin salida: ¿no se puede utilizar al principio de resocialización ni como fundamentador del castigo, ni como fundamentador de la ejecución de la pena? Aunque no hace falta llegar a esos extremos, bien es cierto que, como fundamentador del castigo, el principio de resocialización todavía carece de una sólida fundamentación. Tampoco es menos cierto que como ejecución de la pena, su fundamentación es mucho más plausible, sin embargo, no como obligación del condenado, sino como su derecho. Así, se respetaría su dignidad, tema que será abordado más adelante con detalle *infra*.

No obstante, si cabe decir que, incluso desde la crítica de Zaffaroni, no se hace alusión al problema de la resocialización dentro de la ejecución de la pena como algo irrealizable, sino que es una crítica al Estado que ejerce selectivamente su poder y a los centros penitenciarios que no hacen sino recibir el producto de ese ejercicio arbitrario. Con esta premisa, la resocialización como derecho del reo puede incluso tener una fundamentación y asidero mayor dentro de la ejecución de la pena, toda vez que, puede representar una limitación o reparo a un poder desviado ya que al menos el producto del ejercicio arbitrario del poder puede al menos tener un trato digno y la oferta de medios para llevar adelante una vida alejada del ilícito como ejercicio de su derecho.

### **¿La resocialización es un fin en sí mismo o puede ser acompañado accidentalmente de otros fines?**

Intentando desarrollar una respuesta a la primera pregunta, se pudo observar que, si bien la resocialización no puede ser concebida como el fin legitimador del castigo, parece ser más plausi-

85. Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón, Teoría del garantismo penal* (Editorial, 1995), 272.

86. Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Principios de La Filosofía Del Derecho*, (Alemania: Sudamericana, 2012), 99

87. Zaffaroni, *Filosofía del Sistema*, 26.

ble su concepción dentro del ámbito de la modalidad de ejecución de la pena. Así, dentro de este ámbito, asegurarle al reo la resocialización como derecho y no como obligación, porque de lo contrario, al condenado siempre se lo vería como un enfermo, cuya obligación de curarse residiría en la pena como su medicina. Ahora, qué sucede cuando la propia normativa de un país, v. gr. Ecuador o Argentina, consagran como fin taxativo la resocialización; no solo por sus normas constitucionales o normativa interna,<sup>88</sup> sino también en el ámbito internacional, porque ambos suscribieron a la convención americana sobre derechos humanos o Pacto de San José de Costa Rica, cuyo artículo 5.6 consagra también al principio de resocialización como fin esencial de la pena.

Si tomamos los términos de la convención en serio, esta establece una finalidad esencial, es decir, no se dice que sea la única finalidad, sino que sea la principal. A lo esencial, también le sigue lo accidental o subsidiario; la pregunta es: ¿cuáles o cuál sería su fundamento? Y también: ¿cuál prevalece sobre otra?

Este razonamiento es importante porque de esta forma se resuelven casos concretos, inclusive de política criminal. ¿Importa más la seguridad ciudadana o el tratamiento del condenado? Dentro de este aspecto cabe hacernos primeramente la pregunta de qué finalidades accidentales o subsidiarias serían compatibles con el principio de resocialización y, solo después de eso, averiguar hasta que punto pueden satisfacerse ambas finalidades o tal vez, mientras se adopta una finalidad, se descuida la otra.

Como se expuso en el primer apartado de este trabajo, la resocialización nace necesariamente de la óptica de la prevención especial positiva. Si tomamos esta finalidad como esencial, no podría concebirse como subsidiaria una prevención especial negativa, pues precisamente lo contrario a la resocialización es la neutralización. Mal podría un ordenamiento jurídico concebir como esencial algo que en lo accidental le es contradictorio; esto es, lo accidental no puede contradecir a la esencial o fin principal. Fue Franz von Liszt, quien propuso un modelo de derecho penal como instrumento flexible y multifuncional, cuyos fines eran la resocialización, neutralización o enmienda según los diferentes tipos de delincuentes, ya sean adaptables o inadaptables, en donde este último tipo merecía la inoquización.

Es decir, parecería que Von Liszt pudo conjugar la prevención especial tanto en su versión positiva y negativa, pero esto, no resulta ni siquiera una objeción a lo escrito en líneas anteriores porque este autor tenía en mente, como fin esencial, la individualización del tratamiento del delincuente en donde puede resultar adaptable o inadaptable. En cambio, cuando se pone como fin esencial la resocialización, se parte de la premisa que a todos les asiste, al menos como derecho. La visión de Von Liszt se acerca más a una concepción del Estado como doctor, el cual administra la pena como medicina al delincuente que resulta el enfermo. En cambio, la posición que se defiende aquí es que la resocialización concebida como un derecho, y este, como fin esencial de un ordenamiento jurídico, conmina al Estado a garantizar condiciones carcelarias óptimas para que el derecho a resocializarse puede ser efectivamente ejercido. Por lo tanto, no se podría defender a la resocialización como fin esencial, ya que le puede seguir, accidentalmente, una prevención especial negativa.

Frente a lo desarrollado, necesariamente se tiene que dar respuesta a la siguiente pregunta: ¿podría óptimamente conjugarse una prevención especial con una prevención general, siendo esta última el fin accesorio a la primera?

Las normas jurídicas con contenido sancionatorio cumplen un fin preventivo general, de carácter comunicativo<sup>89</sup>, en la medida que transmiten una valoración negativa de ciertos hechos o com

---

**88.** Ver artículo 201 de la Constitución de la República del Ecuador y artículo 18 de la Constitución de la República Argentina

**89.** Jesús María Silva Sánchez, *En Busca Del Derecho Penal: Esbozos de Una Teoría Realista Del Delito y de La Pena*, reimpresión (Buenos Aires: Editorial B de F, 2016), 26: Silva realiza un interesante aporte realizando una diferenciación entre la prevención fáctica y la comunicativa: Los primeros pretenden evitar el mal mediante mecanismo causales, impidiendo la propia posibilidad física de realización del hecho o neutralizando sus efectos lesivos. Los segundos pretenden prevenirlo mediante mecanismos motivacionales, esto es, influyendo sobre el proceso deliberativo que podría concluir en la decisión de ejecutar el hecho lesivo. Un ejemplo de estas últimas son las normas sancionatorias.

portamientos a través de la pena. Es decir, el anuncio de desvalor de la acción no le da carácter de preventivo, sino la consecuencia jurídica negativa que le sigue, la cual es la pena.

En tal virtud, *ab initio* parecería que sí pueden conjugarse la prevención general y la resocialización, pero el problema radica en el cómo se conjugan estos fines. Ya *supra*, se hablaba de un fin esencial o principal y uno accesorio, pero no parecería que la relación es así, sino que se trata incluso de una diferente categoría normativa. En efecto, la norma jurídico penal, por su naturaleza, impone un comportamiento desvalorado y su consiguiente pena ante la verificación del mismo. De ahí surge la prevención general, del carácter propio de la norma jurídico penal. En cambio, cuando se hablaba de la resocialización, pareciera no analizarse la naturaleza de la norma penal, sino el cómo se tuviera que ejecutar la pena, en caso de existir una.

Nuevamente, nos encontramos con el problema del sentido de la pena *per se* y el sentido de la ejecución de pena como tal. La prevención general (positiva o negativa) surge del contenido mismo de la norma penal, pero la resocialización, conforme lo expuesto en líneas anteriores, se la ubica como un problema de la ejecución de la pena. Por tal motivo, podríamos afirmar que la prevención general y la resocialización (prevención general positiva) pueden subsistir en un mismo ordenamiento jurídico, pero no en una relación de fin esencial y accesorio, porque ello supondría colocarlas en categorías equivalentes, cuando en realidad, simplemente subsisten en categorías diferentes.

La idea de conjugar varias teorías de la pena, ha hecho que en la doctrina emerjan las llamadas teorías de la unión. Un gran defensor de aquellas es, por ejemplo, el reconocido tratadista Claus Roxin, que considera que la pena es solamente legítima si es preventivamente necesaria y, al mismo tiempo, es justa en el sentido de que evita al autor cualquier carga que vaya más allá de la culpabilidad del hecho.<sup>90</sup> Esto es, una mezcla entre las teorías de la retribución y las teorías preventivas de la pena.

Sin embargo, sostiene Roxin que la pena debe quedar por debajo de la culpabilidad cuando esta no sea preventivamente razonable.<sup>91</sup> Esto demuestra, nuevamente, como la ejecución de la pena y el sentido de la pena pueden tener fundamentaciones diferentes, pero no solo eso, sino también algo que advertíamos en líneas anteriores: cuando se precautela una finalidad, se descuidan las demás. En el caso de Roxin, a pesar de que sostiene una teoría de la unión, es evidente que prefiere el fin más cercano a la política criminal.

Esto, para los efectos de este trabajo, nos indica al menos dos situaciones respecto del principio de resocialización concebido como fin esencial dentro de determinado ordenamiento jurídico: primero, la resocialización sí puede coexistir con diferentes teorías de la pena, pero no en una relación de Esencial-Accidental; y segundo, en caso de que pueda coexistir el fin esencial con el accidental, nos encontraremos con el problema de que la primacía de la finalidad esencial haga de lado o descuide la finalidad accidental.

### ¿Qué significa la resocialización?

Al haber tratado brevemente las dos primeras cuestiones, corresponde ahora tratar o especular sobre el concepto de resocialización a partir de las premisas ya construidas; Las legislaciones antes mencionadas, tanto la argentina como la ecuatoriana, consagran una serie de verbos que intentan dar forma al concepto de resocialización. Así, por ejemplo, en la ley 24360 de Argentina se hace referencia a que el condenado tenga la capacidad de comprender la ley y la gravedad de su comportamiento y la reinserción social. O en Ecuador, en el Código Orgánico Integral Penal hace referencia,

en su artículo 8, a que en la rehabilitación de las personas privadas de libertad se considerarán sus necesidades, capacidades y habilidades con el fin de estimular su voluntad de vivir conforme con la ley, trabajar y respetar a los demás.

<sup>90</sup>. Claus Roxin, 'Cambios de La Teoría de Los Fines de La Pena', en La Teoría Del Delito En La Discusión Actual, Tomo I, trad. por Manuel A Abanto Vásquez (Peru: Instituto Pacífico, 2021). 13-129

<sup>91</sup>. *Ibid.* 116: El autor menciona el ejemplo de que cuando el cumplimiento de una pena correspondiente a la culpabilidad pudiera destruir la existencia civil del autor y desocializara, y si existiera por lo demás, un pronóstico favorable de buena conducta, debería imponerse una pena leve que permita la condena condicional.

En ambas leyes parece existir un denominador común, la posibilidad de que el condenado pueda motivarse y vivir conforme a la norma de acuerdo a sus capacidades, pero esto hay que manejarlo con pinzas, pues si esto se lo proyecta como una obligación para el condenado, el Estado se torna paternalista al punto de concebir al reo como enfermo y la ejecución de la pena como la cura. Empero, si se lo proyecta como derecho asistente para la persona privada de la libertad, el Estado tuviera la nueva obligación de generar condiciones carcelarias en las cuales ese derecho sea susceptible de ser ejercido, pues nadie puede rehabilitarse en un infierno.

La concepción de resocialización como derecho del reo también supone alejarse, por supuesto, del problema de la corrección mediante la coerción o la rehabilitación autoritaria en lugar de antropocéntrica, esta última concepción se enfoca en la condición en las que el condenado cumple su pena, siempre precautelando, ante todo, su dignidad. El ejercicio o no de ese derecho, no le deslinda al Estado de la garantía de asegurarle al condenado condiciones carcelarias dignas.

Como se ve, la pretensión de esta última parte del trabajo es, más bien, modesta, pues aventurarse a proporcionar una definición sólida de rehabilitación o resocialización sería un insulto a la doctrina, la cual está en constante movimiento y dinamismo. Más bien, se pretende ofrecer un presupuesto a dicha definición, que su naturaleza sea un derecho y que nunca se descuide la dignidad del reo. Recordemos también que el riesgo de las definiciones decantan a veces en malas interpretaciones y abusos, como lo dijo McNeil: "cualquier persona que se aventure en ofrecer una teoría de la rehabilitación al mundo de la práctica tiene cierta responsabilidad de pensar críticamente (y sociológicamente) sobre el modo en que los demás podrían utilizar sus ideas y también de sus posibles usos abusivos"<sup>92</sup>

Aun así, es preciso resaltar que cierto sector de la doctrina se ha movido hacia lo que podemos llamar como la rehabilitación del concepto de la resocialización. Esto es, la doctrina ha reparado en el hecho de que la resocialización erróneamente planteada puede llevar a abusos. Sin embargo, tampoco hay que caer en el eslogan de "*nothing works*" porque redundante en pesimista y negacionista. Estas teorías rehabilitadoras del principio de resocialización pretenden, como se expuso, enfocarse en la humanidad del reo, tratarlo como persona y consagrar como fin estatal respetar y hacer respetar sus derechos.

En otras palabras, se deberían tratar con mayor atención las cuestiones relativas al consentimiento mediante el empleo de recursos adecuados para aumentar las probabilidades de su efectividad, y mediante la realización de las actividades de rehabilitación de modo tal que se respete la libertad en mayor medida.<sup>93</sup> Más precisamente, podríamos garantizar que las intromisiones de la rehabilitación con respecto al infractor nunca deberían ser mayores de lo necesario, según su conducta delictiva y, de este modo, ubicaríamos los requisitos de la rehabilitación dentro, del espectro de la proporcionalidad.

Un programa concebido sobre esta base tendría un objetivo claro y posible: agotar los esfuerzos para que la cárcel sea lo menos destructiva posible tanto para los prisioneros como para el personal; permitir que en cooperación con iniciativas comunitarias se eleve el nivel de invulnerabilidad de la persona frente al poder del sistema penal. Se trata de un programa reductor de la vulnerabilidad de los criminalizados y prisioneros.<sup>94</sup>

---

92. Fergus McNeill, 'Four Forms of "offender" Rehabilitation: Towards an Interdisciplinary Perspective', (USA: *Legal and Criminological Psychology*, 17.1, 2012), 18–36 <<https://doi.org/10.1111/j.2044-8333.2011.02039.x>>. partly as a means of shedding light upon and moving beyond contemporary 'paradigm conflicts'. It begins with a review of current arguments about what a credible 'offender' rehabilitation theory requires and by exploring some aspects of current debates about different theories. It goes on to locate this specific kind of contemporary theory building in the context of historical arguments about and critiques of rehabilitation as a concept and in practice. In the third part of the paper, I explore the nature of the relationship between desistance theories and rehabilitation theories, so as to develop my concluding argument; that is, that debates about psychological rehabilitation have been hampered by a failure to engage fully with debates about at least three other forms of rehabilitation (legal, moral, and social

93. McNeill partly as a means of shedding light upon and moving beyond contemporary 'paradigm conflicts'. It begins with a review of current arguments about what a credible 'offender' rehabilitation theory requires and by exploring some aspects of current debates about different theories. It goes on to locate this specific kind of contemporary theory building in the context of historical arguments about and critiques of rehabilitation as a concept and in practice. In the third part of the paper, I explore the nature of the relationship between desistance theories and rehabilitation theories, so as to develop my concluding argument; that is, that debates about psychological rehabilitation have been hampered by a failure to engage fully with debates about at least three other forms of rehabilitation (legal, moral, and social, "Four Forms", 26.

94. Zaffaroni, *Filosofía del Sistema*, 32.

En este punto, hay que advertir de los peligros que en este sentido entrañan los llamados programas máximos, que no se contentan con pretender que el sujeto sea capaz de respetar externamente la ley, sino que aspiran a conseguir el convencimiento ético del individuo y su adhesión interna a los valores sociales. Creemos, como bien apunta Mir Puig, que tales programas máximos han de ser rechazados y que son preferibles los programas mínimos que únicamente persiguen facilitar una vida futura sin delitos. El Derecho Penal no ha de invadir el terreno de la conciencia<sup>95</sup>. Mas, lo que sí podría hacer es concentrarse en proporcionarle al reo garantías en sus derechos, entre ellos la resocialización, misma que puede incluso no solo agotarse mientras se cumpla la pena, sino posteriormente, garantizando una efectiva reinserción en la sociedad y precautelando que la persona víctima de discriminación por sus antecedentes, reciba oportunidades laborales o, en definitiva, posibilidades reales que le resulten más atractivas que el acto de cometer el ilícito.

En este sentido, la resocialización ayuda al delincuente en la reintegración social y eleva sus oportunidades en la vida, pero también ayuda a la generalidad de los ciudadanos en la medida que ya no representaría un riesgo en términos delictivos. Por ello, lo que se trató de realizar en este pequeño trabajo es mostrar que la resocialización, correctamente planteada, puede revivir de la tumba en la que la doctrina, con sus críticas, la ha sepultado. La resocialización, desde el punto de vista utilitarista, o desde el punto de vista de los programas máximos, quizá sea desde donde más ha sido atacada, pero estas críticas ignoran el hecho de que nada dicen sobre la resocialización como tal, sino de cómo las condiciones en las que viven los condenados hacen imposible una resocialización. Esto es, se habla del sistema fallido y no de la resocialización *per se*.

