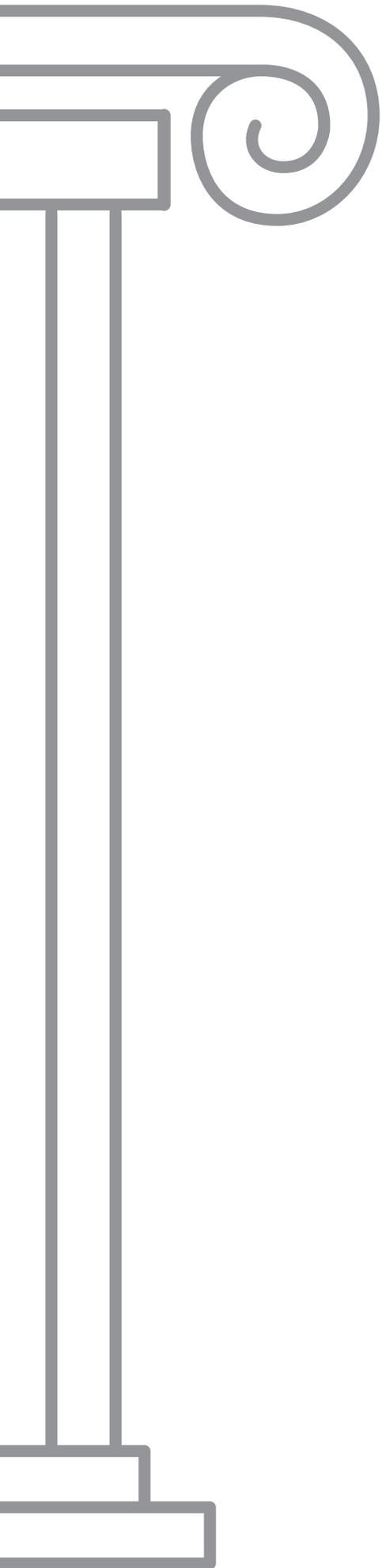




UDA
LAW REVIEW

— 2023 —



Presentación

¡Bienvenidos al primer número de la Quinta Edición de UDA Law Review: Elevando la Academia Jurídica desde Cuenca!

UDA Law Review es una iniciativa gestada por estudiantes visionarios de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Azuay, que ha forjado una notable trayectoria desde su nacimiento en 2018. Esta revista ha alcanzado cinco ediciones, resultado del inquebrantable compromiso de los diversos Comités Académicos, quienes cumpliendo con elevados estándares de excelencia académica han logrado fomentar el pensamiento jurídico.

Actualmente en 2023, el Comité académico de UDA LAW REVIEW se encuentra conformado por siete estudiantes de Derecho de la Universidad del Azuay, quienes con el apoyo de diferentes actores tales como: los articulistas, el Comité Editorial y la Casa Editora de la Universidad, han logrado consolidar el presente volumen, que desde una perspectiva jurídica, aborda temas de interés social, con la rigurosidad académica que caracteriza a esta rama del conocimiento.

Al abrir las puertas de este volumen, nos proponemos tres metas fundamentales. En primer lugar, fomentar el interés por la investigación y la escritura académica entre los estudiantes, quienes son los protagonistas principales al desempeñar el rol de autores de los artículos. En segundo lugar, crear conciencia sobre los avances del Derecho en diversas áreas del conocimiento, presentándolo como aquella herramienta para abordar los nuevos temas de interés en la sociedad. Y, en tercer lugar, establecer un medio de difusión para que tanto aquellos dentro de la rama como aquellos fuera de la misma, puedan informarse sobre las implicaciones del Derecho en la comunidad, ya que esta ciencia interdisciplinaria nos incumbe a los ciudadanos, y mediante esta publicación, buscamos transmitir su relevancia de una manera accesible para todos.

Con estos antecedentes, después de presentarnos y detallar nuestros objetivos, extendemos una cordial invitación a ustedes, amables lectores, para que disfruten de esta quinta edición, comentándoles previamente que este logro es el fruto de meses de trabajo, esfuerzo y, sobre todo, entrega, donde las buenas ideas y el trabajo en equipo han sido fundamentales. Ya que más allá de ser un proyecto académico, UDA Law Review ha sido concebido como un proyecto personal para cada uno de nuestros editores.

Gracias por acompañarnos en este recorrido académico y jurídico
Esperamos disfruten de la presente edición
Comité Académico Uda Law Review 2023



**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

María Paz Díaz Alvear
Editor en Jefe

Matías José Enderica Castillo
Editora en Jefe

Cristopher Mateo Álvarez Andrade
Editor Adjunto

Matías José Cordero Corral
Editor Adjunto

Mikaela Paola Tamariz Eguiguren
Editora Adjunta

Pablo Esteban Maldonado Garate
Editor Adjunto

Alisson Salomé Llivisaca Carvajal
Asistente del Comité Académico

Evelyn Mikaela Pineda Padilla
Agente de Comité

Mireya Fabiola Zhiminaicela Velecela
Agente de Comité

COMITÉ EDITORIAL

Pablo Leoncio Galarza Castro
María Cristina Serrano Crespo
Claudia Isabel Campoverde Cárdenas ·
Javier Cristobal Cordero Lopez ·
Esteban Xavier Segarra Coello·
Xavier Olmedo Piedra Andrade·
Sebastian Diego Medina Altamirano·
Ana María Bustos Cordero·
Ana Isabel Malo Martinez

CORRECCIÓN DE ESTILO

Maria Cristina Andrade

**COLABORADORES DEL
NÚMERO DE LA REVISTA**

Mateo Xavier Sacoto Pesantez
María Paz Muños Torres
Sebastián Medina Altamirano
Andrés Sánchez
Adriana Mora Bernal
Juan José Clavijo Alvarez
Julio Santiago Meneses Vázquez
Paula Estefanía Fajardo Gutiérrez
María Paz Pérez Rodriguez
Domenica Johana Garzón Rojas
José Rafael Ordoñez González
María Paz Díaz Alvear

**DIAGRAMACIÓN Y
DISEÑO DE PORTADA**

Anita Viñansaca Cabrera
Departamento de Comunicación y Publicaciones

IMPRESIÓN

Print Lab de la Universidad del Azuay



Cuenca , diciembre del 2023



— 2023 —

Contenido

- | | | |
|---------|----------|---|
| 13 – 20 | 1 | Edición genética: titularidad del material genético, la decisión de editar genéticamente al nasciturus y la tecnología CRISPR-Cas9 como amenaza emergente a la autonomía corporal
Mateo Sacoto |
| 23 – 30 | 2 | Zonas especiales económicas en Ecuador y la necesidad de una reforma sobre su regulación
María Paz Muñoz |
| 32 – 41 | 3 | Blockchain en la administración pública: áreas de oportunidad y potenciales riesgos
Juan José Clavijo Álvarez |
| 43 – 51 | 4 | Incidencia del fideicomiso mercantil en instituciones del sistema jurídico ecuatoriano
Julio Santiago Meneses Vázquez
Paula Estefanía Fajardo Gutiérrez |
| 53 – 63 | 5 | Desafíos del derecho ambiental: problemática de la legitimidad de los delitos ambientales
Doménica Garzón
Ma. Paz Pérez |
| 66 – 73 | 6 | What is the meaning of “philosophy” and “legal philosophy”? Are they important in law practice?
Rafael Ordóñez |
| 75 – 80 | 7 | La Constitución del 2008 como un instrumento perpetuador del socialismo del siglo XXI
María Paz Díaz |
| 83 – 91 | 8 | Los consultorios jurídicos gratuitos como canales para el acceso a la justicia por parte de grupos vulnerables
Adriana Mora Bernal
Sebastián Medina Altamirano
Andrés Sánchez Urgilés |

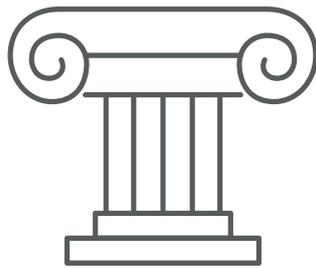




UDA LAW REVIEW

CON EL APOYO DE:





— 2023 —

Edición genética: titularidad del material genético, la decisión de editar genéticamente al *nasciturus* y la tecnología CRISPR-Cas9 como amenaza emergente a la autonomía corporal

Genetic editing: Ownership of genetic material, the decision to genetically edit the unborn, and CRISPR-Cas9 technology as an emerging threat to bodily autonomy

Mateo Sacoto

Estudiante de la carrera de Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad del Azuay
(mateoxsacoto@gmail.com).