Hemos notado a lo largo de este último apartado, que la definición de este concepto se vuelve difícil, pero no imposible, e iniciar estableciendo los presupuestos en los que se puede basar esta definición resulta al menos, un avance mínimo, pero importante. La definición, al tener como presupuesto la naturaleza de derecho, desdeña inmediatamente las teorías utilitaristas de la prevención especial positiva, así como también los programas máximos de la enmienda que imponen la rehabilitación como obligación a consecuencia de ver al reo como un enfermo. Liberar al concepto de resocialización de estos dos pilares pesados, supone necesariamente un avance en la doctrina de este principio. Además es preciso señalar que el Estado, para que tenga sentido el ejercicio de este derecho, no puede proponer como un fin esencial la resocialización, si el espacio y condiciones donde debe llevarse a cabo esta rehabilitación, es más bien óptimo para enloquecer a cualquier persona racional.

El Estado no puede arrojar frases bonitas en la Constitución sobre el fin y ejecución de la pena y vendarse los ojos en la aplicación de lo que los principios consagrados en la misma suponen. Peor aún, el Estado no puede culpar a reo por no resocializarse, máxime porque a la mayoría de prisioneros el Estado les fallo anticipadamente, pero les vuelve a fallar cuando, en su vulnerabilidad, los condena a sufrir en espacios inhumanos en donde supuestamente deben cobrar consciencia del ilícito y alejarse del mismo. El Estado tiene posición de garante sobre la persona privada de la libertad, y aquello no solo supone un deber positivo de precautelar los bienes jurídicos esenciales de quienes estén bajo su tutela, sino también incluso promover la mejora de dichos bienes.

### Breves conclusiones

El presente trabajo pudo abordar la resocialización desde una perspectiva múltiple. Se pudo ver que la resocialización no puede ser vista como un fin de la pena porque implicaría tratar a la persona como un medio, mas si es posible contemplarla como un fin de la ejecución de la misma. Se ha mostrado también, que la crítica al Estado que ejerce selectivamente su poder y el producto de dicho poder desemboque en los centros penitenciarios, no hace que la resocialización pierda relevancia, al contrario, muestra que al menos tener un trato digno y la oferta de medios para llevar adelante una vida alejada del ilícito como ejercicio del derecho del condenado, es urgente como política pública.

El principio de resocialización concebido como fin esencial dentro de determinado ordenamien-

<sup>95</sup>. Santiago Mir Puig, '¿Qué Queda En Pie de La Resocialización?', (España: *Eguzkilore. Cuaderno Del Instituto Vasco de Criminología*, 1989), 35-41.

to jurídico, nos indica que pueden existir fines compatibles e incompatibles pero la resocialización sí puede coexistir con diferentes teorías de la pena, pero no en una relación de Esencial-Accidental porque aquello supondría un error categorial. Pero no solo eso, sino también fue importante hacer notar en este trabajo que, en el evento de que pueda coexistir la resocialización como fin esencial con otra finalidad, nos encontraremos con el problema de que no la primacía de la finalidad esencial haga de lado o descuide la finalidad accidental, por ello, el Estado debe no solo preocuparse de qué finalidades consagra como esenciales, sino de a cuáles dará primacía.

Por último, el intento de una definición del concepto de resocialización en este trabajo nos mostró que debe concentrarse en la dignidad de la persona, esto es, tratarla como humano y en ese sentido respetar su consentimiento, tratar de que el "dolor" que se inflige con la pena sea mínimo y que la resocialización no sea una obligación para el reo (si para el Estado) sino un Derecho y en ese sentido, que se le dé medios a la persona privada de la libertad para una vida futura sin delitos.

## **Bibliografía**

Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón: Teoría Del Garantismo Penal*, Primera Edición, Madrid: Editorial Trotta, 1995.

Hegel, Georg Wilhelm Friedrich, *Principios de La Filosofía Del Derecho*, Alemania: Sudamericana, 1833

Kant, Immanuel, Immanuel Kant, *La Metafísica de Las Costumbres*, traducción por Jesus Conill Sancho Adela Cortina Orts, Conill Sancho, cuarta edición, España: TECNOS, 1989.

McNeill, Fergus, 'Four Forms of "offender" Rehabilitation: Towards an Interdisciplinary Perspective', USA, *Legal and Criminological Psychology*, 17, 2012, 18-36 <<https://doi.org/10.1111/j.2044-8333.2011.02039.x>>

Mir Puig, Santiago, '¿Que Queda En Pie de La Resocialización?', España: *Eguzkilore. Cuaderno Del Instituto Vasco de Criminología*, 1989, 35-41

Claus Roxin, 'Cambios de La Teoría de Los Fines de La Pena', en *La Teoría Del Delito En La Discusión Actual*, Tomo I, traducción por Manuel A Abanto Vásquez Peru: Instituto Pacífico, 2021.

Silva Sánchez, Jesús María, *En Busca Del Derecho Penal: Esbozos de Una Teoría Realista Del Delito y de La Pena*, reimpresión, Buenos Aires: Editorial B de F, 2016.

Eugenio Zaffaroni, "La Filosofía Del Sistema Penitenciario En El Mundo Contemporáneo". Buenos Aires: Editorial Themis-Revista de Derecho,1997.



# El derecho a la resistencia en el Ecuador. ¿Un derecho constitucional formalmente consagrado, pero materialmente invisibilizado?

Edgar Josué Loyola Ordóñez

## Resumen

La resistencia es un derecho que ha sido constitucionalmente reconocido en el Ecuador desde el año 2008 cuyo valor jurídico, transcendencia histórica e importancia social, no han logrado consolidarse de manera efectiva con el pasar de los años, a pesar de que el mismo posee implicaciones directas y sumamente significativas en la correcta formación y desarrollo de un Estado constitucional de derechos y justicia, como lo es el Ecuador. La falta de normatividad relacionada al pleno goce y ejercicio del derecho a la resistencia pone en duda la seguridad jurídica de los ciudadanos y ciudadanas ecuatorianas que, agotando todos los recursos y medios a su alcance para satisfacer sus necesidades, optan por resistirse a las medidas, decisiones, acciones o actos emanados por el poder público o por una persona natural o jurídica no estatal. La escasa información que se posee acerca del contenido y procedimiento a ser seguido, conforme a derecho del *ius resistendi*, crea la imperiosa necesidad de ahondar sobre este derecho tan importante, pero a su vez, tan inadvertido en el texto constitucional. El objetivo del presente artículo es socializar, reflexionar y aportar a la academia, desde un enfoque crítico-constructivo, sobre la importancia del derecho a la resistencia, su origen, evolución, conceptualización e implicancia dentro del contexto nacional.

## Abstract

The right of resistance has been constitutionally recognized in Ecuador since 2008. The judicial value, historical significance and social importance of this right has not taken a strong foothold over the years, despite its direct and significant implications in the development of a constitutional state of rights and justice such as Ecuador. The lack of norms with respect to the proper exercising of these rights casts doubt over the legal security of Ecuadorian citizens. These citizens, having availed themselves of all resources and measures within their reach to meet their needs, opt to resist measures, decisions, and actions undertaken by public authorities, or legal entities. The scarcity of information available regarding content and procedures on the law of (Latin), has created the pressing need to further study this important yet overlooked right. The purpose of this article is to reflect and contribute to the body of academic knowledge on this topic from a critical and constructive perspective, on the importance of the right to resistance, its origin, evolution, conceptualization, and implications on a national level.

## Palabras clave

Derecho, derecho a la resistencia, Constitución, seguridad jurídica, criminalización, garantía.

## Key words

Right, right to resistance, constitution, legal security, criminalization, guarantee.

## Introducción

Según Juan Ignacio Ugartemendia, catedrático de la Universidad del País Vasco, el derecho a la resistencia tiene sus primeras apariciones en Inglaterra en la época de la Edad Media con la promulgación de su Carta Magna que data del año 1215 (Ugartemendia 1999)<sup>96</sup>; otros autores como Carvajal y Sánchez establecen que aquel derecho de toda persona de oponerse y enfrentarse en contra de cualquier acto y/u omisión del poder público, persona natural o jurídica que vulnere o amenace con vulnerar sus derechos, surge en Francia, a causa de la Revolución Francesa, que tiene como inmediata consecuencia la Constitución de 1793 (Sánchez Viamonte 1996) (Carvajal Aravena 1992)<sup>97</sup>. Aunque no se cuente con la certeza de sus inicios, es importante destacar que el derecho a la resistencia es inherente a la naturaleza del ser humano y ha estado presente desde el inicio de sus tiempos.

Un claro ejemplo de su remota existencia se puede encontrar en los relatos helénicos en donde pueblos enteros resistían contra un enemigo común, el Imperio Romano. Con este breve antecedente se puede identificar que la existencia del derecho a la resistencia está totalmente desligada de su positivización.

La evolución de este derecho ha sido diversa pero significativa dependiendo del territorio, tiempo y contexto socio-cultural de cada pueblo. En el Ecuador, tras la veintena de constituciones que ha tenido en el transcurso de su existencia republicana, fue recién en la Constitución de 2008, aprobada mediante referéndum, en donde se consagró por primera vez el llamado derecho a la resistencia. Es de vital importancia tomar en consideración que el Ecuador no es ajeno a la realidad material de aquel derecho de lucha en donde su existencia no inicia con su reconocimiento constitucional, sino con su ejercicio justo y legítimo contra las actuaciones públicas del Estado o de cualquier individuo que atente contra los derechos humanos de los ciudadanos.

Con su reconocimiento en la Constitución vigente (2008), específicamente en el artículo 98, el derecho de enfrentarse, oponerse y resistirse a cualquier acción positiva o negativa atentatoria a derechos consagrados en la misma logra, finalmente, hacerse efectivo para las y los ecuatorianos. Por otro lado, la realidad material del goce y ejercicio de este derecho es totalmente distinta puesto que el Estado ecuatoriano hasta la presente fecha posee escaso, por no decir nulo, desarrollo normativo e información relacionada con el contenido, ejercicio y procedimiento a seguir frente al derecho a la resistencia.

Las líneas anteriores expresan suficiente razón para la elaboración del presente artículo y conllevan un análisis y reflexión acerca de un derecho igual de importante, atendiendo al artículo 11 de nuestra Constitución, que los demás derechos consagrados en la misma.

### Evolución histórica:

Para abordar una correcta comprensión de la evolución del derecho a la resistencia es importante dividirla en dos etapas: la primera sobre el derecho a la resistencia como un derecho de ejercicio en la Antigüedad desprovisto de una consagración normativa, y la segunda, como un derecho reconocido dentro de un magno cuerpo normativo que rige la conducta del cúmulo de personas política y jurídicamente organizadas dentro de un mismo territorio.

Como muestra del derecho a la resistencia en tiempos en donde el solo ejercicio del mismo se consolidaba como un acto legítimo y justo, frente a una acción u omisión malintencionada, peligrosa, injusta o perversa de una persona, colectivo, ente público o privado, incluso de una deidad,

<sup>96</sup>. Juan Ignacio Ugartemendia Eceizabarrena, "El derecho de resistencia y su constitucionalización", *Dialnet UniRioja* 103, (1999): <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=27541>

<sup>97</sup>. Carlos Sánchez Viamonte, *Revolución, resistencia a la opresión y derecho a la insurrección* (Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM). 38. <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/lecciones-ensayos/article/view/12299>; Patricio Carvajal Aravena, "Derecho de resistencia, derecho a la revolución, desobediencia civil", *Dialnet Unirioja* 76, (1992): <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=27159>

se puede traer a la memoria aquellas luchas de los pueblos de Galia (58-51 a.C.), Tracia (46 d.C.), Germania (11 a. C-16 d.C.), Britania (43-84 d.C.), Grecia (146 a.C.), por mencionar algunos, frente a la conquista del Imperio Romano; o aquel acto de desobediencia de Antígona ante las órdenes de Creón en la mitología griega. En un contexto más cercano se puede citar aquellas conductas tendientes a oponerse al cambio o reforma de todo su entorno económico, político, religioso y cultural que mostraron los pueblos indígenas de nuestro continente frente a la conquista española que dio fin a la época del Medioevo.

Con el pasar de los siglos, tanto la sociedad como su visión político-jurídica frente a los gobiernos monárquicos, autoritarios, usurpadores, totalitarios y absolutistas fueron cambiando el contenido y significado del derecho a la resistencia; de hecho, y como consecuencia directa de este desarrollo socio-conceptual, se origina la necesidad del pueblo de establecer límites a los poderes a través del acuerdo de voluntades entre los súbditos y el rey o autoridad, que fueron plasmados en lo que se conocería luego como la Carta Magna de Juan sin Tierra de 1215. Específicamente en su cláusula 61 se contemplaba la posibilidad de que el pueblo desobedezca de manera inmediata las órdenes del rey en el caso de que este incumpliera con los acuerdos (Goodman 1995)<sup>98</sup>. Del mismo modo, en el continente americano se develaba este derecho bajo el cobijo de la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia y en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos, ambas en 1776. Bajo la misma línea de reflexión, en base a las prerrogativas de *libertad, igualdad y fraternidad* que dieron paso a la Revolución Francesa en 1789, el pueblo francés plasmó en el artículo 2 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, el derecho a la resistencia en el cual se refiere específicamente como derecho a la opresión y que cuatro años más tarde fue plasmado en la Constitución de 1793 (Hernández 2012)<sup>99</sup>.

Si bien en el Ecuador se ha consagrado el derecho a la resistencia recién en su Constitución del año 2008, no es novedad para otros países como Francia, Inglaterra, Estados Unidos, Rusia y México, que han servido como escenarios de grandes sucesos históricos, en sus respectivos tiempos, que han develado la fundamental importancia del reconocimiento formal y material de aquel derecho del ser humano como individuo de una sociedad.

### Conceptualización:

*Prima facie* no se puede llegar a un concepto universal y absoluto de derecho a la resistencia, puesto que el mismo ha tenido una definición y naturaleza jurídica diferente dependiendo del momento histórico en el cual se lo ha invocado.

La sociedad política y jurídicamente organizada tiene la imperiosa necesidad de contar con un elemento que regule, direcciona y sancione ciertas conductas para una convivencia pacífica, correcta y justa. A este elemento se lo define como *derecho* o, como el autor Abelardo Torrè lo define, una "norma de obligatoria convivencia" (Torrè 2003)<sup>100</sup>. Como derecho, en su aspecto subjetivo, se entiende como aquella facultad que tiene un individuo para reclamar algo de otros (Cruz Parcerero 2015)<sup>101</sup>. El derecho en sí, es lo correcto y lo justo.

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, la palabra resistir significa tolerar, aguantar o sufrir, pero también significa oponerse a la acción o violencia. La palabra resistencia como sustantivo evoca aquel "conjunto de personas que, generalmente de forma clandestina, se oponen con distintos métodos a los invasores de un territorio o a una dictadura" (Real Academia de la Lengua 2015)<sup>102</sup>.

98. Ellen Goodman, The origins of the western legal tradition: from Thales to the Tudors (New York: Editorial Federation Press, 1995) 64.

99. Miguel Hernández, El Derecho Constitucional a la Resistencia. ¿Realidad o Utopía? (Editorial Grupo Ibáñez, 2012).

100. Abelardo Torrè, Introducción al Derecho (Buenos Aires: Editorial Perrot, 2003), 29.

101. Juan Antonio Cruz Parcerero, Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho (Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2015), 1503. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3796/22.pdf>

102. Real Academia Española, Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, 23 ed., [Versión 23.5 en línea], <https://dle.rae.es>

El derecho a la resistencia, o *ius resistendi* como se lo conocía en el antiguo Imperio Romano, se lo puede definir como aquella facultad o potestad que tiene el o los individuos de mostrar oposición frente a acciones positivas o negativas que sean emanadas de otro u otros semejantes, con la finalidad de garantizar de forma plena el ejercicio de sus derechos humanos y fundamentales. Es decir, es un derecho que puede ser ejercido de forma individual o colectiva.

La profesora y doctrinaria española María del Carmen Figueroa Navarro establece que “Por Derecho a la Resistencia se entiende el derecho que corresponde a la comunidad, o al ciudadano individual, de ofrecer tanto frente a los mandatos injustos del poder estatal, como frente propio detentador injusto de dicho poder” (Figueroa Navarro 1998)<sup>103</sup>.

La palabra resistir, en su etimología latina, deviene de *re-sistere* en donde *re* hace alusión a repetición y *sistere* significa parar o detener; es decir, aquella facultad que tiene una persona para detener una acción que violente o amenace con la violación de un derecho y de esta forma evitar la repetición del mismo acto en un futuro (Vitale 2010)<sup>104</sup>. Con esta definición se puede inferir que el derecho a la resistencia tiene una concepción conservacionista, es decir, un posible rechazo a la modificación, relatividad y cambio del estado de las cosas.

Desde otro punto de vista, el derecho a la resistencia no solamente puede estar enfocado a la sola perspectiva conservacionista sino también se puede resistir o mostrar oposición ante una realidad, hecho, circunstancia o acción que demande un cambio al poder público, ente gubernamental, persona natural o jurídica o cualquier otro individuo que atente o amenace hacia los derechos de otro. Es muy importante tomar en consideración que el concepto de derecho a la resistencia también es conocido como desobediencia civil, y muchos autores como Bedau, Rawls y Habermas lo han utilizado y se han referido al mismo como “una acción de protesta colectiva, moralmente fundamentada, pública, ilegal, consciente y pacífica que, violando normas jurídicas concretas, busca producir un cambio parcial en las leyes, en las políticas o en las directrices de un gobierno” (Marccone 2008)<sup>105</sup>.

Sin embargo, es importante también destacar una clara diferencia entre resistencia y revolución. La primera, como se ha expresado en líneas anteriores, es aquel conjunto de actos, de manera general, que muestran oposición o rechazo a las medidas o acciones realizadas por un ente gubernamental, persona natural o jurídica que atentan contra los derechos humanos y fundamentales. La segunda acepción hace referencia a una oposición total a las acciones positivas o negativas del poder público que se visibiliza por medio de expresiones violentas. En palabras del doctrinario Vitale “La resistencia evoca un orden anterior que se pretende restablecer; la revolución, en cambio, evoca un orden nuevo, nunca visto y nunca practicado que solo existe como un proyecto político, que se busca establecer por primera vez” (Vitale 2010)<sup>106</sup>.

El derecho a la resistencia tiende a encontrarse en una muy delgada línea de acción entre lo político y la ley del más fuerte. Se debe tomar en consideración que si existe un accionar sin la necesidad de justificar la violencia entonces se están sobrepasando los límites de lo político, entendido como aquel espacio de diálogo y persuasión<sup>107</sup>. En este sentido, el *ius resistendi* puede ser visto desde una perspectiva activa o pasiva. Cuando existe una manifestación violenta e injustificada que surge fuera del sistema jurídico vigente, entonces se habla de un ejercicio activo del derecho a la resistencia como la rebelión armada o el tiranicidio que lo que busca es la recuperación violenta del poder político por parte del pueblo. Por otra parte, se habla de una manifestación pasiva del derecho a la resistencia cuando no existe ningún accionar violento e injustificado, más bien existen manifestaciones omisivas frente a las medidas, acciones o normas propuestas por la autoridad<sup>108</sup>.

**103.** María del Carmen Figueroa Navarro, Aspectos de la Protección del Domicilio en el Derecho Español, (Editorial Edisofer S.L., 1998), 12.

**104.** Ermanno Vitale, “Cambio político, Constitución y derecho de resistencia”, *SciELO* 32, (2009): [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1405-02182010000100002](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182010000100002)

**105.** Julieta Marccone, “Las razones de la desobediencia civil en las sociedades democráticas”, *SciELO* 5, (2008): 42, [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1870-00632009000100003](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-00632009000100003)

**106.** Vitale, *Cambio político, Constitución y derecho de resistencia*, 35.

**107.** Arendt, *Sobre la Revolución*, 15.

**108.** Centenera, *El tiranicidio en los escritos de Juan de Mariana*, 159.

Así, Monasterio es preciso en sostener que “El contexto en el que nace el derecho de resistencia es siempre uno de colisión, de conflicto, en el que ambos órdenes, el de la justicia natural y el de la legalidad, no están debidamente ajustados”<sup>109</sup>.

Por todo lo expuesto, se puede concluir con las palabras de Meneses que:

El derecho a la resistencia es una garantía social que permite la autotutela de los derechos constitucionales de las personas y colectivos, así como es una de las formas de participación democrática extra-institucional que otorga la facultad de interpretar la Constitución a los ciudadanos. En resumidas cuentas, la percepción sobre la vulneración o posible vulneración de un derecho fundamental recae en el criterio valorativo de los ciudadanos, entregándoles la potestad de resistir (Meneses González 2019)<sup>110</sup>.

### **Constitución del 2008:**

El derecho de resistencia a la opresión es el derecho que tiene toda sociedad de hombres dignos y libres para defenderse contra el despotismo, e incluso destruirlo. En realidad, más que un derecho es un principio político, congruente con la teoría del contrato social y con la soberanía popular, que es otro principio político (Albornoz 2009)<sup>111</sup>.

Con esta definición se identifica claramente el propósito que tiene el ejercicio del derecho a la resistencia por parte del o los individuos conformantes de aquella sociedad política y jurídicamente organizada ante cualquier vulneración o amenaza de sus derechos legítimamente reconocidos por la ley y la Carta Magna. En la Constitución del 2008 vigente, se consagró y reconoció por primera vez el derecho a la resistencia en el Ecuador. Específicamente en el artículo 98 se menciona aquel derecho de lucha social legalmente reconocido al pueblo ecuatoriano, el cual reza de la siguiente manera:

Art. 98.- Los individuos y los colectivos podrán ejercer el derecho a la resistencia frente a acciones u omisiones del poder público o de las personas naturales o jurídicas no estatales que vulneren o puedan vulnerar sus derechos constitucionales, y demandar el reconocimiento de nuevos derechos<sup>112</sup>.

A partir de lo expresado en este artículo, se pueden determinar ciertos elementos del derecho a la resistencia los cuales son objeto de análisis dentro del presente trabajo. En primer lugar, se puede identificar quiénes son los sujetos del derecho a la resistencia y, este elemento puede a su vez subclasificarse en dos: el sujeto que goza de la facultad de hacer uso del derecho a la resistencia, y el sujeto que tiene el deber de no vulnerar los derechos de las personas, para que de ese modo no se invoque el mismo. Acerca de la primera subclasificación, es sujeto de la facultad de hacer uso del derecho a la resistencia cualquier persona a la que se le vulnere o amenace un derecho; en otras palabras y haciendo una analogía con el texto expresado en la Constitución ecuatoriana, cualquier individuo o colectivo. Con respecto a la segunda subclasificación se identifica al sujeto obligado a velar por el cabal cumplimiento y protección de los derechos humanos y fundamentales, quien tendrá que poseer una relación directa con el individuo o colectivo y la protección de sus derechos, es decir que, aquel sujeto bien puede ser el Estado o cualquier persona natural o jurídica no estatal.

Como segundo elemento se debe considerar aquella acción u omisión que pueda provenir del poder público estatal o de aquel poder que le otorgue la relación contractual, laboral, administrativa o simplemente legal a una persona natural o jurídica no estatal para con un individuo o colectivo. La palabra acción, como género puede comprender dos aspectos: la acción propiamente dicha y la omisión. La acción propiamente dicha es aquella conducta o acto que se espera sea realizado por parte del poder estatal o aquella persona natural o jurídica que posea relación directa con la

---

109. Monasterio, *Una Revisión del Derecho de Resistencia*, 15.

110. Polivio Honorio Meneses González, “El derecho a la resistencia como límite a la criminalización de la protesta social: estudio de caso “Estudiantes del Colegio Central Técnico” (tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, 2019), 39-40.

111. Álvaro Albornoz, “El derecho de resistencia a la opresión”, Dr. Álvaro Albornoz [blog], 2009, <http://doctoralvaroalbornoz.blogspot.com/2009/02/el-derecho-de-resistencia-la-opresion.html>

112. Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art 98.

tutela y garantía de los derechos de otros para alcanzar su pleno goce y ejercicio. Mientras que por omisión se debe entender como aquel acto de no ejecución que ha sido evitado con el fin de generar o no efectos jurídicos sobre el estado de las cosas<sup>113</sup>. Pero no solo se trata de la existencia de una acción u omisión de aquella relación existente entre el sujeto obligado a tutelar los derechos y el sujeto titular del derecho a la resistencia, sino que esta acción u omisión debe efectivamente vulnerar uno o varios derechos o implicar una amenaza a la vulneración de los mismos.

Como un último componente que se desprende del artículo 98 y que quizá cause más asombro y discusión, es aquel que otorga a cualquier persona en ejercicio del derecho a la resistencia la facultad de demandar el reconocimiento de nuevos derechos. Desde el criterio personal, este último elemento es una potestad bastante excesiva y peligrosa que el legislador incluyó en el texto constitucional puesto que deja abierta la posibilidad de que cualquier persona o colectivo en ejercicio de su facultad de resistirse a una decisión del poder público o de su semejante que atente contra sus derechos, pueda reclamar, originar e introducir nuevos derechos al ordenamiento jurídico. Esto claramente, conllevaría al génesis de nuevas instituciones jurídicas al libre criterio y albedrío de la sociedad que sienta aquella imperante necesidad al no estar de acuerdo con un acto, conducta o decisión, sin mencionar el alto grado de subjetividad que involucra una potestad tan exorbitante como la mencionada.

Identificados los elementos y componentes del artículo 98 de nuestra Constitución, se puede destacar que ni en los artículos siguientes ni anteriores al mismo se encuentra desarrollada normativa alguna relacionada al derecho a la resistencia. Esta falta de desarrollo normativo deja tanto a los ciudadanos ecuatorianos como a los entes del poder público, específicamente a los administradores de justicia, en un enorme vacío legal que da inicio a la búsqueda exhaustiva de otros medios procesales, instrumentos jurídicos y cuerpos normativos que hagan del derecho a la resistencia un derecho de goce y ejercicio efectivo. Sin embargo, la realidad de los hechos es distinta. Cuerpos normativos como la Ley Orgánica de Participación Ciudadana y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional han sido continuamente invocados en magistraturas como guías o directrices del cómo actuar en derecho al momento de conocer casos en donde el derecho en disputa es el de la resistencia, más no han logrado constituirse como un medio idóneo para dar una respuesta clara y acertada. Por ejemplo, en la Ley Orgánica de Participación Ciudadana se establece en su artículo 4 el siguiente enunciado:

Art. 4.- Principios de la participación. - La participación de la ciudadanía en todos los asuntos de interés público es un derecho que se ejercerá a través de los mecanismos de la democracia representativa, directa y comunitaria. [...] <sup>114</sup>.

Se puede interpretar entonces que el ejercicio del derecho a la resistencia es un derecho de participación ciudadana. Sin embargo, este no es desarrollado de ninguna otra manera en este cuerpo normativo a más de la referencia invocada.

Por otro lado, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en el artículo 6, en su parte pertinente, establece lo siguiente:

Art. 6.- Finalidad de las garantías. - Las garantías jurisdiccionales tienen como finalidad la protección eficaz e inmediata de los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, la declaración de la violación de uno o varios derechos, así como la reparación integral de los daños causados por su violación. [...] <sup>115</sup>.

**113.** Carlos Alberto Matheus López, "Breves notas sobre el concepto de acción", *Dialnet UniRioja* 52, (2017): <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5002622>

**114.** Ecuador, *Ley Orgánica de Participación Ciudadana*, Registro Oficial Suplemento 175, 20 de abril del 2010, Art. 4.

**115.** Ecuador, *Ley Orgánica de Garantía Jurisdiccionales y Control Constitucional* Registro Oficial Suplemento 52, 22 de octubre del 2009, Art.6.

Como se ha mencionado, el derecho a la resistencia puede ser considerado también como una garantía jurisdiccional puesto que su objetivo es la protección y tutela de los derechos de los ciudadanos. Sin embargo, se puede constatar que, como tal, el derecho a la resistencia no es mencionado ni tampoco descrito en ninguna de las dos leyes orgánicas antes mencionadas, mucho menos, posee un procedimiento a seguir.

Por lo expuesto se constata que la resistencia es un derecho declarativo en la Constitución, a la que se le ha otorgado la característica de innovadora, pero lamentablemente es huérfana de un procedimiento específico a seguir en cuanto a derecho.

### **¿Cómo se debe entender entonces el Derecho a la Resistencia?:**

Para responder esta interrogante es necesario, primero, aclarar que el derecho a la resistencia se diferencia del derecho a la revolución, el cual implica en la mayoría de los casos el uso de métodos violentos para generar un cambio total o parcial al régimen previamente establecido, a manera de un breve *recorderis* de lo explicado en líneas anteriores. De igual manera, es importante diferenciar el derecho a la resistencia y el derecho a la participación ciudadana. Si bien, en un primer momento se puede entender que el derecho a la resistencia no se acerca ni en lo más mínimo al derecho a que la ciudadanía participe de la toma de decisiones del gobierno que ellos mismos han elegido para que los represente no es menos cierto que al hablar del derecho a resistir también se habla del derecho a participar. Es decir, se debe entender al derecho de participación ciudadana como el género y el derecho a la resistencia, como una especie de este, así como lo son el referéndum, la consulta popular, la silla vacía, las audiencias públicas, los cabildos populares, las veedurías, los observatorios y los consejos consultivos, por nombrar algunos mecanismos de participación ciudadana contemplados en la Ley Orgánica de Participación Ciudadana.

Muy cierto es que en el cuerpo normativo antes mencionado, el derecho a la resistencia no está contemplado como un mecanismo de participación ciudadana, lo que implica plantearse la siguiente interrogante: ¿el derecho a la resistencia es sinónimo de criminalización de los ciudadanos que optan por ejercer este derecho en respuesta a un acto del poder público, un individuo o un colectivo que atenten contra sus derechos? La resistencia es un derecho que ha estado presente desde el principio de los tiempos, reconocido de igual valor y jerarquía que los demás derechos consagrados en la Constitución ecuatoriana destacando la naturaleza inherente al ser humano según los artículos 11 y 98, respectivamente; además, el mismo ha sido contemplado en tratados y convenios internacionales en los cuales el Ecuador es uno de los Estados firmantes.

Cuando se refiere a la criminalización del derecho a la resistencia se entiende como una tendencia generalizada y no adecuada comparación que se realiza entre delincuentes, malhechores y vándalos con ciudadanos en uso legítimo de su derecho a resistir. De este modo, Calapaqui establece lo siguiente:

La criminalización tiene como objetivo generar temor o miedo entre los sectores populares. Miedo a protestar, miedo a organizarse de manera independiente del gobierno; crear un sentimiento de impotencia frente a lo "invencible" del gobierno; descalificar a los dirigentes sociales, encasillarlos como delincuentes comunes y provocar su aislamiento del movimiento social; generar una sensación de desesperanza y de resignación [...] <sup>116</sup>.

Según Matamoros, (como se citó en Pilco, 2017) plantea que:

La criminalización de la protesta es como una onda expansiva, afecta al círculo más cercano como la familia, los miembros de las organizaciones, las amistades, la sociedad. Es una carga distractora de los fines de cada organización social, porque se requiere destinar los esfuerzos a resolver el costo económico de la defensa, el costo psicológico, así como las dificultades internas organizativas y la lucha por sus reivindicaciones pasa a segundo plano <sup>117</sup>.

---

**116.** Karla Calapaqui, *Criminalización de la protesta 2007-2015, las víctimas del Correísmo*, Primera Edición

(Quito: 2016), 24-5.

**117.** Alicia Verónica Pilco Villa et al., "Derecho a la resistencia y la lucha de la ECURUNARI en el ejercicio de este derecho, en un Estado Constitucional de Derechos, en la ciudad de Quito, en el año 2015" (tesis de titulación, Universidad Central del Ecuador, 2017), 15.

Sin embargo, se debe puntualizar que existe una ilegitimidad en el ejercicio de dicho derecho cuando existe una intención de causar prejuicios en los bienes jurídicos ajenos y no a manifestarse sobre la afectación a un derecho fundamental. En este sentido, el derecho fundamental reclamado debe ser considerado de mayor importancia que los bienes jurídicos que son afectados en toda protesta (Asanza Miranda 2016)<sup>118</sup>.

En el Ecuador, los escenarios de protestas, luchas sociales y resistencia han sido múltiples y la mayoría de estas expresiones sociales han sido criminalizadas por los gobiernos de turno con el objetivo de deslegitimar sus justas causas. Generalmente, son los dirigentes sociales, estudiantes, grupos feministas y líderes indígenas a quienes se les impone sanciones tipificadas en el Código Orgánico Integral Penal, como, por ejemplo, en el artículo 283 referente al ataque y resistencia, artículo 345 que se refiere al sabotaje y el artículo 366 que hace alusión al terrorismo. Como claros ejemplos se puede citar la resistencia de las comunidades campesinas por la extracción minera en Río Blanco, la resistencia de la población aledaña a Río Grande por la construcción de la Hidroeléctrica Chone, la protesta de los estudiantes de medicina a nivel nacional, por el pago de un estipendio justo, la lucha del Frente Unitario de Trabajadores (FUT), la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE), el Frente Popular (FP) y la Federación de Cooperativas de Transporte Público de Pasajeros (FENACOTIP), frente a las medidas económicas anunciadas el 01 de octubre de 2019 por el presidente Lenín Moreno, con respecto al Decreto 883, el cual eliminó los subsidios a los combustibles.

Así mismo, no se puede dejar de lado el acontecimiento más reciente en el ámbito nacional que fue el Paro Nacional que dio inicio el 13 de junio de 2022, por parte del movimiento indígena representado mayoritariamente por la CONAIE, con el cual demostró su desacuerdo con las políticas neoliberales emanadas desde el Ejecutivo, encabezado por el presidente Guillermo Lasso y que duró hasta el 30 de junio de 2022. Detenciones arbitrarias, uso injustificado de la fuerza por parte del personal de la Policía Nacional y militares, expedición de decretos constitucionalmente debatibles en donde se hace constar el régimen de estado de excepción, la detención ilegal del máximo representante indígena al comienzo de la movilización, entre otros; son claras muestras de la carencia de normativa relacionada con el derecho a la resistencia en el Ecuador que no garantiza en absoluto el correcto ejercicio del mismo por parte de las y los ciudadanos ecuatorianos, y más bien profundiza la urgente necesidad de contar con mecanismos y procedimientos que permitan a las víctimas el acceso a una justicia exhaustiva que cumpla con los estándares establecidos internacionalmente.