Resumen

Las tecnologías de edición genética han llamado significativamente la atención en los últimos años. Una de estas herramientas es CRISPR-Cas9, de máxima trascendencia en los estudios actuales. La importancia de este tema se refleja en el premio Nobel de Química de 2020 el cual se entregó por investigaciones en este campo. Si bien no se había discutido su uso en el ser humano, científicos ya han realizado experimentos de esta naturaleza en personas, trayendo consigo un debate científico como ético. Los mencionados avances exigen igualmente de estudios sobre los aspectos legales de estas herramientas, pues además de ser necesarias las regulaciones para su aplicación, el uso de estas tecnologías presenta nuevos problemas en el ámbito jurídico. El presente tuvo como objetivo determinar la titularidad del material genético y la posibilidad de realizar edición en el genoma, específicamente en el *nasciturus*. Para ello se realizó un repaso a cuerpos normativos internacionales en el ámbito del genoma humano que permitió establecer la situación del *nasciturus* ante estas tecnologías, aspectos generales de su estado regulatorio y las principales exigencias para su aplicación. Finalmente, se reconoció y planteó nuevas problemáticas tales como la amenaza que representan estas tecnologías a la autonomía corporal.

Palabras clave

Edición genética, titularidad del material genético, CRISPR Cas9, autonomía corporal, nasciturus

Abstract

Gene editing technologies have attracted significant attention in recent years. One of these tools is CRISPR Cas9, which is of maximum importance in current studies. Such is the interest in the subject that the Nobel Prize in Chemistry in 2020 was awarded for research in this field. Although its use in humans has not been discussed, scientists have already conducted experiments of this nature on people, bringing with it a scientific and ethical debate. These advances require legal studies on the legal aspects of these tools. The aim of this study was to determine the ownership of genetic materials and the possibility of performing genome editing, specifically on the unborn child. For this purpose, a review of international regulatory bodies in the field of the human genome was carried out to establish the situation of the unborn child with regard to these technologies, general aspects of their regulatory status, and the main requirements for their application. Finally, new problems, such as the threat posed by these technologies to bodily autonomy, were recognized and raised.

Keywords

Genetic editing, genetic material ownership, CRISPR Cas 9, bodily autonomy, unborn child

Si hasta hace un par de décadas la modificación genética en seres humanos parecía una cuestión de literatura de ficción, actualmente los avances tecnológicos y científicos exigen no solo introducir la discusión de estos avances en el ámbito jurídico, sino, incluso, crear una normativa que afronte estos cambios.

Con la aparición de la biotecnología, el material genético cobró un valor especial. Inicialmente, los estudios se realizaron en alimentos, lo cual brindó al material genético un valor pecuniario. No obstante, en la actualidad se discute sobre la modificación genética en humanos, algo que exige una mayor atención sobre las problemáticas que podrían generarse tras dicha transformación.

Cuando en el 2020 se entregó el premio Nobel de química a Emmanuelle Charpentier y Jennifer Doudna, no existió sorpresa en la comunidad científica, pues en sus estudios se encontró una tecnología que fácilmente podría significar un antes y un después. Así, CRISPR-Cas9 parece haberse convertido en la tecnología de modificación genética de mayor relevancia en la actualidad. Sin embargo, ¿qué es el material genético y quiénes son sus titulares?; ¿a qué hace referencia la modificación genética? Y, a partir de ello, ¿en qué consiste la tecnología CRISPR-Cas9 y cómo podría convertirse en una amenaza a la autonomía corporal?

Se ha hecho mención de múltiples conceptos ajenos, en principio, respecto al ámbito jurídico; por ello es necesario comenzar nuestro estudio bajo el entendimiento del material genético como aquel que contiene la información hereditaria. Esto es principal, pero no exclusivamente, el ADN.

Bajo ese contexto, el ADN o ácido desoxirribonucleico “es el material genético que se encuentra en las células del cuerpo [...]” (Mojica-Gómez, 2010, p. 253). Cabe mencionar que, aunque es común usar los conceptos de *material genético* y *ADN* como sinónimos, no son lo mismo. En realidad, se trata de una relación género-especie, donde el material genético es el género y el ADN, la especie; ya que también existe el ARN o ácido ribonucleico, que es similar al ADN, pero tiene una función distinta.

Aunque parezca algo sencillo, la titularidad de estos recursos es algo que requiere de un amplio estudio. Existe un interesante tratamiento sobre la apropiación y titularidad del material genético en el derecho. Sin embargo, es importante destacar que primero debe mencionarse el material que se encuentra aislado del cuerpo; solamente después de ello puede hablarse de aquel integrado en el mismo.

Titularidad del material genético

El material genético aislado se ha tratado en el derecho como un asunto de propiedad intelectual. La regulación correspondiente varía significativamente entre cada legislación. En la Unión Europea, por ejemplo, la Directiva 98/44/CE (1998) relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas (1998), en su quinto artículo, establece que si bien el cuerpo humano o sus partes no pueden constituir una invención patentable, los elementos aislados del mismo —como la secuencia parcial de un gen— sí pueden serlo. Es decir, bajo este criterio, el material genético presente en el cuerpo no es considerado una invención patentable, pero el material genético aislado sí puede calificarse así.

Por su parte, en los Estados Unidos de América:

En el campo de la biotecnología, la ‘liberalidad’ del sistema de patentabilidad debe interpretarse como el cumplimiento estricto de la ley de patentes y de los requisitos establecidos en ella en un marco de interpretación que permite patentes respecto de materia viva como ‘producto’ y de procedimientos y métodos que tienen relación y afectan o modifican de alguna manera a la materia viva tal y como se encuentra en la naturaleza. (Peña Valenzuela, 2004, p. 45)

En cuanto a Ecuador, así como en el resto de países miembros de la Comunidad Andina de Naciones, la Decisión Andina 486 establece que no pueden considerarse como invenciones:

el todo o parte de seres vivos tal como se encuentran en la naturaleza, los procesos biológicos naturales, el material biológico existente en la naturaleza o aquel que pueda ser aislado, inclusive genoma o germoplasma de cualquier ser vivo natural. (Secretaría General de la Comunidad Andina, 2017, p. 47)

En este caso se ha adoptado una posición contraria a la legislación europea. De esta manera, aun cuando en los países de la Comunidad Andina no es posible patentar el material genético aislado, en Europa y Estados Unidos sí lo es.

No obstante, también es relevante cuestionar la situación del ADN que se encuentra en el interior del cuerpo de seres vivos no humanos, cuyo material genético no puede pertenecer a estos por su condición; así como tampoco existe la posibilidad de que sea atribuible a los humanos por mandato legal. Es factible definir esta circunstancia como una suerte de *res nullius* que no puede ser sujeto de apropiación.

Por otro lado, en lo que concierne al ADN del cuerpo humano, la discusión debe centrarse en el derecho sobre el propio cuerpo y en la capacidad para disponer de sus componentes. Bajo esta perspectiva, la titularidad de los materiales genéticos presentes en un cuerpo humano, así como de sus partes, pertenece de manera exclusiva a la persona cuya manifestación física es tal cuerpo; lo cual se fundamenta en la consideración del derecho sobre el propio cuerpo, como un derecho de personalidad (Domínguez Guillén, 2003).

El caso del *nasciturus*

Actualmente se proyecta la posibilidad de aplicar herramientas de modificación genética incluso al concebido. Es por esta razón que resulta necesario discutir sobre la titularidad del material genético del no nacido.

La situación jurídica del *nasciturus* ha sido objeto de debate y requiere de un estudio profundo. Aunque no es foco principal de este trabajo, es relevante abordarla en el contexto de esta investigación. Por ello, surge la pregunta sobre la condición del concebido en cuanto a estas tecnologías, con la finalidad de determinar si es posible o no la modificación genética en el mismo.

No es adecuado afirmar que el concebido se encuentra en goce de sus derechos, porque el momento de nacimiento marca el principio de la existencia legal. Sin embargo, sería impreciso concluir que el individuo en gestación no tiene ningún lugar en el marco legislativo. Por el contrario, la normativa — como doctrina dominante— se ha inclinado por la idea de derechos suspendidos. Larrea Holguín (2008) sostiene que “se trata de derechos eventuales que se mantienen en suspenso y se atribuyen una vez que la persona comienza a existir legalmente, pero se confieren con efecto retroactivo” (Larrea Holguín 2008, p. 182).

En línea con lo anterior, el Código Civil (2022) ecuatoriano, en su artículo 63, establece que el concebido, de nacer, adquiere sus derechos con efecto retroactivo, como si hubiese existido al tiempo en el que le correspondieron. Por el contrario, como determina el artículo 60 del mismo Código, si el nacimiento no llegase a producirse, se consideran esos derechos como si nunca hubiesen existido. Bajo ese contexto, es importante recordar que la legislación de Ecuador protege la vida del ser por nacer, de igual manera que lo hace con el resto de sus derechos fundamentales.

Dicho esto, las tecnologías antes referidas, como CRISPR-Cas9, permiten realizar intervenciones de edición genética en el concebido. Sin embargo, surge una nueva problemática: ¿quién puede decidir si se emplean o no en el cuerpo del concebido, y bajo qué argumento jurídico? La respuesta a esta pregunta es compleja, ya que, dada la naturaleza del ejemplo, sería absurdo considerar que la persona llamada a tomar esta decisión sea aquella que aún no ha nacido. Previo a responder esta pregunta, es necesario conocer en qué consiste la tecnología CRISPR-Cas9.