En este sentido, queda claro que el derecho a la resistencia no hace alusión a manifestaciones de personas con carteles, pancartas y megáfonos que públicamente protestan o reclaman sus derechos vulnerados en contra de medidas, actos o decisiones emanadas por una persona natural o jurídica no estatal. El real contenido del derecho a la resistencia se basa entonces en el respeto, protección y garantía que el Estado está obligado a prestar para el correcto ejercicio del mismo, sin ningún tipo de amedrentamiento, temor infundido, amenazas o cualquier acción coercitiva (Merino Arza 2015)<sup>119</sup>.

**118.** Felipe Asanza, *El derecho a la resistencia y la protesta social: un enfoque desde los derechos humanos*. (Quito:2016), 48.

**119.** Darwin Jorge Merino Arza, "El derecho a la resistencia y la ausencia de normativa en el estado constitucional de derechos y justicia" (tesis de maestría, Universidad Regional Autónoma de los Andes, 2015).

## Conclusiones

El origen del derecho a la resistencia es remoto. Es decir, data de tiempos inmemoriales cuando el ser humano, como respuesta de rechazo ante una medida o acto proveniente del rey o autoridad, poder público, persona natural o jurídica no estatal se opone y muestra resistencia a asentir la decisión tomada; o a su vez, ejerce su derecho a resistirse ante una realidad monótona y constante y demanda el cambio cuando por otros medios no ha sido factible la materialización de la misma.

En el contexto nacional, el derecho a la resistencia ha sido reconocido con la aprobación de la Constitución de 2008, específicamente en su artículo 98. Sin embargo, catorce años han pasado sin que el mismo haya gozado de una protección y garantía efectiva por parte del Estado, incluida la ausencia de normativa específica para un adecuado uso y aplicación de parte de los y las ecuatorianas. Esta desafortunada realidad no ha hecho más que dejar desprovistos a aquellos que optan por ejercer su derecho a la resistencia de una garantía básica en un Estado constitucional de derechos y justicia, esto es la seguridad jurídica. Adicionalmente, la constante persecución, amedrentamiento y coerción de las cuales han sido víctimas los ciudadanos ecuatorianos y ecuatorianas en variados escenarios con el pasar de los tiempos, han creado la difusa y mal entendida idea que el derecho a la resistencia es sinónimo de desapego a las reglas básicas de conducta que rige a una sociedad política y jurídicamente organizada.

Finalmente, como recomendación se exhorta al Estado ecuatoriano a que, a través de sus organismos pertinentes vele y garantice los derechos constitucionalmente reconocidos, de manera específica, la necesidad urgente de ampliar los contenidos y normativas relacionadas al artículo 98 correspondiente al derecho a la resistencia a través de la inclusión del mismo como una forma de participación ciudadana. Con esta ampliación normativa se regulará y garantizará un debido procedimiento y ejercicio del *ius resistendi*.

De igual manera, a los administradores de justicia, especialmente a quienes ostentan dicho cargo en la Corte Constitucional, se exhorta a generar precedentes jurisprudenciales con el fin de evitar futuras vulneraciones de derechos constitucionales, específicamente, las que puedan poner en tela de duda el derecho a la resistencia.

## Bibliografía

- Albornoz, Álvaro. "Dr. Álvaro Albornoz". 08 de 02 de 2009. <http://doctoralvaroalbornoz.blogspot.com/2009/02/el-derecho-de-resistencia-la-opresion.html>.
- Arendt, Hannah. *Sobre la Revolución*. Traducción de Pedro Bravo. Madrid: Alianza Editorial.
- Asanza Miranda, Felipe. *El derecho a la resistencia y la protesta social: un enfoque desde los derechos humanos*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2016.
- Carvajal Aravena, Patricio. "Derecho de resistencia, derecho a la revolución, desobediencia civil". *Revista de estudios políticos*, 1992: 76.
- Centenera Sánchez, Fernando. *El tiranicidio en los escritos de Juan de Mariana*. Madrid: Dykinson, 2009.
- Cruz Parcerero, Juan Antonio. *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*. México DF: UNAM, 2015.
- Ecuador. *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449, 20 de octubre del 2008.
- Ley Orgánica de Garantía Jurisdiccionales y Control Constitucional. Registro Oficial Suplemento 52, 22 de octubre del 2009.
- Ley Orgánica de Participación Ciudadana. Registro Oficial Suplemento 175, 20 de abril del 2010.
- Figueroa Navarro, María del Carmen. *Aspectos de la protección del domicilio en el derecho español*. Madrid: Edisofer, 1998.
- Goodman, Ellen. *The origins of the western legal tradition: from Thales to the Tudors*. New York: Federation Press, 1995: 64.
- Karla, Calapaqui. *Criminalización de la protesta 2007-2015, las víctimas del Correísmo*. Quito: Ediciones Opción, 2016.
- Marcone, Julieta. "Las razones de la desobediencia civil en las sociedades democráticas". *Dossier: Ciudadanía y representación*, 2008: 42.
- Matheus López, Carlos Alberto. "Breves notas sobre el concepto de acción". *Revista de la Facultad de Derecho*. 2021: 761-771.
- Meneses González, Polivio Honorio. *El derecho a la resistencia como límite a la criminalización de la protesta social: estudio de caso: estudiantes del colegio Central Técnico*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2019.
- Merino Arza, Darwin Jorge. *El derecho a la resistencia y la ausencia de normativa en el estado constitucional de derechos y justicia*. Ambato: Universidad Regional Autónoma de los Andes, 2015.
- Miguel, Hernández. *El derecho constitucional a la resistencia. ¿Realidad o utopía?* Grupo Ibáñez, 2012.
- Monasterio Mercado, Macias. "Una revisión del derecho de resistencia". *Revista de aportes a la comunicación*, 2021: 15.
- Pilco Villa, Alicia Verónica. *Derecho a la resistencia y la lucha de la ECURUNARI en el ejercicio de este derecho, en un Estado Constitucional de Derechos, en la ciudad de Quito, en el año 2015*. Quito: Universidad Central del Ecuador, 2017.
- Sánchez Viamonte, Carlos. "Revolución, resistencia a la opresión y derecho a la insurrección". *Lecciones y ensayos*, 1996: 38.
- Torré, Abelardo. *Introducción al derecho*. Buenos Aires: Perrot, 2003.
- Ugartemendia, Juan Ignacio. "El derecho de resistencia y su "constitucionalización"". *Revista de estudios políticos*. 1999: 213-245.
- Vitale, Ernando. "Cambio político, constitución y derecho de resistencia". *Isonomía* (SciELO), 2010.



**ulpik**

# El régimen jurídico fiscal de las criptomonedas en Ecuador

Karla Verónica Álvarez Figueroa

## Resumen

En Ecuador, el uso de criptomonedas en la ejecución de transacciones de diversa naturaleza, va en aumento. Como ha sucedido de forma tradicional, con el tiempo, la sociedad y sus fenómenos evolucionan a mayor velocidad que la norma. Frente a la ocurrencia de sucesos nuevos, que en virtud de su trascendencia e implicaciones jurídicas necesitan ser regulados, el legislador encara la tarea de adecuar la ley a estas nuevas manifestaciones, siendo menester que lo haga de forma eficaz. En nuestro país, sin que en la actualidad exista normativa expresa que regule el desempeño de operaciones realizadas con criptomonedas, el presente trabajo tiene por objetivo analizar si el marco regulatorio, ya existente, resulta suficiente para obligar al contribuyente a tributar sobre las transacciones ejecutadas. Todo examen sobre la exigüidad o suficiencia del marco normativo ya vigente, precisa se comience por establecer cuál es la naturaleza jurídica atribuible a las criptomonedas, como punto neural para la determinación del régimen normativo que les es aplicable. Sobre la base de esta premisa, el presente estudio desarrolla los atributos que caracterizan a una criptomoneda y posteriormente dilucida si, esclarecido este fundamento, las operaciones con ellas ejecutadas resultan o no gravadas con alguno o algunos de los tributos legalmente previstos en Ecuador. En este orden, se arriba a la conclusión de que los ingresos provenientes de las transacciones efectuadas con criptomonedas, sí se encuentran, en efecto, gravados en la forma en que se expone a continuación.

## Abstract

In Ecuador, the use of cryptocurrencies in the execution of transactions of a diverse nature is increasing. At the time, traditionally, society and its phenomena evolve faster than the law. Faced with the occurrence of new events, which by virtue of their importance and legal implications need to be regulated, the legislator faces the task of adapting the law to these new manifestations being necessary to do it so effectively.

In our country, there is not a currently law about the performance of operations carried out with cryptocurrencies. This essay aims to analyze whether the existing regulatory framework becomes sufficient to force the taxpayer to pay taxes on the executed transactions. Any review of the exiguity or sufficiency of the regulatory framework already in force, needs to begin establishing what is the legal nature attributable to cryptocurrencies, as a neural point for determining the applicable law to it. Based on this premise, the present study develops the attributes that characterize a cryptocurrency. Once this argument is clarified, it covers the operations executed analyzing if they are or are not taxed with any or some of the legally taxes established in Ecuador. In conclusion, the income from transactions carried out of cryptocurrencies are, in fact, taxed in the way set out below.

## Palabras clave

Criptomonedas, bitcoin, criptoactivos, fiscalidad, tributación, Derecho Tributario.

## Keywords

Cryptocurrencies, bitcoin, crypto assets, taxation, Tax Law.

## Introducción

Al día de hoy, es creciente el número de personas que, tanto en la economía mundial como local, se inician en el uso y adquisición de las denominadas criptomonedas, de las cuales, la más conocida sea, quizá, *bitcoin*. También en Ecuador, el número de adopters va en incremento y este fenómeno se evidencia, a la fecha, invencible.

Los ordenamientos jurídicos de distintos países, a los que de modo reciente se ha sumado el ecuatoriano, buscan la implementación de mecanismos de regulación legal frente al inminente aumento del uso y operación de estos cryptoactivos por parte de la población. El objetivo fundamental perseguido con tal regulación es el control y prevención de delitos de defraudación, lavado y blanqueo de capitales, sin descuidar una finalidad no menos importante: la tributación sobre los ingresos obtenidos como producto de estas actividades.

## Naturaleza jurídica de las criptomonedas

En estricto sentido, a las así denominadas criptomonedas, no puede atribuírseles la naturaleza jurídica de una moneda como tampoco de una divisa, propiamente dichas, y ello porque, en el primer caso, las monedas constituyen dinero de curso legal y sirven como referencia del precio de los bienes, en general, dentro de un determinado territorio o país; mientras que, en el segundo, una divisa es toda moneda de curso legal de otro país distinto del país de origen.

A diferencia del dinero electrónico<sup>120</sup>, las criptomonedas no tienen correspondencia o representación en el mundo físico, por lo que su valor deriva de la aceptación -por parte de sus usuarios- como un medio de pago para el intercambio de bienes y servicios, o, dicho de otra forma, de la confianza que aquellos tengan en que van a poder usarlas después en nuevas transacciones. Las criptomonedas responden a un sistema descentralizado<sup>121</sup>, pues sus operaciones se ejecutan en ausencia de entidades intermediarias que las validen; tampoco existe una autoridad central que controle su tasa de intercambio, por lo que su precio responderá a la densidad de la oferta y demanda que sobre ellas exista en un determinado momento. Por lo señalado, sería una conceptualización más apropiada, de las criptomonedas, ser entendidas como un activo inmaterial susceptible de intercambio, convertible a dinero fiat, y, atendiendo a sus fluctuaciones en el precio, capaces de operar como reserva de valor.

Siendo su regulación normativa aún incipiente, la naturaleza jurídica atribuible a estos cryptoactivos resulta poco clara y representa tierra fértil para el debate. En Ecuador, las criptomonedas no constituyen moneda de curso legal<sup>122</sup>, ni tampoco son reconocidas por la autoridad central como un medio de pago.

Como resultará evidente, el esclarecimiento de la naturaleza jurídica de las criptomonedas constituye el punto de partida para la determinación del régimen jurídico que les es aplicable. En nuestro país, pese al no reconocimiento como moneda de curso legal, el ordenamiento normativo grava, en efecto, los ingresos provenientes de las operaciones efectuadas con criptomonedas.

## Abordamiento jurídico de las criptomonedas en Ecuador

En 2018, el Banco Central del Ecuador publicó un comunicado en el que informaba a la ciudadanía que *bitcoin* no es una moneda de curso legal ni un medio de pago autorizado en el país; aclaraba, sin embargo, que no está prohibida su compraventa —así como de ninguna criptomoneda— a través de internet.

**120.** La Regulación No. 055-2014 emitida por el Banco Central del Ecuador, en su artículo 1, define al dinero electrónico como el valor monetario equivalente al valor expresado en la moneda de curso legal del país, que es aceptado con poder liberatorio ilimitado y de libre circulación, reconocido como medio de pago por todos los agentes económicos en el Ecuador, convertible a valor nominal, emitido privativamente por el Banco Central del Ecuador.

**121.** Según el *White Paper* de Bitcoin, la descentralización en el proceso de emisión y transmisión de criptomonedas, se materializa en la transaccionalidad directa entre las partes implicadas, que ocurre gracias a la utilización de la tecnología *blockchain*, consistente en el desarrollo de una prueba criptográfica que garantiza seguridad al sistema pues guarda registro cronológico de las transacciones y evita el problema del doble pago.

**122.** Según el artículo 94 del Código Orgánico Monetario y Financiero, todas las transacciones, operaciones monetarias, financieras y sus registros contables, realizados en la República del Ecuador, se expresarán en dólares de los Estados Unidos de América.

En contradicho, la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, emitió un comunicado en que informaba a la ciudadanía la manifiesta prohibición de circulación, recepción y en general, de toda transacción efectuada con criptomonedas.

En este contexto, en 2021, el Banco Central del Ecuador a través de su máxima autoridad, señaló que la entidad emitirá normativa de regulación del uso y operaciones efectuadas con criptomonedas dentro del territorio ecuatoriano, teniendo planeada su aprobación e implementación para el último trimestre de 2022. Sobre la pretendida regulación normativa, cabe hacer algunas pocas puntualizaciones que se desglosan a continuación.

### **¿Qué dice el ordenamiento jurídico ecuatoriano vigente, sobre las criptomonedas?**

En estricto sentido, dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano no se encuentra alusión expresa a la figura de las criptomonedas. Encontramos, más bien, su prohibición tácita al hallarse incluidas dentro de la categoría de moneda y dinero no autorizados por la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera<sup>123</sup>. En este orden, si bien la prohibición es clara, los términos en que se encuentra concebida la norma no dejan de presentar ciertos problemas al momento de efectuar su estricta interpretación, pues no se puede olvidar que las criptomonedas —de acuerdo a las consideraciones ya expuestas con anterioridad— no tienen la naturaleza jurídica ni de una moneda ni tampoco del dinero<sup>124</sup>.

Aclarada esta última puntualización, resulta propio cuestionarse si es factible la regulación normativa de una conducta —en este caso, la operación con criptomonedas— que se encuentra expresamente prohibida por el ordenamiento jurídico vigente. La respuesta es que no, y es precisamente por ello que, según declaraciones dadas por la máxima autoridad del Banco Central del Ecuador, la futura regulación parece orientada a abordar esta problemática, categorizando a las criptomonedas como activos de inversión<sup>125</sup>. Sin embargo, este deliberado enfoque hecho a la luz de una figura distinta de la de moneda de curso legal, podría colocar en tela de duda, en principio, la potestad que el Banco Central del Ecuador tendría para emitir reglamentación en un ámbito que no tiene relación ni con el sistema monetario ni con el sistema financiero del país.

### **Tributación de las operaciones realizadas con criptomonedas en el Ecuador**

Para abordar a detalle las obligaciones de tributación que tienen los ciudadanos ecuatorianos en razón de las operaciones que con criptomonedas ejecuten, deberá tenerse en cuenta cuál es la naturaleza a la que responde la operación realizada, es decir, si la criptomoneda ha sido recibida como contraprestación por su minería, si se la ha usado como un instrumento de inversión o si ha sido utilizada como un medio de pago. Las actividades descritas, sin constituir una enumeración exhaustiva, son las operaciones de más relevancia que hoy por hoy se llevan a cabo haciendo uso de estos criptoactivos.

### **Criptomonedas como instrumento de inversión**

Siendo el precio de las criptomonedas una variable consecuente con el flujo de oferta y demanda que sobre ellas existe en un determinado momento, estas resultan ser un activo capaz de apreciarse en el tiempo —así como de depreciarse, en la misma medida—. Una criptomoneda es utilizada como instrumento de inversión cuando es adquirida a un determinado precio de compra, sostenida en el tiempo y transmitida de modo posterior por un precio superior al de su adquisi-

<sup>123</sup>. Ecuador, *Código Orgánico Monetario y Financiero*, 12 de septiembre de 2014, Registro Oficial 332, Segundo Suplemento. Art. 98.

<sup>124</sup>. El Tribunal Supremo de España, Sala Segunda de lo Penal, mediante STS 326/2019 de 20 de junio de 2019, señaló que: "Por otro lado, tampoco el denominado bitcoin es algo susceptible de retorno, puesto que no se trata de un objeto material, ni tiene la consideración legal de dinero. El bitcoin no es sino una unidad de cuenta de la red del mismo nombre. (...) De este modo, el bitcoin no es sino un activo patrimonial inmaterial, en forma de unidad de cuenta definida mediante la tecnología informática y criptográfica denominada bitcoin, cuyo valor es el que cada unidad de cuenta o su porción alcance por el concierto de la oferta y la demanda en la venta que de estas unidades se realiza a través de las plataformas de trading Bitcoin."

<sup>125</sup>. Ángela Menéndez, "EXCLUSIVA: Banco Central asegura que Ecuador reglamentará el uso de criptomonedas este año", Bloomberg Línea, 31 de enero de 2022, párr. 18, <https://www.bloomberglinea.com/2022/01/31/exclusiva-banco-central-asegura-que-ecuador-reglamentara-el-uso-de-criptomonedas-este-ano/>.

ción, de manera que se ocasione un ingreso. De cumplirse las condiciones previstas en la Ley de Régimen Tributario Interno, este ingreso será afectado al pago del Impuesto a la Renta, conforme se anota a continuación.

La Ley de Régimen Tributario Interno en su artículo 8,<sup>126</sup> enumera los ingresos calificados como de fuente ecuatoriana e incluye, en su último numeral, a todo otro ingreso percibido por sociedades y personas naturales nacionales o extranjeras residentes en el Ecuador, incluido el incremento patrimonial no justificado. Los ingresos percibidos producto de operaciones efectuadas con criptomonedas, sin que puedan entenderse comprendidos dentro de ninguna otra categorización prevista en el artículo 8 de la norma aludida, resultan ser un ingreso patrimonial no justificado y como tal, deberán tributar. En este orden, la diferencia de valor habida entre el precio de adquisición y el precio de transmisión de una criptomoneda, se enmarcaría como un ingreso extraordinario gravado con Impuesto a la Renta, sujeto a tributación siempre que el total de ingresos ordinarios y extraordinarios gravados percibidos por el sujeto pasivo dentro de un ejercicio impositivo, menos las devoluciones, descuentos, costos, gastos y deducciones imputables a tales ingresos, superen la base imponible prevista en el artículo 36 literal a) de la Ley de Régimen Tributario Interno,<sup>127</sup> es decir, sobrepasen el valor de \$ 11.310,00 USD, para el año 2021. Así las cosas, para su declaración deberá considerarse que, en los términos actuales de la Ley en comentario, el hecho generador no se verificaría sino hasta el momento en que la criptomoneda, cualquiera que esta sea, es transmitida a un tercero a cambio del pago de su equivalente en dólares de los Estados Unidos de América, pues no es sino hasta el momento en que la criptomoneda es convertida a su equivalente en dólares, cuando se verifica la percepción de la renta en los términos del artículo 2 de la Ley de Régimen Tributario Interno.<sup>128</sup> Empero, esta aseveración merece matización en atención a la disposición del artículo 40A de la ley en cuestión,<sup>129</sup> que obliga a las personas naturales cuyo patrimonio supere el umbral fijado en el artículo 69 del Reglamento para la aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno,<sup>130</sup> a presentar declaración patrimonial de manera anual; pues, si por un lado la percepción de la renta ocurriría solamente al momento de ser la criptomoneda convertida a dólares, por otro, ocurre que dentro de la declaración patrimonial anual se reflejaría el valor de mercado que la criptomoneda tenga a la fecha de declaración, lo que provocaría una discordancia entre la declaración de renta y la patrimonial. En este orden, lo pertinente sería que en la declaración patrimonial las criptomonedas deban ser informadas en su valor de adquisición y no en su valor de mercado a la fecha de declaración; lo contrario implicaría que el sujeto pasivo deba tributar sobre un supuesto incremento patrimonial que solo será real cuando se efectivice la conversión de la criptomoneda a dólares.

Cabe traer a colación el caso de España que es, por disposición expresa, distinto al ecuatoriano, donde aún es propicio el debate. Así, en España, la Dirección General de Tributos ha dicho que la obtención de renta ocurre no solo cuando el criptoactivo es convertido a dinero *fiat*, sino también cuando se verifica un intercambio entre monedas virtuales distintas<sup>131</sup> -ejemplificando, cuando bitcoin es convertido a *ether*-; esto sucede en virtud de que la Ley del Impuesto sobre la Renta de Personas Físicas, a diferencia de la Ley de Régimen Tributario Interno, califica como obtención de renta a toda variación en el valor del patrimonio del contribuyente que se pone de manifiesto ante cualquier alteración en su composición.<sup>132</sup>

Volviendo al estudio que nos convoca, varias ideas iniciales sujetas a debate posterior pueden formularse en referencia la declaración de renta sobre esta clase de ingresos en Ecuador. En primer lugar, salvando el hecho de que las ganancias patrimoniales generadas por la ejecución de

**126.** Ecuador, *Ley de Régimen Tributario Interno*, 17 de noviembre de 2004, Registro Oficial 463, Suplemento. Art. 8.

**127.** Ecuador, *Ley de Régimen Tributario Interno*. Art. 36.

**128.** Ecuador, *Ley de Régimen Tributario Interno*. Art. 2.

**129.** Ecuador, *Ley de Régimen Tributario Interno*. Art. 40A.

**130.** Ecuador, *Reglamento para la aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno*, 8 de junio de 2010, Registro Oficial Suplemento 209.

**131.** España Secretaría General de Operaciones Financieras, *Consulta No. V0999-18*, (España: Secretaría General de Operaciones Financieras, 2018).

**132.** España, *Ley 35/2006, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas* (BOE núm. 285 de 29 de noviembre de 2006), art. 33.

estas transacciones, indiscutiblemente, se encuentran gravadas bajo la categoría de incrementos patrimoniales no justificados, cabe cuestionarse cómo es jurídicamente posible la tributación de ingresos que son producto de una actividad que recibe prohibición expresa por parte del ordenamiento normativo vigente. En los hechos, la adquisición y transmisión de criptomonedas se efectúa bajo un sistema denominado *peer to peer* o persona a persona, que permite que las criptomonedas —que no son otra cosa más que archivos o *bits* con datos<sup>133</sup>— pasen de un monedero virtual a otro luego de una transacción ordenada por internet; estos monederos digitales, teniendo la naturaleza propia de un *software*, carecen de una ubicación geográfica determinada, por lo que las nociones de circulación y recepción de moneda y dinero no autorizados —expresamente prohibidas por la norma— no ocurren, en estricto sentido, durante la transmisión de una criptomoneda.

En segundo lugar, otra cuestión controvertida es que, si el ingreso gravable con Impuesto a la Renta está constituido por la diferencia de precio habida entre la adquisición y la transmisión de determinada criptomoneda, resulta que el único momento cierto y comprobable, incluso por parte de la administración tributaria, es aquel en que se produce el ingreso en dólares luego de ocurrida la venta de la criptomoneda —lo que permite conocer cuál fue el precio de transmisión—. Empero, no puede predicarse lo mismo respecto al momento en que tiene lugar la adquisición —que, valga decir, permitiría conocer el precio de adquisición de la criptomoneda— pues este resulta ser, a la fecha hoy, de difícil demostración en virtud de la multiplicidad de métodos de pago existentes en la red *peer to peer*.

Una tercera cuestión importante de abordar es que el artículo 10 numeral 5 de la Ley de Régimen Tributario Interno,<sup>134</sup> dispone que, a efectos de calcular la base imponible para la declaración de renta, deberán deducirse las pérdidas comprobadas ocurridas por caso fortuito, fuerza mayor o por delitos que afecten económicamente a los bienes de la actividad generadora del ingreso, en la parte que no fuere cubierta por indemnización o seguro y que no se haya registrado en los inventarios. En tal sentido, la fluctuación a la baja del precio de determinada criptomoneda calificaría como una pérdida producida por caso fortuito —en los términos del artículo 30 del Código Civil<sup>135</sup>— que deberá deducirse de manera previa al cálculo de la base imponible sujeta al pago de Impuesto a la Renta. Incluidos en la categoría de deducciones encontraríamos, asimismo, a los intereses de los préstamos bancarios obtenidos con ocasión de la inversión, conforme dispone el artículo 10 numeral 2 de la Ley de Régimen Tributario Interno.

### **Criptomonedas como retribución por la actividad de *mining***

El *mining* o minería es la actividad desarrollada por usuarios de la red que disponen sus ordenadores para la resolución de un problema lógico de cálculo que se plantea cuando tiene lugar la transmisión de bitcoins, recibiendo bitcoins —en la actualidad, fracciones de bitcoin— como retribución por la actividad desarrollada. En la medida en que las operaciones efectuadas con *bitcoin* o con cualquier otra criptomoneda, no se encuentran autorizadas en Ecuador, los ingresos percibidos por este concepto no podrían tributarse como provenientes del ejercicio de una actividad económica, por lo que deberán declararse como un ingreso patrimonial no justificado gravado con Impuesto a la Renta, en los términos previamente anotados.

### **Criptomonedas como medio de pago en la adquisición de bienes o contratación de servicios**

De conformidad con el artículo 52 de la Ley de Régimen Tributario Interno,<sup>136</sup> el valor de toda transferencia de dominio e importación de bienes muebles corporales, transferencia de derechos de autor, propiedad industrial, derechos conexos y servicios prestados dentro de territorio ecuatoriano, está gravado con Impuesto al Valor Agregado. En este orden, no obstante la reiteración de que en Ecuador se hallan expresamente prohibidas las transacciones con monedas o dinero distintos al dólar de los Estados Unidos de América, una vez verificado el hecho generador descrito,

133. Agustín Barroilhet Díez, "Criptomonedas, Economía y Derecho", *Revista Chilena de Derecho y Tecnología* (2019): 31, doi: 10.5354/0719-2584.2019.51584.

134. Ecuador, *Ley de Régimen Tributario Interno*, Art. 10.

135. Ecuador, *Código Civil*, 24 de junio de 2005, Registro Oficial Suplemento 46. Art. 30.

136. Ecuador, *Ley de Régimen Tributario Interno*. Art. 52.

independientemente del método de pago utilizado para cubrir el valor del bien o derecho transferido o servicio prestado, su vendedor se halla obligado a declarar el Impuesto al Valor Agregado generado en la transacción, siendo indiferente el método de pago, y ocurrido el caso, independientemente de si las criptomonedas recibidas como contraprestación, hubieren sido o no convertidas a dólares a la fecha en que se debe cumplir con la declaración.

### **Adquisición de criptomonedas en Ecuador**

Obviando la cuestión trascendental ya mencionada de que esta clase de transacciones se encuentran legalmente proscritas, para efectos de este estudio, ubicándonos en el supuesto de tener lugar la adquisición de criptomonedas, téngase en cuenta que de acuerdo al artículo 52 de la Ley de Régimen Tributario Interno, el Impuesto al Valor Agregado grava al precio de las transferencias de dominio o importación de bienes muebles de naturaleza corporal, así como a las transferencias de derechos de autor, propiedad industrial, derechos conexos y servicios prestados; sin que las criptomonedas se encuentren incluidas dentro de ninguna de estas categorías, se deduce que su adquisición, de ser legal, no estaría gravada con Impuesto al Valor Agregado.

Respecto al Impuesto a la Salida de Divisas, de ser el caso en que la adquisición de criptomonedas implicare una transacción monetaria por la que se transfiera divisas al exterior, la operación estará gravada conforme dispone la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador.

Finalmente, en el caso de los agentes de retención que participaren en la adquisición de criptomonedas, de acuerdo con el artículo 2.2.i de la Resolución No. NAC-DGERCGC14-00787,<sup>137</sup> que expide los porcentajes de retención en la fuente de Impuesto a la Renta, estos agentes se encontrarían obligados a retener el 1% del valor a pagarse por concepto de la enajenación.<sup>138</sup>

### **Criptomonedas como integrantes del patrimonio de personas naturales y sociedades**

En este apartado, corresponde analizar si, a la luz de la Ley Orgánica para el Desarrollo Económico y Sostenibilidad Fiscal y tras la pandemia COVID 19, las criptomonedas se entienden o no parte conformante del patrimonio gravable según esta Ley.

La Ley en referencia crea la Contribución Temporal al Patrimonio de las Personas Naturales, por una parte, que grava en 1% a aquellos patrimonios individuales que, al 01 de enero de 2021, sean iguales o superiores a un millón de dólares americanos, y, en un 1.5% a patrimonios de sociedades conyugales que, al 01 de enero de 2021, sean iguales o superiores a dos millones de dólares.

Por otra parte, la Ley, además, crea la Contribución Temporal sobre el Patrimonio de las Sociedades, que grava en 0.8% a aquellos patrimonios netos existentes al 31 de diciembre de 2020, que sean iguales o superiores a cinco millones de dólares.

El artículo 5, inciso tercero, de la Ley Orgánica para el Desarrollo Económico y Sostenibilidad Fiscal tras la pandemia COVID 19,<sup>139</sup> señala que, a estos efectos, el patrimonio se entiende conformado por los activos menos los pasivos que sean directa o indirectamente de propiedad del sujeto pasivo a través de cualquier figura jurídica, y añade que los activos se conforman por todo derecho real y personal de titularidad de este último. Corresponde entonces dilucidar si las criptomonedas que no constituyen otra cosa que información cifrada mediante algoritmos, se entienden o no incluidas dentro de la categoría de derechos reales o dentro de la categoría de derechos personales, y, por tanto, parte integrante del patrimonio según la Ley en estudio.

---

**137.** Ecuador, *Resolución No. NAC-DGERCGC14-00787 que expide los porcentajes de retención en la fuente de Impuesto a la Renta*, 2 de octubre de 2014. Registro Oficial 346, Tercer Suplemento. Art. 2.

**138.** Esta anotación merece mayor análisis en trabajos posteriores, respecto al esclarecimiento sobre si las criptomonedas constituyen o no derechos representativos de capital en los términos de la Resolución No. NAC-DGERCGC14-00787, en concordancia con el artículo enumerado luego del artículo 7 del Reglamento para la aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno.

**139.** Ecuador, *Ley Orgánica para el Desarrollo Económico y Sostenibilidad Fiscal tras la pandemia COVID 19*, 29 de noviembre de 2021, Registro Oficial 587, Tercer Suplemento. Art. 5.

En cuanto a los derechos personales, atendiendo a la definición dada por el artículo 596 del Código Civil,<sup>140</sup> siendo estos derechos los créditos que solo pueden ser reclamados de ciertas personas, se descarta que las criptomonedas se comprendan dentro de esta figura en particular. Respecto a los derechos reales, a nuestro fin resulta relevante analizar el derecho de dominio, en virtud de la aparente propiedad que sobre las criptomonedas ejercen sus adquirentes; así, el derecho de dominio, según el artículo 599 del Código Civil,<sup>141</sup> es el derecho real sobre una cosa corporal para gozar y disponer de ella. Sin hallarse en discusión la premisa de que las criptomonedas no son cosas corporales, se descarta la idea de que sobre ellas pueda ejercerse un derecho real.

Como se expone, en rigor, atendiendo a los términos en que ha sido redactada la Ley Orgánica para el Desarrollo Económico y Sostenibilidad Fiscal tras la pandemia COVID 19, las criptomonedas no calificarían como parte integrante del patrimonio de personas naturales o de sociedades; empero, siendo incontrovertible que toda criptomoneda constituye un activo —particularmente, un activo digital— y, en virtud de que el patrimonio llamado a declarar por la Ley en análisis, corresponde a todo activo que se posea bajo cualquier forma jurídica, el contribuyente sí se encuentra obligado a declarar su existencia junto con los demás bienes así como a cumplir con su deber de tributación, siempre que sobrepase el umbral fijado como base imponible. En este caso, para la declaración correspondiente deberá tomarse el valor de mercado que la criptomoneda tuviere a la fecha en que deba declararse, salvando el criterio ya expuesto, más bien, en el valor de su adquisición.

### **Criptomonedas como un activo localizado en el exterior**

Especial atención merece el Libro II de la Ley Orgánica para el Desarrollo Económico y Sostenibilidad Fiscal tras la pandemia COVID 19, que crea el Impuesto Único y Temporal para la Regularización de Activos en el Exterior, aplicable a personas naturales y sociedades que de manera voluntaria decidan acogerse a este régimen impositivo, que comprende a los residentes fiscales en Ecuador que con corte al 31 de diciembre de 2020, hayan mantenido en el exterior activos de cualquier clase, incluyendo pero sin limitarse a dinero, muebles o inmuebles, derechos representativos de capital, derechos de beneficiario o derechos fiduciarios, inversiones monetarias o no monetarias, cuyo origen hayan sido ingresos gravados con impuesto a la renta en Ecuador, incluidos los ingresos que podrían haberse determinado por el Servicio de Rentas Internas aplicando las normas relativas al incremento patrimonial no justificado. La base imponible de este impuesto es el monto total de dichos activos, y la tarifa irá en aumento del 3.5 al 4.5 y al 5.5 %, en función de si la declaración y pago del impuesto se produce hasta el 31 de marzo, 30 de junio o 31 de diciembre de 2022, en ese orden. Tratándose de la sujeción voluntaria a un régimen impositivo, de acuerdo con el artículo 18 de la Ley,<sup>142</sup> el hecho generador es la presentación por parte del sujeto pasivo de una declaración juramentada rendida sobre los activos, rentas, bienes o transacciones efectuadas en el exterior. Corresponde entonces dilucidar si, a la luz de la naturaleza jurídica atribuida a las criptomonedas en el presente estudio, estas se entienden o no parte de la categoría de activos en el exterior que la norma llama a regularizar.