¿Qué es y cómo funciona la tecnología CRISPR-Cas9?

De acuerdo con Redman *et al.* (2016), CRISPR-Cas9 es una tecnología de edición genética que consta de dos componentes esenciales: un ARN guía que coincide con el gen deseado, y Cas9 (proteína asociada a CRISPR), una endonucleasa que provoca una rotura de la doble cadena del ADN, lo que permite modificar el genoma. Por su parte, el Instituto Nacional del Cáncer (s. f.) de los Estados Unidos de América lo define como:

Instrumento de laboratorio que se usa para cambiar o 'editar' piezas del ADN de una célula. CRISPR-Cas9 utiliza una molécula de ARN con un diseño especial para guiar una enzima, que se llama Cas9, hacia una secuencia particular del ADN. Luego, la Cas9 corta las hebras de ADN en ese lugar y quita una pieza pequeña. Así, se produce un espacio en el ADN en donde se coloca una pieza nueva de ADN. CRISPR-Cas9 es un gran avance en la ciencia que tendrá usos importantes en muchas clases de investigación. En el campo de la investigación del cáncer, puede ayudar a entender cómo se forma el cáncer y cómo responde al tratamiento, así como nuevas formas de diagnosticarlo, tratarlo y prevenirlo. (párr. 1)

El estudio de esta herramienta de edición genética comienza con la observación de bacterias, pues muchas de ellas poseen sofisticados sistemas inmunitarios adaptativos, que son guiados por ARN y codificados por loci CRISPR, junto con los genes asociados a CRISPR (*cas*) que los acompañan, para proporcionar inmunidad adquirida contra la infección por bacteriófagos y la transferencia de plásmidos (Jiang y Doudna, 2017).

Para ejemplificar, imagine el ADN como una cadena. Lo que se observó en esas bacterias fue la presencia de fragmentos separados de ADN de virus en esta cadena a intervalos regulares. Dicho fenómeno se denomina CRISPR (*Clustered regularly interspaced short palindromic repeats*), que en español se traduce como repeticiones palindrómicas cortas regularmente interespaciadas. Estos fragmentos de ADN vírico no son más que una respuesta defensiva de las bacterias; las enzimas Cas (*CRISPR-associated*) cortaban los segmentos de ADN vírico de la cadena, de modo que neutralizaban la infección.

La manera en la que este mecanismo de defensa pasó a convertirse en una herramienta de edición genética deriva de los estudios realizados por las científicas Nobel, Emmanuelle Charpentier y Jennifer Doudna. Así, la enzima Cas9 ha sido utilizada para cortar partes de la cadena de ADN, de manera similar como en las bacterias se corta el ADN vírico.

Asimismo, existen múltiples enzimas Cas, pero una de las más populares es la Cas9, la cual posee tres variantes: 1) la Cas9 natural, que realiza un corte de doble hebra con el propósito de eliminar, transformar o reemplazar secuencias de ADN; 2) la variante nCas9 o Cas9 *nickase* efectúa cortes de una sola hebra y puede eliminar secciones de la cadena de ADN; y 3) la Cas9 muerta o dCas9, que no lleva a cabo cortes, sino que se emplea para localizar la presencia de un fragmento de la cadena. Cabe destacar que recientemente se ha creado una nueva clase de variantes de Cas9 denominada xCas9, que aumenta potencialmente la flexibilidad para elegir loci genómicos (Yao *et al.* 2018).

Este breve repaso, aunque superficial, de la herramienta CRISPR Cas9 no pretende servir para ningún otro propósito que no sea proporcionar una comprensión general de su funcionamiento. Por lo tanto, se insta a quienes tengan un interés científico en esta tecnología a realizar una investigación más profunda y técnica. No obstante, en el contexto del presente artículo, es importante conocer estos aspectos para plantear las problemáticas legales que pudiesen surgir.

La edición genética se presenta como una herramienta útil para afrontar enfermedades y problemas de origen genético. Por tanto, podría emplearse con la finalidad de crear inmunidad ante afecciones, prevenir enfermedades hereditarias o, incluso, corregir el ADN dañado. *A priori*, parece ser una tecnología que solamente conlleva beneficios, pero surge la pregunta: ¿cuál es el estado regulatorio de la edición genética y qué problemas puede plantear en el ámbito jurídico?

Estado regulatorio de la edición genética

La normativa en torno a este tipo de tecnología posee una dimensión principalmente negativa, puesto que los cuerpos normativos han optado por establecer prohibiciones con respecto al uso de estas herramientas.

En Europa, el Instrumento de Ratificación del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina (1997), establece en su artículo 13 que la intervención en el genoma humano únicamente se permite con fines preventivos, diagnósticos o terapéuticos; y no cuando su propósito sea el cambio de sexo, excepto en caso de prevención de una enfermedad hereditaria correlacionada.

Mediante el mencionado convenio, el Comité Director de Bioética adopta la corriente que parece predominar el tema que nos compete, la posibilidad de modificación genética únicamente con fines médicos. En la misma línea, las Naciones Unidas (ONU, 1997) publica la Declaración Universal sobre el genoma humano y los derechos humanos, que enfatiza los principios que deben regir en estas investigaciones e intervenciones; aunque igualmente hace referencia a la finalidad médica de estas acciones en su preámbulo: la investigación sobre el genoma humano y las aplicaciones resultantes abren amplias perspectivas de progreso en la mejora de la salud de las personas y de la humanidad en su conjunto.

En el caso de Ecuador, la Constitución de la República (Asamblea Nacional del Ecuador, 2008), en su artículo 66, tercer numeral, prohíbe utilizar material genético y llevar a cabo investigaciones científicas que atenten contra los derechos humanos. La conjugación del verbo da razón de que ambos, uso de material genético y experimentación científica, se prohíben cuando atenten esos derechos. El plural es relevante, porque nos permite deducir que, de no infringirlos, es permitido realizar dichas experimentaciones.

La dificultad se encuentra en establecer en qué casos se atenta a los derechos humanos, pues, en principio, la edición genética solo se realizaría con fines médicos a una persona. Sin embargo, según lo expuesto previamente, el uso de esta tecnología en el concebido compromete derechos como la autonomía corporal, la vida digna, la libertad y la salud. Además, el derecho a la igualdad implica la necesidad de garantizar su acceso para todos.

En conformidad con la disposición constitucional, el artículo 214 del Código Orgánico Integral Penal (2014) tipifica la manipulación genética de forma que sanciona a quien manipule genes humanos sin el objetivo de prevenir o combatir una enfermedad. Todo concuerda en la misma línea: la modificación genética es una posibilidad siempre que tenga un propósito médico en beneficio de la salud.

Es cierto, como afirma García Miranda (1999) que “la regulación de la manipulación genética suscita muchos interrogantes en cuanto a las posibilidades reales de efectividad práctica de sus prohibiciones” (p. 619). No obstante, en la actualidad al menos es posible determinar que estas tecnologías se limitan únicamente a usos médicos imprescindibles. La necesidad pues, rige junto con otras garantías y principios, la aplicación de herramientas como el CRISPR-Cas9.

Empero, el hecho de que la normativa nacional e internacional permitan el uso de estas tecnologías sólo con fines médicos, no implica que estas experimentaciones sean actualmente viables. Si bien el CRISPR ya se emplea en alimentos, su aplicación en seres humanos se proyecta en un futuro próximo. Es igualmente cierto que ya se ha hecho uso en humanos, como es el caso del científico chino He Jiankui, quien modificó el genoma de gemelas con la finalidad de inmunizarlas frente al VIH. No obstante, este mismo ejemplo ilustra por qué esta tecnología no debería aplicarse todavía en personas.

Como cualquier tratamiento o intervención médica, se requiere un estado de desarrollo de la tecnología, así como una investigación exhaustiva que garantice en cierta manera que este procedimiento no sea perjudicial para la persona. En el caso del CRISPR, el trabajo de He Jiankui parece haber cortado partes del ADN que no eran las deseadas, sin embargo, el Tribunal Popular del Distrito de Shenzhen Nanshan sentenció al científico a tres años de prisión y una multa económica (Hollingsworth y Yee 2019).

Tras su condena, He Jiankui propuso un nuevo estudio de edición genética. Aunque esta tecnología quizá no haya alcanzado un desarrollo suficiente para su uso en seres humanos, es probable que lo haga pronto. Aun así, se debe tener en cuenta que la edición genética exige el consentimiento libre e informado, como ocurriría con cualquier procedimiento médico. Esto lleva nuevamente a la pregunta inicial planteada en el presente artículo: ¿sobre quién recae la decisión de editar el material genético del concebido, y bajo qué argumento?