El artículo 15 de la Ley Orgánica para el Desarrollo Económico y Sostenibilidad Fiscal, tras la pandemia COVID 19,<sup>143</sup> hace una lista de lo que abarca la categoría de activos mantenidos en el exterior sujetos a regularización y consecuente tributación. En la enumeración, incluye a las inversiones no monetarias cuyo origen hayan sido ingresos gravados con impuesto a la renta en Ecuador, también con los ingresos que podrían haberse determinado por el Servicio de Rentas Internas, aplicando las normas relativas al incremento patrimonial no justificado. En este sentido, teniendo en cuenta lo previamente anotado sobre la naturaleza de las criptomonedas, enfáticamente distinta a la de las monedas propiamente dichas, es importante notar que la norma califica como un activo en el exterior no solamente a las inversiones monetarias sino también a las no monetarias e incluso a los ingresos considerados como incremento patrimonial no justificado; con lo que las criptomonedas quedarían, por principio, comprendidas dentro de la categoría de los activos sujetos a regularización. Esto ocurre así, solo por principio, porque ya en un contra examen, pese a que una criptomoneda puede calificarse como un activo según esta Ley, no puede, sin embargo, dar por cumplida sin

<sup>140.</sup> Ecuador, *Código Civil*. Art. 596.

<sup>141.</sup> Ecuador, *Código Civil*. Art. 599.

<sup>142.</sup> Ecuador, *Ley Orgánica para el Desarrollo Económico y Sostenibilidad Fiscal tras la pandemia COVID 19*. Art. 18.

<sup>143.</sup> Ecuador, *Ley Orgánica para el Desarrollo Económico y Sostenibilidad Fiscal tras la pandemia COVID 19*. Art. 15.

problema la condición de hallarse ubicada en el exterior, pues resulta incontrovertible en el orden técnico, que mientras la criptomoneda esté guardada dentro de una *wallet* o monedero virtual, no presenta ubicación geográfica alguna. Iñigo Egea Pérez, al respecto, ha dicho:

La segunda cuestión que se plantea es si se puede entender que los bitcoins y resto de criptomonedas se encuentran o no en el extranjero. De nuevo, si se tiene en cuenta que, técnicamente, los bitcoins y demás monedas virtuales constituyen una anotación en un libro de contabilidad digital de carácter global, cuya localización territorial resulta indefinida, nos encontramos ante una cuestión controvertida. De esta forma, se podría argumentar: (i) que, realmente, los bitcoins, no están localizados en ningún territorio o en todos a la vez (...) <sup>144</sup>

Asimismo, si fuera el caso de que las criptomonedas se almacenaren, ya no en una billetera caliente –que es como se conoce a los monederos virtuales- sino en una billetera fría, es decir, en un dispositivo duro que se halle en posesión de su dueño, resulta que las criptomonedas ya tendrían una ubicación concreta dentro del territorio ecuatoriano y no en el exterior.

A continuación, el artículo 21 de la Ley en comentario, <sup>145</sup> al hacer el señalamiento categórico de cuáles son los activos, rentas, bienes y transacciones que deberán ser tenidos en cuenta para el cálculo de la base imponible de este impuesto temporal, dispone que cuando los ingresos se hayan percibido o estén valorados en moneda extranjera, deberá realizarse su conversión a dólares de los Estados Unidos de América, utilizando el valor de cambio vigente a la fecha en que tenga lugar la declaración, con lo que la norma deja prevista la forma en que deberán declararse aquellas inversiones de carácter monetario. Pero nada dice, sin embargo, sobre la forma de declaración de aquellas de carácter no monetario. No obstante, lo dicho, resulta lógico que para la declaración de criptomonedas deba también convertirse su valor a dólares, tomando para ello el precio que a la fecha de declaración registre la criptomoneda objeto de tributación.

Por su parte, el artículo 23 inciso segundo de la Ley, <sup>146</sup> ordena que el dinero ubicado en el exterior que no se encuentre en ninguna institución financiera, deba ser depositado de manera previa a la presentación de la declaración juramentada. Salvando la objeción ya realizada, en el sentido de que una criptomoneda no constituye dinero propiamente dicho, la norma citada obligaría al contribuyente a retirar su inversión como requisito para efectuar la declaración. En virtud de la inconveniencia que ello implica, resulta sumamente complejo que el contribuyente cumpla la disposición, convirtiéndose esta en una norma de difícil aplicación.

Es importante tener en cuenta que de acuerdo al artículo 25 de la Ley, <sup>147</sup> la sujeción voluntaria a este régimen impositivo tiene por efecto que respecto de los bienes efectivamente declarados, la administración tributaria dé por cumplidas las obligaciones fiscales de Impuesto a la Renta e Impuesto a la Salida de Divisas; en contrapartida, los bienes, activos o rentas en el exterior que no fueren declarados o que, habiendo sido declarados, el impuesto causado no hubiere sido cubierto hasta el 31 de diciembre de 2022, quedarán fuera de este régimen especial y sujetos al régimen general de Impuesto a la Renta e Impuesto a la Salida de Divisas. En tal virtud, atendiendo al valor de la tarifa del Impuesto a la Renta en comparación con la fijada para el Impuesto Único y Temporal para la Regularización de Activos en el Exterior, resulta manifiesto el beneficio que le significaría al contribuyente declarar sus criptomonedas como un activo en el exterior, incluso hasta el 31 de diciembre de 2022. No hay que olvidar que, respecto a los activos, bienes, rentas y transacciones cuya información no hubiere sido entregada, el sujeto pasivo quedará por su parte obligado al pago de las multas e intereses a que hubiera lugar, además de la eventual determinación de responsabilidades penales en su contra.

---

**144.** Iñigo Egea Pérez-Carasa, "Tratamiento Tributario del Bitcoin y demás Criptomonedas", Cuatrecasas, 2018, 160-1, <https://www.cuatrecasas.com/es/latam/articulo/tratamiento-tributario-del-bitcoin-y-demas-criptomonedas>.

**145.** Ecuador, *Ley Orgánica para el Desarrollo Económico y Sostenibilidad Fiscal tras la pandemia COVID 19*. Art. 21.

**146.** Ecuador, *Ley Orgánica para el Desarrollo Económico y Sostenibilidad Fiscal tras la pandemia COVID 19*. Art. 23.

**147.** Ecuador, *Ley Orgánica para el Desarrollo Económico y Sostenibilidad Fiscal tras la pandemia COVID 19*. Art. 25.

## Conclusión

El ordenamiento jurídico vigente en el Ecuador prohíbe toda transacción efectuada con moneda y dinero que no esté expresado en dólares de los Estados Unidos de América. A la fecha actual, a pesar de hallarse explícitamente proscritas las operaciones con criptomonedas en nuestro país, los ingresos percibidos como resultado de su utilización y manejo sí deben ser objeto de tributación pues la norma así lo dispone; para determinar cuáles son los tributos que de forma específica gravan a determinada operación, deberá tenerse en cuenta la naturaleza de la actividad ejecutada y remitirse al marco regulatorio previsto en la Ley de Régimen Tributario Interno, la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador y la Ley Orgánica para el Desarrollo Económico y Sostenibilidad Fiscal tras la pandemia COVID 19, como cuerpos normativos aplicables a la materia en estudio.

Es incontrovertible la necesidad de que el Estado emita regulación tendiente a proteger a los consumidores y a prevenir el cometimiento de delitos, entre otros, de estafa y lavado de activos. Orientada a controlar la emisión de dinero privado y salvaguardar la política monetaria y la estabilidad financiera del país, la regulación que así se emita debe cuidarse de no desincentivar la transformación digital y el uso de tecnologías nuevas, procurando más bien su fomento, en la forma en que ya se lo está haciendo en legislaciones de países más desarrollados.

## Bibliografía

Barroilhet Díez, Agustín. "Criptomonedas, economía y derecho". Revista Chilena de Derecho y Tecnología, 2019: 31.

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

\_\_\_\_. Código Orgánico Monetario y Financiero. Registro Oficial 332, Segundo Suplemento, 12 de septiembre de 2014.

\_\_\_\_. Ley de Régimen Tributario Interno. Registro Oficial 463, Suplemento, 17 de noviembre de 2004.

\_\_\_\_. Ley Orgánica para el Desarrollo Económico y Sostenibilidad Fiscal tras la pandemia COVID 19. Registro Oficial 587, Tercer Suplemento, 29 de noviembre de 2021.

\_\_\_\_. Reglamento para la aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno. Registro Oficial 209, Suplemento, 8 de junio de 2010.

\_\_\_\_. Resolución No. NAC-DGERCGC14-00787 que expide los porcentajes de retención en la fuente de Impuesto a la Renta. Registro Oficial 346, Tercer Suplemento, 2 de octubre de 2014.

España. Ley 35/2006, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (BOE núm. 285 de 29 de noviembre de 2006).

España Secretaría General de Operaciones Financieras. *Consulta No. V0999-18*. España: Secretaría General de Operaciones Financieras, 2018.

La Hora. "Gobierno apunta a regular el uso de criptomonedas en Ecuador". La Hora, 1 de febrero de 2022. <https://www.lahora.com.ec/pais/gobierno-regulara-uso-criptomonedas/#:~:text=Seg%C3%BAn%20el%20gerente%20del%20Banco,como%20monedas%20de%20curso%20legal>.

Menéndez, Ángela. "EXCLUSIVA: Banco Central asegura que Ecuador reglamentará el uso de criptomonedas este año". Bloomberg Línea, 31 de enero de 2022. <https://www.bloomberglinea.com/2022/01/31/exclusiva-banco-central-asegura-que-ecuador-reglamentara-el-uso-de-criptomonedas-este-ano/>

Pérez Carasa, Iñigo Egea. "Tratamiento tributario del bitcoin y demás criptomonedas". Cuatrecasas, 2018. <https://www.cuatrecasas.com/es/latam/articulo/tratamiento-tributario-del-bitcoin-y-demmas-criptomonedas>.



# Despenalización del Aborto en el Ecuador: una mirada a la actuación de la Corte, el Presidente y la Asamblea Nacional

María Emilia Merchán Moscoso  
María Angélica López Moscoso

## Resumen

Este artículo realiza un análisis de la evolución sobre el aborto en el Ecuador, desde sus inicios en el derecho penal ecuatoriano, marcado por momentos clave en los años 2004, 2007 y 2013, hasta el presente. Para ello se tendrá como referente la sentencia de la Corte Constitucional Nro. 34-19-IN/21 y Acumulados, que declara la inconstitucionalidad del aborto en casos de violación. Fallo histórico, que representa una conquista para el proceso de lucha de los movimientos feministas por reivindicar los derechos de las mujeres en todos los espacios donde han sufrido y sufren vulneraciones, además de constituir un paso trascendental en el camino por un aborto digno, libre y seguro. A partir de este fallo, se dio lugar a un debate de ley para la interrupción voluntaria del embarazo en casos de violación, que, si bien llega a entrar en vigencia, no lo hace cumpliendo los estándares que establece la sentencia. Al día de hoy se tiene una ley restrictiva en derechos, que, además, surgió de una imposición del Ejecutivo y no precisamente de la deliberación parlamentaria. En lo posterior, tendrá que ser la ciudadanía quien emplee los mecanismos necesarios para impulsar el control de constitucionalidad ante la Corte.

## Abstract

This article analyzes the evolution of abortion in Ecuador, from its beginnings, defined by key moments in the years: 2004, 2007 and 2013, to where we are now. The ruling of the Constitutional Court "No. 34-19-IN/21 y Acumulados", which decriminalizes abortion in cases of rape, will be taken as a reference. This historic ruling represents a victory for the process of struggle of feminist movements to vindicate the rights of women in all areas where they have suffered and suffer violations, in addition to being a transcendental step on the road to a safe, timely, affordable and respectful abortion. As a result of this ruling, a law for the voluntary interruption of pregnancy in cases of rape was debated, which, although it came into force, it did not comply with the standards established in the ruling. Today we have a law restrictive in rights, which, moreover, arose from an imposition of the Executive and not precisely from parliamentary deliberation. So, in the future, it will have to be the citizens who will have to use the mechanisms to promote constitutional control before the Court.

## Palabras clave

Aborto por violación, proyecto de ley, lucha feminista, derechos sexuales y reproductivos, Ejecutivo, deliberación parlamentaria.

## Key Words

Abortion in case of rape, law project, sexual and reproductive rights, deliberation, the Executive, parliamentary deliberation.

## Introducción

Las leyes vigentes alrededor de la penalización del aborto en Ecuador se han mantenido desde 1938. Su última modificación se configuró en la Sentencia Nro. 34-19-IN/21 y Acumulados emitida por la Corte Constitucional, donde se declaró inconstitucional el numeral 2 del Art. 150 del Código Orgánico Integral Penal -en adelante COIP, haciendo posible el aborto en casos de violación. Este fallo constituyó un paso histórico para la Corte y una conquista trascendental por parte de los movimientos feministas en su lucha por lograr que el Estado, como garante de los derechos de las personas, sea el que brinde todas las condiciones necesarias para que las mujeres que decidan abortar por ser víctimas de violación tengan acceso digno y seguro al sistema de salud.

Desde luego, esto ha sido resultado de las luchas de los movimientos feministas a lo largo de la historia por conseguir que el Estado responda a los intereses y derechos de las mujeres dentro del marco de una sociedad patriarcal; de ahí que, se pueden destacar tres momentos claves que sirvieron como vehículo para la despenalización del aborto: 2004 con el surgimiento de grupos provida ante la amenaza de eliminar los métodos anticonceptivos; 2007, con la presentación de un proyecto ley que pretendía ampliar las causales por aborto; y, finalmente, 2013 cuando se debatió la aprobación del Código Orgánico Integral Penal. Esta discusión ha sentado las bases para lo que constituyó la despenalización del aborto por violación en el país.

La Corte Constitucional dentro de su sentencia otorgó un plazo de dos meses a la Defensoría del Pueblo para que con la participación de la ciudadanía, pudieran establecer un potencial marco regulatorio respecto a la interrupción voluntaria del embarazo en casos de violación; proyecto de ley que pasó a ser analizado en el Parlamento y discutido en dos debates, en los que se trataron puntos centrales del proyecto, tales como: la objeción de conciencia, requisitos para que pueda practicarse un aborto, y la temporalidad. Sin embargo, el Parlamento estuvo lejos de cumplir con los estándares mínimos de deliberación que se requerían en un tema de tal trascendencia social, como lo es la interrupción voluntaria del embarazo en víctimas de abuso sexual.

El proyecto de ley una vez aprobado en la Asamblea con ciertas dificultades y deficiencias en la fundamentación argumentativa, pasó al Ejecutivo, quien, al disponer de amplias facultades reconocidas constitucionalmente, tenía varias alternativas sobre el texto: la primera era la sanción, la segunda, la objeción total o parcial; y, la tercera, objeción por inconstitucionalidad. En este caso, se trató de una objeción parcial, en la que además el presidente modificó en más de un 70% el proyecto presentado por el Legislativo, bajo el argumento de que el mismo iba en contra de la Constitución de la República, principalmente en relación al principio de igualdad y no discriminación. De ahí que, el procedimiento idóneo que debía seguir era la objeción por inconstitucionalidad.

Dicha objeción, cabía toda vez que el proyecto de ley atentaba contra los derechos sexuales y reproductivos, e integridad de las mujeres, puesto que establecía plazos restrictivos. Pese a ello, el proyecto alternativo del Presidente entró en vigencia por el ministerio de la ley, siendo aún más restrictivo que el texto de la Asamblea. Consecuentemente quienes sentirán el impacto de las restricciones serán las mujeres, adolescentes, y niñas víctimas de violencia sexual, pues, su cuerpo sigue siendo objeto de decisión estatal.