La decisión de editar genéticamente al *nasciturus*

El consentimiento libre e informado es un aspecto crítico que también se aplica a las personas legalmente incapaces, afortunadamente, esto se ha previsto en la Declaración Universal sobre el genoma humano y los derechos humanos de la ONU, así como en el Instrumento de Ratificación del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina, publicado en la Unión Europea.

En ambos documentos se establece que el uso de estas tecnologías en incapaces requiere el consentimiento libre e informado por parte del representante del mismo. Sin embargo, existe una limitación clara en cuanto a la aplicación de estas tecnologías: solo pueden utilizarse cuando generen un beneficio directo para la salud, en casos necesarios, sin representar un riesgo significativo y con una carga mínima. En dicho convenio de la Unión Europea se prevé, incluso, la posibilidad de una emergencia médica en la que no pueda obtenerse el consentimiento libre e informado. En esa situación, se permiten estas intervenciones cuando son indispensables y en beneficio sanitario de la persona afectada.

No obstante, ¿sería correcto comparar la situación del concebido con la de aquella persona identificada legalmente como incapaz? En este sentido, cabe recordar el aforismo que dice: *nasciturus pro iam nato habetur, quotiens de commodis eius agitur* ("el concebido se reputa nacido para todo lo que le favorece"). Naturalmente, la salud e integridad le favorecen y si la edición genética en personas legalmente incapaces sólo es permisible cuando se busca un beneficio médico, no habría razón para no permitir el uso de estas tecnologías en concebidos, siempre y cuando se cumplan estos criterios.

Por conclusión, la edición genética en fetos estaría supeditada al consentimiento libre e informado del representante de la persona, que comienza desde el momento en que el feto se separa de la matriz. Esto, por supuesto, siempre y cuando sea en beneficio médico directo y se respeten los derechos del embrión, como su salud e integridad.

Para abordar la cuestión de los representantes, el artículo 28 del Código Civil (2022) establece que los designados a ocupar ese rol en el marco jurídico son, en principio, la madre o el padre de la persona, o ambos conjuntamente. No obstante, la unión entre el feto y la madre implica que cualquier procedimiento o modificación en el feto, sea considerada por extensión, como tal con respecto a la madre. Por tanto, si la madre es la representante del concebido, su aprobación se consideraría válida para ambos. En caso de que la representación recaiga en ambos padres u otra persona, se requerirá el consentimiento de más de una parte.

Este escenario se aplica, por ejemplo, al caso de los vientres de alquiler, donde se exige el consentimiento tanto de los representantes de la persona que surja del nacimiento, como de la gestante. No existen razones para suponer que la regulación en este contexto difiere de la que se aplica en cualquier otra intervención médica.

Otro aspecto que surge de esta conversación se relaciona con los derechos de la persona, que resultará del proceso de concepción, en lo que respecta a su propio cuerpo. Y es que cualquier intervención o modificación genética, aunque puede beneficiar la salud del individuo en gestación, también puede desencadenar otros efectos secundarios médicos. Cabe mencionar que el uso de esta tecnología en el concebido se limitará a intervenciones necesarias en beneficio de su salud; por el momento no es imprescindible abordar el debate sobre la edición con fines estéticos. Esto se refiere al fenotipo, es decir, a la manifestación física del material genético, como los rasgos faciales de la persona.

Tal como sucedió en el caso del científico chino, es posible que en la edición de la cadena de ADN se afecten otras partes de la misma en las que no se deseaba intervenir. Estos efectos secundarios suponen un problema, ya que su gravedad puede variar. Por ejemplo, podría evitarse que una enfermedad hereditaria se presente, pero como consecuencia, la persona podría volverse más propensa a otras afecciones.

Además, incluso con el desarrollo e instrumentos necesarios para localizar con precisión el segmento de la cadena de ADN que se busca editar, de modo que no se afecten otros fragmentos, podría presentarse la eventualidad de la modificación de partes que no se deseaba intervenir, lo que se reflejaría en aspectos físicos de la persona.

En un escenario hipotético, la edición genética de un feto que se prevé que desarrollará una enfermedad hereditaria mortal antes de cumplir los veinte años, podría involucrar la pérdida de ADN relativo al sistema inmunitario. Como resultado, el niño podría sobrevivir más allá de los veinte años, pero con restricciones significativas en su calidad de vida, pues prácticamente viviría en una burbuja protectora.

A diferencia de un paciente que sufre una infección y necesita una amputación, en este caso se crearía el problema, ya que la tecnología de edición sería el origen de la situación. Por lo tanto, se convierte en una amenaza emergente para la autonomía corporal y la vida digna. En el caso de los incapaces, la normativa internacional sí considera, en cierta medida, la posición de la persona intervenida.

El artículo 6 del Instrumento de Ratificación del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina (1997) aborda este tema, donde se establece que se debe tener en cuenta la opinión del menor, la cual será tomada en consideración, claro, al margen de aspectos como su madurez. Además, el artículo 9 se ocupa de los deseos previos, lo que demuestra la importancia de considerar diversas manifestaciones de voluntad, además del consentimiento libre e informado.

Sin embargo, en el caso del concebido, este no puede manifestar de ninguna manera su posición o deseos. Cuando otra persona toma esta decisión en su nombre, la autonomía corporal del individuo en gestación podría verse fuertemente vulnerada. ¿Quién asegura que esa persona no preferiría vivir plenamente, aún con la casi certeza de una vida corta? Esto plantea cuestiones que afectan los derechos humanos y genera un debate más profundo sobre el tema.

Después de abordar estas interrogantes y plantear estas nuevas cuestiones, es necesario advertir que existen muchas otras problemáticas relacionadas con la edición genética y las herramientas discutidas, las cuales requieren un análisis más detenido por parte de los profesionales del derecho.

Conclusiones

En este trabajo se ha realizado un estudio sobre los aspectos legales de la edición genética, y a partir de los resultados obtenidos, se concluye que la regulación del material genético varía con respecto al material genético aislado e incorporado en el cuerpo de un ser vivo. En el primer caso, será patentable, teniendo como titular al dueño de la patente. Por otro lado, en el segundo caso, no podrá ser objeto de una patente.

Cabe agregar que también existe una diferencia fundamental entre el material genético de un ser vivo no humano y el de un organismo humano. En el primero, su material genético se considera equiparable a la *res nullius*, mientras que en el segundo, la titularidad pertenece a la persona en la que está integrado.

De igual manera, se debe recordar que el CRISPR-Cas9 es una herramienta de edición genética que, por ahora, solo puede emplearse legalmente con fines médicos en beneficio de la salud de las personas. En el caso de los concebidos, se ha establecido que se tendrán a los mismos como incapaces con respecto a la posibilidad de editar su material genético, recayendo esta decisión en el consentimiento libre e informado de su representante.

La tecnología de edición genética se proyecta como un instrumento que estaría disponible para su uso en seres humanos en un futuro cercano. Para ello se requiere un estudio y desarrollo exhaustivo, como es el caso de cualquier tecnología de este tipo, a fin de asegurar que se respeten los principios éticos y legales, así como para brindar las garantías necesarias que mejoren la salud de las personas. No obstante, la imposibilidad de que los concebidos manifiesten su voluntad debido a su condición, plantea un interesante debate en torno a sus derechos y su incapacidad de decidir sobre su propio cuerpo.

Finalmente, aun cuando la normativa creada a principios del siglo ya contempla casos relacionados con la edición genética y regula aspectos de suma relevancia, los recientes avances tecnológicos, junto con su acelerado desarrollo, presentan nuevas problemáticas que se anticipan en un futuro próximo. Por lo tanto, es imperativo que el derecho intensifique su trabajo en los campos de la bioética y la intervención en el cuerpo humano.

Referencias

- Asamblea Nacional del Ecuador. (2008). *Constitución 2008*. <https://bitly.co/LVsz>
- Código Civil (2022). (Ecuador). Recuperado el 23 de julio de 2023. <https://bitly.co/M95i>
- Código Orgánico Integral Penal (2014). (Ecuador). Recuperado el 23 de julio de 2023. <https://bitly.co/MBuC>
- Directiva 98/44/CE relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas, 6 de julio, 1998. Parlamento Europeo y del Consejo (Bélgica). Recuperado el 23 de julio de 2023. <https://bitly.co/MLuE>
- Domínguez Guillén, M. C. (2003). Sobre los derechos de la personalidad. *Díkaion*, 12. <https://bitly.co/MLus>
- García Miranda, C. M. (1999). La regulación jurídica de la manipulación genética. En M. J. Sánchez, F. J. Sanz Larruga, J. M. Gómez y Díaz Castroverde (coords.), *Lecciones de derecho sanitario* (pp. 607-626). <https://bitly.co/MAYV>
- Hollingsworth, J. y Yee, I. (30 de diciembre, 2019). *Científico chino que modificó los genes de bebés mellizas es sentenciado a 3 años de cárcel*. CNN. Recuperado el 23 de julio de 2023, de <https://bitly.co/MBcY>
- Instituto Nacional del Cáncer. (s. f.). CRISPR-Cas9. En Diccionario de cáncer del NCI. Recuperado el 23 de julio de 2023, de <https://bitly.co/MASE>
- Instrumento de Ratificación del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (1997). (España). Recuperado el 23 de julio de 2023. <https://bitly.co/MAVf>
- Jiang, F. y Doudna, J. A. (mayo, 2017). CRISPR-Cas9 structures and mechanisms [Estructuras y mecanismos de CRISPR-Cas9]. *Annual review of biophysics*, 46, 505-529. <https://doi.org/10.1146/annurev-biophys-062215-010822>
- Larrea Holguín, J. (2008). *Manual elemental de derecho civil del Ecuador. Nociones preliminares sobre el derecho, la ley y las personas* (3, vol. 1). Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Mojica-Gómez, L. (13 de marzo, 2010). La prueba técnica ADN En Los Procesos Sobre filiación. *Estudios Socio-Jurídicos*, 5(1), 250-265. <https://bitly.co/MA3L>
- Naciones Unidas. (11 de noviembre, 1997). *Declaración Universal sobre el genoma humano y los derechos humanos*. Recuperado el 23 de julio de 2023, de <https://bitly.co/MCtD>
- Peña Valenzuela, D. (2004). Apuntes acerca de la patentabilidad del material genético aislado. *Revista la propiedad inmaterial*, (8), 41-50. <https://bitly.co/MA4T>
- Redman, M., King, A., Watson, C y King, D. (19 de julio, 2016). What is CRISPR/Cas9? [¿Qué es CRISPR/Cas9?]. *Archives of Disease in Childhood - Education and Practice*, 101(4), 213-215. <http://dx.doi.org/10.1136/archdischild-2016-310459>
- Secretaría General de la Comunidad Andina. (2017). *Decisiones Andinas en Propiedad Intelectual*. <https://bitly.co/MA5t>
- Yao, R., Liu, D., Jia, X., Zheng, Y., Liu, W. y Xiao, Y. (septiembre, 2018) CRISPR-Cas9/CAS12A biotechnology and application in bacteria [Biotecnología CRISPR-Cas9/CAS12A y su aplicación en bacterias]. *Synthetic and Systems Biotechnology*, 3(3), 135-149. <https://doi.org/10.1016/j.synbio.2018.09.004>

banco
del  **austro**

The logo for LEGALME features a stylized double chevron symbol on the left, composed of two overlapping lines in white and teal. To the right of the symbol, the word "LEGALME" is written in a clean, white, uppercase sans-serif font. The entire logo is centered within a dark grey rectangular background.

LEGALME

Zonas especiales económicas en Ecuador y la necesidad de una reforma sobre su regulación

Special economic zones in Ecuador and the need for reform of their regulation

María Paz Muñoz Torres

Abogada con especialización en derecho internacional y magíster en Derecho del Comercio Internacional. Docente de pregrado y posgrado, en materias de régimen aduanero, seguros y reaseguros marítimos, y contratos internacionales en la Universidad del Pacífico (Guayaquil); y de logística internacional y aduanas en la Universidad Técnica Particular de Loja (mmunoz@gottifredipozo.com).

Resumen

El presente artículo analiza la eficacia que las zonas especiales económicas han tenido en el Ecuador mediante la ley de zonas francas, y el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones; y, en particular, el modelo de zonas especiales de desarrollo económico (ZEDE), contemplado en dicho Código, además de la necesidad de una reforma normativa en la legislación ecuatoriana sobre esas regiones especiales económicas. El tema se aborda a partir del impacto positivo que estas áreas geográficas han tenido en distintos países y cómo replicar los mismos resultados en Ecuador; lo que podría beneficiar a la economía ecuatoriana. Asimismo, se busca identificar cuáles son las ZEDE vigentes en el país y sus limitaciones, con el fin de lograr efectos similares a los obtenidos en el exterior. Los hallazgos confirmaron que efectivamente se requiere una actualización urgente de la regulación que permita mejorar el modelo en Ecuador, desde lo que respecta a la existente dificultad para conseguir su autorización y la variedad de tipos que puedan establecerse en el país; hasta los incentivos para el desarrollo de actividades en ellas. Con ello será posible atraer nuevas inversiones que aporten al crecimiento económico del Ecuador.

Palabras clave

Economía, zonas especiales económicas, zona franca, zona especial de desarrollo económico, inversión, reforma normativa.

Abstract

This paper will analyze the effectiveness that special economic zones have had in Ecuador, both with the Law of Free Zones and with the Organic Code of Production, Trade, and Investment. In particular, the model of the Special Economic Development Zone contemplated in this law, as well as the need for a regulatory reform regarding the special economic zones in Ecuadorian legislation. Thus, this topic will be discussed from the point of view of the impact that these have had in different countries around the world and how to replicate its impact in Ecuador, which could benefit the Ecuadorian economy. In addition, it will analyze the so-called Special Economic Development Zones currently in force, their limitations, and the need to improve this figure to obtain results similar to those obtained by other countries. In conclusion, this analysis has determined the urgent need for regulatory reform to improve the model of special economic zones in Ecuador. The difficulties surrounding their authorization process and the various types that can be established in the country call for reform. Additionally, the incentives for development activities in these zones must be enhanced to attract new investments and contribute to the growth of the country's economy.

Keywords

Economy, special economic zones, free trade zone, special economic development zone, investment, regulatory reform

Las zonas especiales económicas (ZEE), sean zonas francas, zonas especiales de desarrollo económico (ZEDE), o una que otra denominación, han sido coadyuvantes en el crecimiento económico de distintos países. Su importancia principalmente radica en que son una vía de atracción a posibles inversiones, y, por ende, permiten mejorar la economía del país donde se encuentran. Adicional a ello, se han convertido en un incentivo a la innovación en distintas áreas de crecimiento económico, así como para potenciar el comercio internacional.

Sin embargo, es importante anotar que, con el fin de lograr un crecimiento económico, todos los países suelen evaluar y adoptar distintas políticas económicas. Por ejemplo, una de las principales estrategias aplicadas es la atracción de inversión extranjera y nacional, que se logra mediante el desarrollo de diversas figuras; como es el caso de las ZEE, a las cuales se conoce bajo distintos nombres a nivel mundial, pero el más popular es zonas francas.

Estas áreas geográficas han tenido un éxito rotundo en varios países, entre los que destaca China, Panamá y Colombia. Sin embargo, esos resultados favorables en dichas naciones, se deben, principalmente, al hecho de que la legislación regulatoria de las ZEE se ha actualizado constantemente a fin de estar a la par de la realidad actual.

Además, cabe mencionar que mediante la información publicada por la Organización Mundial de Comercio (OMC, s. f.) es posible evidenciar que este organismo promueve entre sus miembros una tendencia de facilitación al comercio internacional, lo que implica que la figura de las ZEE debe adaptarse también a esa idea, a fin de ser competitiva y lograr el propósito para el cual fue concebida.

Consideraciones previas

El impacto de las zonas especiales económicas en el extranjero

La atracción de inversiones resulta necesaria para la economía de todos los países, principalmente de aquellos en desarrollo, por lo que es preciso el uso de herramientas que viabilicen dicha oportunidad; además de que, como se mencionó antes, el haber recurrido a esa estrategia, cuyo impacto ha sido positivo en ciertas naciones, es la razón por la cual las ZEE han cobrado su actual importancia. Por tanto, es conveniente para Ecuador —un país en desarrollo—, el adoptar modelos con evidencia de resultados favorables en otras economías.

Uno de los países con dichos efectos positivos es China, donde las ZEE iniciaron como un experimento de política económica, cuya finalidad era lograr el crecimiento de sus regiones más pobres del sur mediante la atracción de nuevas inversiones; con base en incentivos dirigidos a inversionistas extranjeros.

Para entender el desarrollo de las ZEE en China, debe tenerse en cuenta que estas fueron creadas dentro de un contexto político bastante particular, ya que, además de ser un experimento de política económica, se implementaron para impulsar la transición de China —de un sistema comunista a un mercado de puertas abiertas— mediante el uso de estrategias económicas neoliberales.

Según señala Orozco Plascencia (2009), el empleo de esta política económica neoliberal alcanzó resultados positivos dentro de la economía china tras permitir el crecimiento de la producción de manufactura nacional, así como también, el comercio exterior: “Entre los impactos positivos de las ZEE se puede citar que han sido el motor fundamental para la modernización del país” (p. 85). Actualmente, la figura de las ZEE se ha replicado en toda China, al punto de contar con varias ZEE, divididas en zonas de libre comercio y de desarrollo económico, tecnológico e industrial (Hernández Rodríguez, 2019).