## Antecedentes

En la historia del Estado ecuatoriano, el aborto ha sido penado desde 1837 hasta la actualidad, lo que supone un estigma al cuerpo de las mujeres. Hoy en día, las condiciones son diferentes de aquellas desde hace ya ciento ochenta y cinco años, fecha en que data el primer Código Penal, conocido como el Código Penal de Vicente Rocafuerte<sup>1</sup>, periodo dentro del cual la pena ni siquiera era impuesta sobre la mujer, ante el hecho de que no se la consideraba como sujeto titular de derechos y obligaciones. Con la entrada en vigencia en 1938 el Código Penal del General Alberto Enríquez Gallo<sup>2</sup>, trajo consigo cambios significativos respecto al tema del aborto; en primer lugar, el bien jurídico que se protegía era la vida y ya no la familia como célula central de la sociedad. En segundo, se establecía la despenalización del aborto en las siguientes causales: cuando se encontrare en riesgo la salud o la vida de la madre y en caso de violación a una mujer demente o idiota. En esa misma línea, la Constitución de 1967 en su Art. 30 establecía que: "el Estado protegerá al hijo desde la concepción y protegerá también a la madre"<sup>3</sup>. Finalmente, en 2014 toma lugar el Código Orgánico Integral Penal<sup>4</sup>, en aras de dotar al país de un nuevo cuerpo normativo adaptado a las concepciones modernas, sin embargo, como un asunto meramente de criterio político por la acepción que se le otorgaba a la expresión "mujer demente o idiota", se la modifica por "una mujer que padezca de discapacidad mental"<sup>5</sup>.

Todo este antecedente motivó al movimiento feminista, como "un movimiento plural y crítico"<sup>6</sup>, que cuestiona el rol que juega el Estado como precursor de la condición de subordinación y desigualdad en el que se encuentran las mujeres, a proponer la deconstrucción del sistema patriarcal en el que vivimos, en tanto este establece relaciones de poder rígidas y difíciles de superar. Durante el siglo XIX la lucha del movimiento feminista radicó principalmente en la lucha sufragista. Para el siglo XX se centraría en la igualdad de derechos, teniendo como eje central la obra el "El segundo sexo" de Simone de Beauvoir, quien critica el trasfondo de la ideología que impulsa a las mujeres a la maternidad dentro de condiciones que son de abierta subordinación, sobre todo en las sociedades occidentales<sup>7</sup>. En este contexto, la igualdad de derechos se presentó en conformidad al interés social que se pretendía conseguir, por ejemplo, los derechos de reproducción y sexualidad, el intervencionismo del Estado en la familia, el matrimonio igualitario, el hecho de la sobrerrepresentación de la masculinidad hegemónica en sociedades capitalistas, etc.<sup>8</sup>

En esas coordenadas, la situación actual sobre el tema del aborto en el Ecuador es resultado de un sistema institucionalizado de salud patriarcal, con una fuerte connotación religiosa desde sus inicios y que sigue presente hoy en día. La religiosidad a nivel social constituye un poder de dominación, es de carácter política la cual, mantiene una narrativa conservadora que se encuentra presente en las acciones público-políticas del Estado. Como consecuencia, se genera un activismo por parte de los movimientos feministas en la lucha por crear formas alternativas de poder enfocadas en la ideología de género<sup>9</sup>.

Aun cuando la Constitución declara al Estado como secular, el mismo impone restricciones y decide sobre el cuerpo de las mujeres bajo discursos religiosos. Es así que el sistema ha priorizado el cuerpo maternal antes que el cuerpo femenino, lo que significa que la protección del cuerpo de las mujeres se encuentra condicionado a su capacidad de reproducción de vida<sup>10</sup>. Como menciona Viteri (2018) "las políticas de cuidado de la vida se han centrado tanto en la salud como en la mortalidad materna, y han dejado de lado la mortalidad de aquellas que eligieron no ser madres"<sup>11</sup>.

---

1. Código Penal de la República del Ecuador, Legislatura de 1837, 14 de abril de 1837.

2. Código Penal de la República del Ecuador, 22 de marzo de 1938.

3. Constitución Política del Ecuador, Registro Oficial No. 133, 26 de mayo de 1967, art. 30.

4. Código Orgánico Integral Penal, Ecuador, Registro Oficial Suplemento No. 180, 10 de febrero del 2014.

5. Silvia Buendía, "El aborto en la historia penal del Ecuador", Wambra, 29 de julio de 2019, <https://wambra.ec/el-aborto-en-la-historia-penal-del-ecuador/>

6. Justa Montero, "Feminismo: un movimiento crítico", *Psychosocial Intervention* 13, n.o. 2, (2006): 167-180, [http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1132-05592006000200004&lng=es&tlng=es](http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1132-05592006000200004&lng=es&tlng=es)

7. Simone Beauvoir, *El segundo sexo*, (Buenos Aires: Siglo Veinte, 1968)

8. Rosa Cobo Bedia, *Aproximaciones a la teoría crítica feminista*, (Lima: Tarea Asociación Gráfica Educativa, 2014) <https://cladem.org/wp-content/uploads/2018/11/aproximaciones-a-la-teoria-critica.pdf>

9. María Soledad Varea Viteri, *El aborto en Ecuador: sentimientos y ensamblajes*, (Quito: FLACSO Ecuador, 2018)

10. Susana Rance, "Maternidad segura, aborto inseguro: impacto de los discursos en las políticas y en los servicios". (Ponencia Saúde reproductiva na América Latina e no Caribe: temas e problemas, São Paulo, 1998)

11. *Ibid*

Con ese antecedente se puede decir que existen dos esferas de debate sobre el aborto. En la primera se encuentran los debates que nacen de la crítica feminista, donde se involucran entes públicos y privados que discuten los derechos relacionados a la integridad física, así como las limitaciones que comprende el ser mujer dentro de un Estado patriarcal. La segunda, se trata de los debates entre aquellos grupos religiosos versus las disciplinas médicas en cuanto a la determinación de cuándo inicia la vida.

Las manifestaciones más importantes sobre el aborto en el país sucedieron en tres ocasiones, en contextos diferentes. La primera, ocurrió en el 2004 cuando estaba en discusión el Proyecto Integral de Salud y el uso de métodos anticonceptivos; posteriormente en 2007, con la consulta popular que daría lugar a la Constitución del 2008 a través de Asamblea Constituyente; y, por último, en 2013, los debates que surgieron alrededor del COIP.

Así, en 2004 llegó al país un nuevo método anticonceptivo, la píldora de emergencia, convirtiéndose en un motivo de debate y descontento de los movimientos conservadores quienes no tardaron en mediar acciones públicas ante el Ministerio de Salud con el objetivo de dejarla fuera del mercado. Aquello, colocó al aborto como prioridad para la agenda feminista, tema que inicialmente no lo era. A partir de ese momento existió un gran activismo por parte de grupos juveniles feministas, se generaron debates a nivel nacional que terminaron materializándose en propuestas de ley, donde se desarrollaban ideas respecto a la necesidad de la despenalización del aborto<sup>12</sup>.

Posteriormente, en 2007, dentro de la última discusión de la Asamblea Constituyente en Montecristi ocurre el siguiente debate. Al existir gran representatividad de personas de la sociedad que antes no formaban parte de la escena política, se abrió el espacio para que trataran sobre temas de género<sup>13</sup>. Nuevamente, movimientos feministas luchan por la reivindicación de derechos e intereses comunes relacionados con la violencia de género, la comunidad LGBTI y penalización del aborto. Se planteó ante la Asamblea un proyecto ley que trataba la ampliación de las causales por aborto, sin embargo, durante este periodo el gobierno de Rafael Correa se mostró como fuerte opositor, además de haber mantenido relación con influyentes religiosos, por lo que las iniciativas feministas no prosperaron. A pesar de ello, la despenalización del aborto tomó relevancia dentro de la esfera pública, esto incentivó a la creación de alianzas estratégicas, colectivos y mostró un mayor desarrollo sobre los temas de salud sexual y reproductiva<sup>14</sup>.

En el año 2013 la Asamblea aprobó el proyecto del COIP que nació como propuesta del Ejecutivo. Rafael Correa prácticamente reprodujo el mismo cuerpo normativo vigente, el cual respecto al aborto mantenía los mismos artículos desde hace más de cuatro décadas, con la única excepción de que ahora en su Art. 150 ya no se hacía referencia a la mujer “demente” o “idiota” sino “que padezca de discapacidad mental”. Dentro del debate únicamente dos asambleístas propusieron un fallo a favor de la despenalización del aborto, para después ser sancionados por el Movimiento Alianza País<sup>15</sup>. Como muestra de apoyo a la propuesta se llevó a cabo la campaña YoSoy65 para demostrar que alrededor del 65% de la población ecuatoriana se encontraba a favor de la despenalización del aborto por caso de violación. Sin embargo, a inicios del 2015 entró en vigencia por medio de Decreto Ejecutivo el Plan Nacional de Fortalecimiento de la Familia, mismo que duró hasta el 2017 a pesar de las fuertes críticas que se mantuvieron ante el incremento del embarazo en niñas y adolescentes<sup>16</sup>.

12. Hoy, “Debate sobre la píldora de emergencia pasa a lo legal”, 18 de noviembre de 2004, sección A, 6.

13. Sofía Argüello, “El proceso de identificación de la sexualidad. Identificaciones y marcos de sentido de la acción colectiva”. *Revista Mexicana de Sociología*, n.o 75, (2019): 173-200, <http://www.revistas.unam.mx/index.php/rms/article/view/36868/33385>

14. Sofía Zaragocin et al., “Mapeando la criminalización del aborto en Ecuador”, *Revista de Bioética y Derecho*, n.o 43 (2018): 109-125, [https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1886-58872018000200009](https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1886-58872018000200009)

15. María Soledad Varea Viteri, *El aborto en Ecuador: sentimientos y ensamblajes*, (Quito: FLACSO Ecuador, 2018)

16. *Ibid*

## **La Corte Constitucional y la sentencia No. 34-19-IN/21 sobre la despenalización del aborto en casos de violación**

El 29 de mayo de 2021, la Corte Constitucional finalmente emitió lo que al día de hoy constituye un fallo histórico en la lucha de las mujeres y movimientos feministas del Ecuador. En dicho fallo la Corte procede a analizar la constitucionalidad de los Arts. 149 y 150 del COIP, y declaró como inconstitucional la frase “de una mujer que padezca de discapacidad mental” prevista en el numeral 2 del Art. 150 del COIP, en los casos de penalización del aborto por violación.

En primer lugar, es importante mencionar que la Corte se ha hecho cargo de un problema social trascendental que no había tenido el eco necesario en el órgano democrático (Asamblea Nacional). Es decir, la Corte, en lo que podría entenderse como una pugna de poderes, asumió competencias propias de la Asamblea como órgano de carácter representativo y legítimo creado por la Constitución para “expedir, codificar, reformar, y derogar las leyes, e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio”<sup>17</sup>.

En dicha sentencia, el juicio de ponderación destacó como uno de los parámetros que la Corte utilizó a fin de determinar si la sanción penal para mujeres víctimas de violación sexual que no padezcan de discapacidad mental, era proporcional a la pena impuesta y si se encontraba en concordancia con la Constitución, respondiendo a cuatro criterios de análisis: finalidad constitucionalmente válida, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido, para finalmente concluir que “la sanción penal impuesta a las víctimas de violación, que no padecen una discapacidad mental, no es proporcional y por tanto es inconstitucional”<sup>18</sup>.

Adicionalmente, a lo largo de la sentencia la Corte es enfática en sostener que la maternidad forzada de víctimas de violación atenta, entre otros derechos, la integridad física de la mujer en tanto transgrede la libre disposición, autonomía, control y goce de su cuerpo, su derecho al libre desarrollo de la personalidad y de autodeterminación como la facultad de decidir respecto de su vida sexual y reproductiva. Además, el hecho de que el Estado opte por el poder punitivo como el medio más lesivo para las mujeres que voluntariamente interrumpen su embarazo sin tener una discapacidad mental, las coloca en un estado de discriminación grave que las revictimiza, y aún peor, restringe y priva del efectivo goce de sus derechos fundamentales. Al mismo tiempo que promueve la idea de que la mujer que opta por ser madre es digna de protección estatal, al cumplir con el destino manifiesto que se espera como un instinto natural de su ser, que en consecuencia provoca que las mujeres que no desean ser madres se vean como seres egoístas e incompletos.

Es entonces al Estado, esencialmente al Parlamento, que constituye órgano democrático y de representación popular, al que le corresponde la deliberación de cuestiones sociales trascendentales, como es el caso del aborto por violación; empero, cuando este órgano de representación es ausente, es la Corte Constitucional quien se ve obligada a responder ante la exigencia de derechos por parte de la ciudadanía. Sin duda, la sentencia de la Corte ha sido posible gracias al protagonismo de los movimientos feministas, quienes, a lo largo de los años, han insistido de manera que los derechos de las mujeres sean materializados y no únicamente enfocados hacia la esfera formal.

## **La Corte Constitucional y una remisión en clave democrática a la Asamblea Nacional sobre el proyecto de ley**

La Corte Constitucional dentro de la sentencia indicada estableció un plazo de dos meses para que la Defensoría del Pueblo, con la ayuda de la participación ciudadana y órganos del Estado, proceda a elaborar un proyecto de ley, y establezca un potencial marco regulatorio para la interrupción voluntaria del embarazo en niñas, adolescentes y mujeres, víctimas de violencia sexual. Además, indicó que constituía un deber de la Asamblea Nacional discutirlo “con los más altos estándares de deliberación democrática y respetando los criterios establecidos en esta decisión”<sup>19</sup>, en un plazo de máximo seis meses desde la presentación del proyecto de ley.

---

17. Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial No. 449, 20 de octubre de 2008, art. 120, numeral 6.

18. Corte Constitucional, “Sentencia No. 34-19-IN y acumulados” de 28 de abril de 2021, pág. 50, punto 159.

19. Corte Constitucional, “Sentencia No. 34-19-IN y acumulados” de 28 de abril de 2021, pág. 50, punto 195.

Así, la Defensora del Pueblo Zaidi Rovira, presentó el proyecto de ley a la Asamblea el 28 de junio de 2021, cumpliendo con los plazos previstos. Sin embargo, desde un primer momento en el Parlamento se presentaron trabas y retrasos, habiendo ya transcurrido seis meses entre el plazo que se presentó el proyecto de ley (28 de junio de 2021) y su tramitación (28 de diciembre de 2021).

El primer debate que se llevó a cabo el 9 de diciembre de 2021 fue analizado por el Observatorio Legislativo<sup>20</sup> en el que se evaluaron los argumentos de los legisladores en función de su veracidad, el mismo mecanismo lo empleó el medio comunitario Wambra Ec, y se determinó que los argumentos o bien podían ser falsos, imprecisos, vagos, indeterminados, verdaderos, o bien podía tratarse de una verdad a medias.

Con estos datos se puede demostrar el defectuoso debate legislativo, cuando se argumenta que “no hay mujeres judicializadas en el Ecuador”, enunciado que es falso, tomando en cuenta los datos aportados por la organización no gubernamental Human Rights Watch que consultó 148 casos entre el periodo 2009-2019, en el que 120 mujeres, entre ellas niñas, fueron judicializadas, además, 20 personas por ser acompañantes y 8 proveedores de salud, de los cuales 38 fueron condenadas a prisión, y 33 eran mujeres y niñas<sup>21</sup>. Después de una serie de argumentos insuficientes, se cerró la sesión y el proyecto pasó nuevamente a manos de la comisión especializada, para la preparación del informe para el segundo debate.

En el segundo debate, nuevamente el nivel de deliberación fue escaso, de ahí que el Observatorio Legislativo a través de un *check-fact* determinó que de veintidós discursos públicos parlamentarios hubieron cinco intervenciones verídicas, cinco verdades a medias, tres imprecisas, una indeterminada y ocho falsas<sup>22</sup>.

La Asamblea, a pesar de no mantener una discusión que se centrara en torno a lo sustancial del proyecto de ley, es decir, garantizar de forma plena el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo a mujeres víctimas de violación, llegó a un acuerdo que ha sido calificado de no ser justo ni reparador en cuanto a la temporalidad de la interrupción; puesto que, el plazo que en un principio se proponía en la Asamblea era de veintiocho semanas para mayores de edad y sin plazo para niñas y personas con discapacidad.

Posteriormente, se los redujo a veinte semanas para las primeras y veintidós para las segundas. Restringiendo aún más los plazos, se propuso una interrupción hasta las dieciséis y dieciocho semanas, propuesta que obtuvo sesenta y seis votos a favor, cuarenta en contra y veinte y siete abstenciones, de un total de ciento treinta y tres asambleístas.<sup>23</sup>

A pesar del escaso consenso en el Parlamento, éste terminó por aprobar en segundo debate el plazo de doce semanas para mayores de edad y dieciocho para mujeres que pertenezcan a grupos vulnerables. Este proyecto se aprobó con setenta y cinco votos a favor, cuarenta y uno en contra y catorce abstenciones.<sup>24</sup> Nótese que, durante las diferentes sesiones de debate que se llevaron a cabo, mujeres feministas negociaban con mínimos, se encontraban atadas de manos, en razón de que derechos de niñas y mujeres corrían el peligro de ser negados una vez más.

20. Observatorio Legislativo y Ciudadanía y Desarrollo. *Checking fact del discurso público parlamentario en el pleno de la Asamblea Nacional del Ecuador | III Informe de la Ley Orgánica para garantizar el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo en caso de violación*. (Quito: Observatorio Legislativo y Ciudadanía y Desarrollo. 2022), pp. 1-14. <https://www.ciudadaniaydesarrollo.org/wp-content/uploads/2022/01/Fact-Checking-Legislativo-Ley-para-garantizar-el-derecho-a-la-interrupci%C3%B3n-voluntaria-del-embarazo-en-caso-de-violacion.pdf>

21. Human Rights Organization. ¿Por qué me quieren volver hacer sufrir? El impacto de la criminalización del aborto en Ecuador. (Estados Unidos de América: Human Rights Watch, 2021).