Desde la apertura del mercado chino, en las últimas décadas el país asiático ha experimentado un crecimiento económico de aproximadamente un 9% anual (BBC News Mundo, 2020). No obstante, cabe resaltar que no todo el desarrollo económico se debe a la creación de las ZEE, más sí una gran parte de este; dado que las ZEE significaron una plataforma de modernización para China, al igual que un muy efectivo elemento de atracción para la inversión privada, de modo que hoy representan un ingreso significativo para sus arcas fiscales.

Por otro lado, es de mencionar que China no es el único país que ha tenido una experiencia favorable con las ZEE, pues la Autoridad para la Atracción de Inversiones y la Promoción de Exportaciones de Panamá (PROPANAMA, s. f.) asegura que este país dispone actualmente de “12 zonas francas activas, 6 en desarrollo” (párr. 2). De hecho, la trayectoria de este país con respecto a las ZEE es bastante larga, ya que la idea de su construcción empezó luego de crear el canal de Panamá; por consiguiente, en 1948 se fundó la Zona Libre de Colón, localizada en la ciudad de Colón y que en la actualidad cuenta con una extensión de más de mil hectáreas, lo que la convierte en la ZEE más extensa del continente americano.

El impacto de las ZEE en este país ha sido importante. El total de ZEE establecidas en Panamá constituyen un aporte del 5% al producto interno bruto (PIB) del país; no obstante, dicha cifra aun así es menor en comparación a otras regiones de Latinoamérica (ANDI, 2023). Por ejemplo, en Costa Rica las ZEE representan el 11,9% del PIB nacional (Artana y Templado, 2015).

Ahora bien, los datos proporcionados por la Asociación Nacional de Empresarios de Colombia (ANDI, 2023) confirman lo mencionado sobre que las ZEE son principalmente un instrumento de atracción de inversiones, pues dicha fuente evidencia que en el 2022 las ZEE alcanzaron más de 39 millones de dólares en ganancias; cuyo gran porcentaje es de inversión extranjera proveniente de las zonas francas ubicadas en Colombia, la cual supera los 11 millones de dólares.

Otro excelente ejemplo sobre los resultados favorables de las ZEE proviene una vez más de Colombia, pero ya no de la inversión extranjera, sino de la cantidad de zonas francas que posee este país, lo cual equivale a mayores ganancias, de acuerdo a fuentes oficiales del gobierno colombiano, así como a las estadísticas obtenidas de la ANDI, estas ascienden a 122 ZEE (ANDI, 2023); evidenciando el rotundo éxito que han tenido en el país vecino.

Es necesario señalar que el éxito de las ZEE en los países antes referidos radica, principalmente, de la agilidad y facilidad que conlleva realizar los trámites para la creación y operación de estas; así como también de los incentivos que los países ofrecen a sus zonas francas. En varias naciones de Latinoamérica esos beneficios suelen incluir la exoneración de todos los impuestos que gravan a las importaciones, como el de salida de divisas y el impuesto a la renta; sin dejar atrás la diversificación de ZEE que pueden establecerse en esas áreas geográficas. Todo ello es, además, coadyuvante en la atracción de inversiones y, por ende, ha influido en el éxito de las ZEE en la mayoría de países.

Desarrollo de las ZEE en el Ecuador

La primera ZEE establecida en Ecuador fue la Zona Franca (ZF) de Esmeraldas en 1985, que ciertamente condujo a la necesidad de contar con una legislación que regulara la autorización, la creación y el funcionamiento de las zonas francas en el país (Ortiz Herbener, 2022). En virtud ello, y de manera tardía en comparación al resto de la región, recién en 1991 entró en vigencia la Ley de Zonas Francas (Ortiz Herbener, 2022), bajo la cual se fundaron 14 zonas francas en todo el territorio ecuatoriano; mas no todas prosperaron (Redacción Primicias, 2023).

En el 2010 entró en vigencia el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, que derogó la antigua Ley de Zonas Francas de 1991 y llevó a crear la figura de ZEDE. Sin embargo, antes de profundizar en esto último, cabe señalar que actualmente aún se encuentran vigentes tres de las catorce zonas francas establecidas bajo la antigua normativa, acorde al Ministerio de la Producción, Comercio Exterior, Inversiones y Pesca (s. f.). Estas se mencionan a continuación:

- Tagsa. Tipo: servicios. Se encuentra en Guayaquil y está autorizada como zona franca hasta el 2025.
- Turisfranca. Tipo: turística. Localizada en Quito, en el mismo lugar que opera el teleférico. Se encuentra autorizada como zona franca hasta el 2025.
- Empsa. Tipo: servicios. Está ubicada en Quito y tiene autorización como zona franca hasta el 2025.

Las tres últimas ZF mencionadas constituyen modelos de negocio exitosos, pues generan ingresos altos para el país y aportan con una constante generación de empleos; no obstante, la cifra de ganancias que estas generan, resulta ser bastante baja en comparación a otros países de Latinoamérica. A pesar de ello, debe tenerse presente que desde el 2010, año en el que entró en vigencia el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, se creó aparte algunas ZEDE; de las cuales, únicamente tres siguen operativas en la actualidad:

- ZEDE Posorja. Tipo: logístico. Ubicada en Guayaquil.
- ZEDE del Litoral. Tipo: tecnológica-industrial. Se encuentra en Guayaquil.
- ZEDE Zofraport: Tipo: industrial, comercial y de servicios. Ubicada en Posorja (Ministerio de la Producción, Comercio Exterior, Inversiones y Pesca, s. f.).

Ambos grupos de zonas enlistadas y mencionadas de Ecuador resultan en un total de seis zonas especiales económicas actualmente activas en el Ecuador, de acuerdo a datos oficiales del Ministerio de la Producción, Comercio Exterior, Inversiones y Pesca (s. f).

Figura 1
ZEDE activas e inactivas en Ecuador

ZEDE	UBICACIÓN	TIPOLOGÍA	ADMINISTRADOR	OPERADOR	ÁREA (ha)
Yachay	Urcuquí, Imbabura	Tecnológica, Industrial y Logística.	Sin administrador	Pendiente	4.27
Posorja	Posorja, Guayaquil, Guayas	Industrial y Logística	DP WORLD	Posorlogis S.A.	119.22
Litoral	Guayaquil, Guayas	Tecnológica e Industrial	ADMINZEDELITORAL S.A.	Bioconversión S.A.	200
Quito	Tababela, Quito, Pichincha	Industrial y Logística	Pendiente	Pendiente	205
Puerto de Guayaquil	Guayaquil, Guayas	Industrial y Logística	CONTECON	Pendiente	15.5
Progreso	Guayaquil, Guayas	Industrial y Logística	Temporal: PARINPRO S.A	Pendiente	15
ZOFRAPORT	Posorja	Industrial y Logística	Zofraport	Salica del Ecuador S.A, Ecuanaútica S.A, Guayatuna S.A	37.39
Santa Rosa	Santa Rosa	Industrial y Logística	Sin administrador	Pendiente	24.09
Huaquillas	Huaquillas	Industrial y Logística	Sin administrador	Pendiente	10.08

Nota. De *Zonas Especiales de Desarrollo Económico. Estado Actual. ZEDE*, por Ministerio de la Producción, Comercio Exterior, Inversiones y Pesca, s. f. (<https://bitly.co/Liac>).

Figura 2
Zonas francas activas en Ecuador

ZONA FRANCA	ÁREA(ha)	TIPO	ACTIVIDAD	AÑO DE VIGENCIA	UBICACIÓN
TAGSA	21.44	Servicios	Aeropuerto GYE	2025	Guayaquil
TURISFRANCA	146.2	Turística	Teleférico Quito	2025	Quito
EMPSA	1448	Servicios	Aeropuerto UIO	2025	Quito, Tababela

Nota. De *Zonas Especiales de Desarrollo Económico. Estado Actual. Zonas Francas*, por Ministerio de la Producción, Comercio Exterior, Inversiones y Pesca, s. f. (<https://bitly.co/Liac>).

La cantidad de ZEE operativas que se desprende de las anteriores imágenes puede resultar desalentadora respecto al resto de regiones de Latinoamérica, sin embargo, es importante analizar también cuánto éxito han tenido dichas zonas y si han logrado generar resultados equiparables a aquellos de los países vecinos.

En este sentido, la Asociación de Zonas Francas de las Américas (2023) indica que hasta el 2022 las ZEE de Ecuador generaron 3364 empleos directos, mientras que en otros países latinoamericanos estas cifras son más elevadas; por ejemplo, en países como Panamá y Colombia se produjeron 26 889 y 147 000 empleos, respectivamente. Asimismo, las ZEE han atraído una inversión de 1212 millones de dólares para Ecuador, a diferencia de países cercanos como Brasil (7011 millones de dólares) y Colombia (11 489 millones de dólares) (Asociación de Zonas Francas de las Américas, 2023).

Estas cifras evidencian que Ecuador está aún muy lejos de alcanzar números similares a los países vecinos. En este sentido, cabe preguntarnos: ¿qué diferencia a las ZEE de Ecuador frente a las del resto de países latinoamericanos? Para responder a esta inquietud, es necesario recurrir a las dos figuras de las ZEE que se han utilizado en Ecuador: las ZF y las ZEDE.

Al respecto, es de señalar que las ZEE pueden encontrarse bajo varias denominaciones, de hecho, las legislaciones correspondientes a cada uno de los países alrededor del mundo se refieren a estos territorios de varias maneras, pero en el caso de Ecuador la distinción solo está en el nombre, no en su estructura o funcionamiento. A pesar de ello, es crucial tener en cuenta que, desde la perspectiva jurídica, sí existe una diferencia más profunda que solo la forma en que son conocidas.

Al hablar de las ZF versus las ZEDE, en el caso de Ecuador existen varias diferencias importantes respecto a la forma de establecerse, el control sobre ellas y los distintos tipos que pueden encontrarse, conforme se explica en líneas siguientes.

Por un lado, la Ley de Zonas Francas de 1991 señalaba que las personas jurídicas que desearan establecerse como ZF debían realizar una solicitud que, de ser pertinente, resultaría en la concesión para operar el territorio correspondiente; otorgado mediante decreto ejecutivo.

Adicional a ello, la operación y el control de las zonas francas autorizadas en Ecuador estaban a cargo de la empresa administradora y bajo la supervisión del Consejo Nacional de Zonas Francas. Y, respecto a los tipos de ZF permitidas, la Ley de Zonas Francas de 1991 señalaba que podían ser para uso industrial, turístico, comercial y de servicios.

Mientras tanto, el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones (2010), que como ya se ha explicado, introdujo en la normativa ecuatoriana las ZEDE, cuyo establecimiento debe realizarse mediante una solicitud por parte de instituciones del sector público o Gobiernos Autónomos Descentralizados. Tras analizar la conveniencia de su autorización, y en caso de serlo, la zona correspondiente se constituye mediante una resolución emitida por el Consejo Sectorial de la Producción; cuya aprobación será vigente por un periodo mínimo de 20 años.

Del mismo modo, el Consejo Nacional de Zonas Francas es el responsable de calificar a los administradores y operadores de las ZEDE; es decir que, en principio, los procedimientos a seguir para conseguir la autorización de funcionamiento son: realizar la solicitud por iniciativa pública, emitir la declaratoria de la ZEDE, y recibir la autorización de los administradores y la correspondiente calificación de los operadores. (COPCI, 2010)

Por otro lado, la antes mentada norma contempla las ZEDE de tipo tecnológico, industrial, logístico y para servicios turísticos; y entre sus incentivos se contempla la excepción del pago de tributos en casos de comercio exterior (importación de mercancías que ingresen a una ZEDE), crédito tributario por el IVA pagado en la compra de materia prima, insumos y servicios provenientes del territorio nacional; al igual que exoneración del impuesto a la salida de divisas en pagos al exterior por importaciones de bienes o servicios (Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, art. 24, lit. 1, 2010).

A partir de la transición normativa que han atravesado las ZEE en el país, se evidencia que, tras contar con una norma como la Ley de Zonas Francas de 1991, que era bastante similar a la regulación de las ZEE en otros países de Latinoamérica; en el 2010 se reformó dicha legislación ecuatoriana y sufrió un cambio drástico. Lo anterior únicamente ha entorpecido el trámite de constitución y operación de las ZEE; además de que dicha transformación causó un empobrecimiento de sus incentivos en la legislación ecuatoriana, lo cual ha influido en que estas no resulten atractivas para inversores.

Análisis de la necesidad de una reforma normativa respecto a las ZEE en el Ecuador

Conforme a los argumentos anteriores, las ZEDE —figura actualmente vigente en Ecuador— no han logrado los resultados esperados; cuya consecuencia proviene, en su mayoría, de la legislación que las regula. En tal sentido, para lograr que estas tengan la acogida necesaria en el país, de manera que logren dinamizar e incrementar la economía, es necesario realizar una reforma normativa.

Al respecto, es de señalar que en la administración de Guillermo Lasso, se intentó realizar dicha reforma en dos ocasiones. En primera instancia, Lasso la presentó bajo el proyecto de Ley Orgánica para la Atracción de Inversiones, Fortalecimiento del Mercado de Valores y Transformación Digital, el cual contemplaba contar con ambas figuras —ZEDE y Zonas Francas—; cuyo establecimiento se lograría luego de que la parte interesada solicitara por iniciativa privada o de instituciones del sector público (Gobiernos Autónomos Descentralizados) (Asamblea Nacional del Ecuador, 2022). Por otro lado, este proyecto de ley consideraba, además, un proceso simplificado para el nombramiento de administradores, un espectro más amplio de tipos de zonas especiales económicas, y cláusulas que garantizaban la estabilidad y seguridad jurídica de esas zonas; así como también, la estabilidad de los beneficios tributarios otorgados a sus administradores y operadores al momento de su autorización (Asamblea Nacional del Ecuador, 2022).

Por tanto, se evidencia que dicho proyecto de ley abordaba las principales falencias de la normativa vigente; pero la propuesta fue negada y archivada en segundo debate por la Asamblea Nacional del Ecuador, en marzo de 2022.

Posterior a ello, conforme se recordará que mediante el Decreto 741 (2023) el presidente Guillermo Lasso, dispuso la disolución de la Asamblea Nacional, en conformidad con lo establecido en la Constitución ecuatoriana, en su artículo 148; aquello permitió al mandatario la emisión de decretos de ley de urgencia económica, previo dictamen favorable de la Corte Constitucional. Por tanto, el 23 de mayo de 2023, emitió el Decreto Ley para la Atracción y Fomento de Inversiones para el Desarrollo Productivo:

[...] propone un régimen legal y regulatorio mejorado para impulsar nuevas zonas francas (un régimen excepcional, exclusivamente en materia aduanera, tributaria y de comercio exterior) y fortalecer y preservar las zonas especiales de desarrollo económico (ZEDE). El decreto ley propone un nuevo enfoque para fortalecer las iniciativas privadas, públicas o mixtas con las siguientes ventajas:

- Exoneración del Impuesto a la Renta (IR) por 10 años. 15 años para los sectores fronterizos.
- Una vez finalizado el período de exoneración de IR, se podrá acceder a una reducción de 10 puntos porcentuales en este impuesto, por el tiempo que reste la vigencia de la autorización de la Zona Franca o ZEDE.
- Exención de tributos al comercio exterior, excepto las tasas por servicios aduaneros para importaciones de insumos, bienes de capital y materias primas destinadas a la Zona Franca o ZEDE.
- Impuesto al Valor Agregado (IVA) con tarifa 0 % para la adquisición de insumos, materias primas y bienes de capital importados, que se destinen exclusivamente a la zona autorizada.
- Exoneración del Impuesto a la Salida de Divisas (ISD) en importaciones de bienes y servicios relacionados con la actividad autorizada. (Secretaría General de Comunicación de la Presidencia, 2023, párr. 3-8)

Sin embargo, en fecha 16 de junio de 2023, la Corte Constitucional del Ecuador (2023) se pronunció respecto al mentado decreto de Ley sin dar paso al mismo, cuyos argumentos se centraron en que los efectos materiales del proyecto no serían inmediatos en relación con las circunstancias apremiantes; es decir, se señaló que los resultados económicos iban a ser previsibles únicamente con el paso del tiempo, con lo cual la Corte requería garantías de sostenibilidad del mecanismo y de la implementación de políticas públicas paralelas.

Los argumentos de la Corte Constitucional del Ecuador (2023) respecto al dictamen mencionado también se basaron en que la normativa propuesta requería de un apropiado y exhaustivo debate técnico parlamentario, en cuyo espacio pudiesen participar distintos sectores; con lo cual este organismo concluyó que el decreto no constituía per se una legislación de urgencia económica, al tenor de lo requerido en el escenario excepcional previsto en el artículo 148 de la Constitución. Cabe destacar, sin embargo, que la Corte dejó a salvo la facultad del presidente de la República de presentar un proyecto de ley sobre la misma temática, a fin de que sea debatido por la Asamblea Nacional una vez que se haya conformado.

Esto último resulta fundamental si se tiene en consideración que, conforme se ha explicado en el presente artículo, una reforma a la normativa que regula las ZEE ciertamente tendría un impacto positivo en la atracción de nuevas inversiones en el país; siempre y cuando esta nueva legislación —como ya se ha intentado— incluya un cambio radical en su estructura.

Conclusión

Si bien es cierto, el éxito de las ZEE en el Ecuador no depende únicamente de la normativa que las regula, sino también de la confianza que los inversores tengan en la situación de Ecuador. Por tanto, esto último influye en un alto grado al momento de considerar si se invierte o no, y, por ende, para construir un modelo exitoso.