22. Observatorio Legislativo y Ciudadanía y Desarrollo. *Checking fact del discurso público parlamentario en el pleno de la Asamblea Nacional del Ecuador | V Informe de la Ley Orgánica para garantizar el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo en caso de violación*. (Quito: Observatorio Legislativo y Ciudadanía y Desarrollo. 2022), pp. 1-25. <https://observatoriolegislativo.ec/factchecking/tercer-informe-de-fact-checking-legislativo-copy/>

23. Asamblea Nacional. Sesión Nro. 758 Moción presentada por la Asambleísta Johanna Moreira para aprobar el texto final íntegro del Proyecto de Ley Orgánica que Garantiza la Interrupción Voluntaria del Embarazo para Niñas, Adolescentes y Mujeres en caso de Violación, enviado por la Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado, Votación definitiva. (Quito: Asamblea Nacional, 17 de febrero de 2022)

24. Asamblea Nacional. Sesión Nro. 758. Moción presentada por la Asambleísta Johanna Moreira para aprobar el nuevo texto final íntegro del Proyecto de Ley Orgánica que Garantiza la Interrupción Voluntaria del Embarazo para Niñas, Adolescentes y Mujeres en caso de Violación, con los cambios realizados el 17 de febrero de 2022 Votación definitiva. (Quito: Asamblea Nacional, 17 de febrero de 2022)

Se puede decir entonces, que el texto aprobado en la Asamblea, obvia y omite ciertos principios de aplicación de los derechos tales como, el principio de igualdad y no discriminación, de aplicación directa e inmediata de los derechos, pro homine y progresividad. Es discriminatorio, porque el que se establezcan plazos reducidos en el acceso al aborto, desconoce la realidad de las niñas, adolescentes y mujeres ecuatorianas, dado que las estadísticas demuestran que el 42,9% de las mujeres mayores a dieciocho años no podrán acceder a uno, el 78,6% de las niñas y adolescentes tampoco, así como el 80% de mujeres pertenecientes a pueblos y nacionalidades <sup>25</sup>, esto desde luego, sin tomar en cuenta la "cifra negra"<sup>26</sup>.

El marco regulatorio que constaba de sesenta y tres artículos fue aprobado el 17 de febrero de 2022, y enviado al Ejecutivo para que en un plazo de treinta días sancione o en su defecto lo objete. El presidente, el 15 de marzo se pronunció objetando parcialmente el proyecto, ya que modificó sesenta y un artículos de este, es decir más del 70%, fundamentándose en cuestiones de constitucionalidad, aunque según organismos del propio Ejecutivo insistían en que se trataba de un veto de legalidad.

### **La objeción presidencial al proyecto de ley**

Una vez que la Asamblea remitió al Presidente el proyecto, este presentó un texto alternativo, sobre el que cabe señalar algunas cuestiones; la primera es respecto a los plazos, pues en la objeción se indica que los propuestos por el Legislativo son discriminatorios y no van de acuerdo al principio constitucional de igualdad y no discriminación, por lo que, se terminó por unificar los plazos a doce semanas para mujeres mayores de edad, de la ruralidad, niñas y adolescentes. La objeción desnaturaliza el principio de aplicación de los derechos e incluso lo tergiversa.

La segunda observación, es que en el Art. 3 del texto alternativo, se menciona que toda mujer, niña, adolescente y persona gestante que desee acceder a una interrupción voluntaria del embarazo por caso de violación, lo podrá hacer siempre que cumpla con las condiciones que establece la misma ley. El Art. 20 establece que, aquellas serán; una denuncia, declaración juramentada de la víctima o examen de un médico en el que conste que la persona presenta serios indicios de haber sufrido una violación. Sobre esto se debe señalar que el aborto al ser un medio para alcanzar otros derechos, no puede estar condicionado a la existencia o no de formalidades.

Finalmente, la tercera apreciación es que la objeción si bien encuentra fundamento, en que el proyecto de ley de la Asamblea viola el derecho a la objeción de conciencia, derecho de libertad reconocido en el Art. 66 numeral 12 de la Constitución, se desatiende que este establece que, de ninguna manera su ejercicio podrá menoscabar ni causar daño a las personas.

Por otro lado, cabe hacer dos puntualizaciones en cuanto a la parte formal de la objeción, es decir, el procedimiento que siguió el Ejecutivo para oponerse al proyecto. La primera, es que se debió determinar si es que esta era parcial o total, puesto que, de haber sido total, el proceso hubiera sido distinto, la Asamblea habría tenido que volver a considerar el proyecto después de un año de la objeción y ratificarlo en un debate con las dos terceras partes de sus miembros. La segunda, es que, si la objeción además hubiera sido por inconstitucionalidad, esta hubiera pasado a la Corte Constitucional para que en un plazo de treinta días se pronuncie, y de confirmarse se hubiera procedido a su archivo, pero en el caso de ser parcial se hubiera enviado el proyecto al Legislativo para que realice las enmiendas necesarias y pase a ser sancionado por el Presidente.<sup>27</sup>

---

25. Informe: ¿cuántas sobrevivientes de violación NO accederían a la interrupción del embarazo si se aprueba una Ley con plazos restrictivos?. Surkuna, 11 de febrero de 2022.

26. Hernán Olaeta y Antonella Comba, en *Reflexiones metodológicas: apuntes para una investigación empírica y cualitativa del Delito Económico Organizado*. XI Jornadas de Sociología. Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, (2015). Toman el término acuñado por Marcó del Pont en "Manual de la Criminología, (1986), en el que se refiere a "cifra negra" como la diferencia entre la delincuencia real, de la aparente, esta última dada por instituciones de control social y que no refleja la totalidad de lo que realmente ocurre.

27. Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449, de 20 octubre de 2008, Capítulo Segundo, Sección Tercera, Procedimiento Legislativo, artículos 137-140.

Por el contrario, lo que le siguió a la objeción, fue que la Asamblea Nacional tuvo el plazo de 30 días para optar por una de tres posibilidades; ya sea, insistir en su proyecto inicial; allanarse al del presidente; o no pronunciarse hasta que entre en vigencia el texto alternativo por el ministerio de la ley. La estrategia que se empleó fue enviar la propuesta del Ejecutivo a la Corte Constitucional.

En este escenario, la Corte rechazó resolver el asunto, en razón de que cada órgano tiene sus competencias determinadas, y no le correspondía a la Asamblea activar el control de constitucionalidad previo, de modo que el texto pasó nuevamente a manos del Parlamento; y efectivamente, entró en vigencia por el ministerio de la ley.

Es evidente, que el Ejecutivo es quien ha terminado imponiéndose en el debate, a costa de los derechos de las mujeres y limitando un debate democrático amplio, lo cual demuestra el diseño hiperpresidencialista en el sistema constitucional ecuatoriano.

### **Reflexiones finales**

En la historia del Ecuador el tema alrededor del aborto ha sido olvidado y es gracias a las constantes luchas de los movimientos feministas, quienes han cuestionado el imperante sistema patriarcal y la narrativa sobre la idealización de la maternidad como destino natural y manifiesto de la mujer, que al día de hoy nos encontramos ante lo que constituye una conquista histórica y jurídica por parte de la Corte Constitucional al declarar la despenalización del aborto en casos de violación.

La Corte reivindica este tema, no siendo un deber que le compete sino al Legislativo como el órgano de carácter representativo y legitimado por el poder soberano. Asimismo, asume el poder de control frente a la amenaza de vulneración de los derechos por parte del Parlamento, en tanto le correspondía determinar si la norma legislada que criminaliza a la mujer que aborta al haber sido violada era inconstitucional. Dentro de esta línea, la Corte establece que la medida de penalización que se impone es en exceso gravosa, ya que, la imposición de la maternidad y el embarazo forzoso vulnera los derechos de las mujeres a: decidir sobre sus cuerpo, vida y salud reproductiva, integridad física, su dignidad humana, etc. Así, finalmente la Corte en el ejercicio legítimo de sus funciones a fin de garantizar el reconocimiento, goce y ejercicio de los derechos establecidos en la Constitución, determina despenalizar la interrupción voluntaria del embarazo en mujeres víctimas de violación.

En efecto, la Corte pretendiendo mantenerse dentro los límites democráticos, a través de su sentencia exhortó al Parlamento para que sea este el que regule y propicie la deliberación democrática en un tema de trascendental importancia, como lo es el aborto en casos de violación. A pesar de ello, se ha mantenido ausente en la discusión deliberativa, lo que ha generado que el texto presentado por el Presidente pase a ser ley sin discusión alguna, reforzando el diseño hiperpresidencialista en el Ecuador.

## Bibliografía

Argüello, Sofía. "El proceso de identificación de la sexualidad. Identificaciones y marcos de sentido de la acción colectiva". *Revista Mexicana de Sociología*, n.o 75, (2019): 173-200. <http://www.revistas.unam.mx/index.php/rms/article/view/36868/33385>

Asamblea Nacional. Sesión Nro. 758 *Moción presentada por la Asambleísta Johanna Moreira para aprobar el texto final íntegro del Proyecto de Ley Orgánica que Garantiza la Interrupción Voluntaria del Embarazo para Niñas, Adolescentes y Mujeres en caso de Violación, enviado por la Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado, Votación definitiva*. Quito: Asamblea Nacional, 17 de febrero de 2022.

Asamblea Nacional. Sesión Nro. 758. *Moción presentada por la Asambleísta Johanna Moreira para aprobar el nuevo texto final íntegro del Proyecto de Ley Orgánica que Garantiza la Interrupción Voluntaria del Embarazo para Niñas, Adolescentes y Mujeres en caso de Violación, con los cambios realizados el 17 de febrero de 2022 Votación definitiva*. Quito: Asamblea Nacional, 17 de febrero de 2022. [http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10\\_DWL\\_FL/e2NhcNBlDGE6J2VzY3JpdG8nLCB1d-WlkOidjYThZTlxMC1mN2I2LTQyZjgtOWM4Yi1jNDQxYmJlZWZzMDMucGRmJ30=](http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBlDGE6J2VzY3JpdG8nLCB1d-WlkOidjYThZTlxMC1mN2I2LTQyZjgtOWM4Yi1jNDQxYmJlZWZzMDMucGRmJ30=)

Beauvoir, Simone. *El segundo sexo*. Buenos Aires: Siglo Veinte, 1968.

Buendía, Silvia. "El aborto en la historia penal del Ecuador", Wambra, 29 de julio de 2019, <https://wambra.ec/el-aborto-en-la-historia-penal-del-ecuador/>

Cobo Bedia, Rosa. *Aproximaciones a la teoría crítica feminista*. Lima: Tarea Asociación Gráfica Educativa, 2014.

Hoy. "Debate sobre la píldora de emergencia pasa a lo legal". 18 de noviembre de 2004.

Human Rights Organization. "¿Por qué me quieren volver hacer sufrir?" *El impacto de la criminalización del aborto en Ecuador*. Estados Unidos de America: Human Rights Watch, 2021. ISBN: 978-1-62313-921-6

Montero, Justa. "Feminismo: un movimiento crítico". *Psychosocial Intervention* 13, n.o 2, (2006): 167-180. [http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1132-05592006000200004&lng=es&tlng=es](http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1132-05592006000200004&lng=es&tlng=es)

Observatorio Legislativo y Ciudadanía y Desarrollo. *Checking fact del discurso público parlamentario en el pleno de la Asamblea Nacional del Ecuador |III Informe de la Ley Orgánica para garantizar el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo en caso de violación*. Quito: Observatorio Legislativo y Ciudadanía y Desarrollo. 2022. <https://www.ciudadaniaydesarrollo.org/wp-content/uploads/2022/01/Fact-Checking-Legislativo-Ley-para-garantizar-el-derecho-a-la-interrupci%C3%B3n-voluntaria-del-embarazo-en-caso-de-violacion.pdf>

Observatorio Legislativo y Ciudadanía y Desarrollo. *Checking fact del discurso público parlamentario en el pleno de la Asamblea Nacional del Ecuador |V Informe de la Ley Orgánica para garantizar el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo en caso de violación*. Quito: Observatorio Legislativo y Ciudadanía y Desarrollo, 2022. <https://observatoriolegislativo.ec/factchecking/tercer-informe-de-fact-checking-legislativo-copy/>

Olaeta, Hernan y Comba, Antonella. "Reflexiones metodológicas: apuntes para una investigación empírica y cualitativa del Delito Económico Organizado." *XI Jornadas de Sociología. Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires*. Buenos Aires, 2015. <https://cdsa.aacademica.org/000-061/485>

Rance Susana. "Maternidad segura, aborto inseguro: impacto de los discursos en las políticas y en los servicios". Ponencia Saúde reproductiva na América Latina e no Caribe: temas e problemas, São Paulo, 1998.

Surkuna.org. Informe: *¿cuántas sobrevivientes de violación NO accederían a la interrupción del embarazo si se aprueba una Ley con plazos restrictivos?*. Surkuna, 2022. <https://surkuna.org/informe-cuantas-sobrevivientes-de-violacion-no-accederian-a-la-interrupcion-del-embarazo-si-se-aprueba-una-ley-con-plazos-restrictivos/>

Varea Viteri, María Soledad. *El aborto en Ecuador : sentimientos y ensamblajes*. Quito: FLACSO Ecuador, 2018. <https://biblio.flacsoandes.edu.ec/libros/digital/57676.pdf>

Zaragocin, Sofía., Cevallos, María Rosa., Falanga, Guglielmina., Arrazola, Iñigo., Ruales, Gabriela., Vera, Verónica, y Amanda Yopez. "Mapeando la criminalización del aborto en Ecuador", *Revista de Bioética y Derecho*, n.o 43 (2018): 109-125, [https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1886-58872018000200009](https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1886-58872018000200009)

### **Normas legales y jurisprudencia**

Ecuador. Código Penal de la República del Ecuador, 14 de abril de 1837.

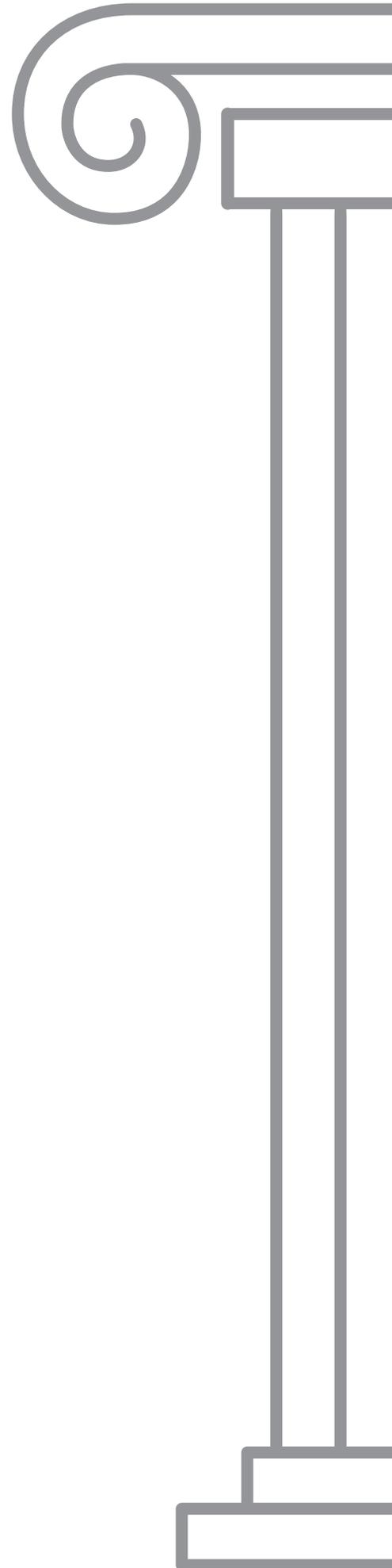
Ecuador. Código Penal de la República del Ecuador, 22 de marzo de 1938.

Ecuador. Constitución Política del Ecuador, Registro Oficial No. 133, 26 de mayo de 1967.

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

Corte Constitucional, " Sentencia No. 34-19-IN y Acumulados" de 28 de abril de 2021. [http://es-acc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10\\_DWL\\_FL/e2NhcBldGE6J3RyYW1pdGUnLCB1d-WlkOidiZGE2NDE0YS1jNDI1LTQzMGMtYWVini1jYjY0ODQ1YTQ2NWUucGRmJ30=](http://es-acc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcBldGE6J3RyYW1pdGUnLCB1d-WlkOidiZGE2NDE0YS1jNDI1LTQzMGMtYWVini1jYjY0ODQ1YTQ2NWUucGRmJ30=)











UNIVERSIDAD  
DEL AZUAY

Casa   
Editora



[www.udalawreview.uazuay.edu.ec](http://www.udalawreview.uazuay.edu.ec)  
[udalawreview@uazuay.com.ec](mailto:udalawreview@uazuay.com.ec)

 UDA Law Review

 UDA Law Review

 UDA Law Review