En virtud de todo lo expuesto, resulta necesario para el crecimiento económico del país que una vez posesionada la nueva Asamblea Nacional se remita un proyecto de ley. Este deberá reformar la normativa que regula las ZEE en el Ecuador, de manera que se consideren cambios sustanciales respecto a quiénes pueden solicitar constituirse como ZEE; con el fin de que esas peticiones también puedan realizarse por iniciativa privada.

Otro cambio necesario deberá ser la simplificación del procedimiento, específicamente en cuanto al establecimiento y operación de las ZEE, así como también sobre la autorización de administradores y operadores en dichas zonas. Además, la reforma que se proponga tendría que considerar incentivos más atractivos para los nuevos inversionistas y una seguridad jurídica para ellos. Finalmente, deberá contemplarse una adecuada diversificación de las ZEE, con el fin de que estas puedan ser competitivas frente a otras creadas en países de Latinoamérica.

Referencias

Artana, D. y Templado, I. (2015). *La eficacia de los incentivos fiscales. El caso de las zonas francas de exportación de Costa Rica, El Salvador y República Dominicana*. Banco Interamericano de Desarrollo. <https://bit.ly.co/LsN9>

Asamblea Nacional del Ecuador. (2022). *Informe para Segundo Debate del PROYECTO DE LEY DE URGENCIA EN MATERIA ECONÓMICA* (memorando n.o AN-CDEP-2022-0051-M). <https://bit.ly.co/Liim>

Asociación Nacional de Empresarios de Colombia. (2023). *Estadísticas de Zonas Francas de Iberoamérica 2022*. Asociación de Zonas Francas de las Américas. <https://shorturl.at/lzBO4>

Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones. (2010). (Ecuador). Recuperado el 18 de octubre de 2023. <https://bit.ly.co/LtVg>

Corte Constitucional del Ecuador. (28 de julio, 2023). *Corte Constitucional emite dictamen no favorable respecto de dos proyectos de decretos-ley de urgencia económica*. <https://bit.ly.co/MFxA>

Decreto 741(17 de mayo, 2023. Secretaría General de Comunicación de la Presidencia (Ecuador.) Recuperado el 18 de octubre de 2023. <https://bityl.co/MFxD>

Hernández Rodríguez, C. (29 de agosto, 2019). La experiencia china con las Zonas Económicas Especiales y sus enseñanzas para el desarrollo regional del sureste mexicano. *México y la cuenca del pacífico*, 8 (24), 19-56. <https://doi.org/10.32870/mycp.v8i24.613>

Ley de Zonas Francas. (1991). (Ecuador). Recuperado el 18 de octubre de 2023. <https://shorturl.at/qDKX2>

Ministerio de la Producción, Comercio Exterior, Inversiones y Pesca. (s. f.). *Zonas Especiales de Desarrollo Económico. Estado Actual*. Recuperado el 18 de octubre de 2023. <https://bityl.co/Liac>

Organización Mundial de Comercio. (s.f.). *Facilitación del Comercio*. Recuperado el día 18 de octubre de 2023. <https://bityl.co/LtVo>

Orozco Plascencia, J. M. (2009). La creación de zonas económicas especiales en China: impactos positivos y negativos en su implementación. *Portes, Revista Mexicana de Estudios sobre la Cuenca del Pacífico*, 3(6), 69-86. <https://bityl.co/LZzk>

Ortiz Herbener, A. (4 de marzo, 2022). Nuevas zonas francas. *El Universo*. Recuperado el 18 de octubre de 2023. <https://bityl.co/MFwY>

PROPANAMA. (s. f.). Zonas francas. Recuperado el 24 de julio de 2023. <https://bityl.co/LajZ>

Redacción Primicias. (19 de mayo, 2023). *¿Qué son las zonas francas y qué beneficios tienen?* Primicias. Recuperado el 18 de octubre de 2023. <https://bityl.co/MFwc>

BBC News Mundo. (19 de octubre, 2020). *Economía china: 4 claves del notable crecimiento del país asiático tras los cierres por la pandemia*. <https://bityl.co/MFwG>

Secretaría General de Comunicación de la Presidencia. (23 de mayo, 2023). *El presidente Lasso emite el decreto Ley para la Atracción y Fomento de Inversiones para el Desarrollo Productivo* [boletín]. <https://bityl.co/LijN>



Centro de Arbitraje y Mediación
CÁMARAS DE LA PRODUCCIÓN DEL AZUAY

Blockchain en la administración pública: áreas de oportunidad y potenciales riesgos

Blockchain in public administration: areas of opportunity and potential risks

Juan José Clavijo Álvarez

Estudiante de la carrera de Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad del Azuay
(juan.clavijo@es.uazuay.edu.ec)

Resumen

El presente artículo analiza el potencial de la tecnología blockchain y los contratos inteligentes para mejorar la eficiencia, transparencia y confianza en la administración pública; así como los desafíos y las limitaciones que implica su implementación. Para ello se revisa el marco normativo vigente en Ecuador en relación con esta herramienta, se exponen algunos casos de éxito a nivel internacional, y se exploran sus posibilidades y sus beneficios, a fin de optimizar los procedimientos y servicios públicos en Ecuador. La tecnología blockchain permite la creación de registros digitales inmutables y descentralizados, lo que aumenta la transparencia y reduce el riesgo de actos de corrupción. Los contratos inteligentes, por su parte, son programas autoejecutables que resuelven sus instrucciones cuando se cumplen ciertas condiciones predefinidas, lo que permite automatizar procesos y reducir costos en la administración. En la etapa final de resultados, se concluye que la **blockchain** y los contratos inteligentes son una innovación que ha revolucionado el mundo de las transacciones digitales, y que tiene múltiples aplicaciones en diversos sectores, incluido el público. Sin embargo, se evidencia una implementación dificultosa, pues requiere un marco normativo adecuado, iniciativas y propuestas para fomentar su desarrollo y adopción; al igual que una visión integral, estratégica y multidisciplinaria. Además, es necesario tener en cuenta los desafíos técnicos, legales, sociales y económicos que presenta esta tecnología.

Palabras clave

Blockchain, contratos inteligentes, administración pública, tecnología, transparencia, automatización, regulación, Ecuador.

Abstract

The article analyzes the potential of blockchain technology and smart contracts to improve efficiency, transparency, and trust in public administration, as well as the challenges and limitations of their implementation. To this end, it reviews the current legal framework in Ecuador regarding this technology, presents some successful cases at the international level, and explores the possibilities and benefits of this technology to optimize processes and public services in Ecuador. Blockchain technology allows the creation of immutable and decentralized digital records, which increases transparency and reduces the risk of corruption cases. Smart contracts, on the other hand, are self-executing programs that automatically execute when certain predefined conditions are met, allowing processes to be automated and costs to be reduced. The document concludes that blockchain and smart contracts are an innovation that has revolutionized the world of digital transactions and that has multiple applications in various sectors, including the public one. However, it also points out that their implementation requires an adequate legal framework, initiatives, and proposals to promote their development and adoption and a comprehensive, strategic, and multidisciplinary vision. In addition, it is necessary to consider the technical, legal, social, and economic challenges presented by this technology.

Keywords

Blockchain technology, smart contracts, public administration, transparency, automation, regulation, Ecuador.

La tecnología *blockchain*¹ es una innovación que ha revolucionado el mundo de las transacciones digitales al ofrecer un sistema de registro distribuido, seguro, transparente e inmutable. Esta herramienta tiene múltiples aplicaciones en diversos sectores, como el financiero, comercial, educativo y público. Su implementación en las instituciones ayudaría a resolver problemas relacionados con la burocracia, corrupción, publicidad y celeridad en actos y procedimientos de la administración pública.

Además, la implementación de nuevas tecnologías en las instituciones públicas resulta en beneficios inmediatos así como a largo plazo. A corto plazo, la digitalización de los servicios puede aumentar la eficiencia operativa, reducir los costos y mejorar la experiencia del usuario. Mientras que a futuro, estas innovaciones pueden conducir a una mayor transparencia, rendición de cuentas y participación ciudadana. Sin embargo, es crucial que dichas transformaciones se realicen de manera estratégica y considerada, con el propósito de garantizar que todos los ciudadanos puedan beneficiarse de los avances tecnológicos sin comprometer su seguridad o privacidad.

Por medio de un análisis bibliográfico se exploran las posibilidades y los beneficios de esta tecnología, como una propuesta para optimizar los procedimientos y servicios públicos en Ecuador. Se identifican las áreas de oportunidad y se presentan recomendaciones para su desarrollo y adopción. El objetivo es ofrecer una visión general del potencial de blockchain y los contratos inteligentes, con el fin de mejorar la eficiencia, transparencia y confianza en la administración pública.

Sobre *blockchain*

En términos generales, la cadena de bloques es un sistema de libro mayor distribuido (Serale et al., 2019) Puede ser un concepto complejo, ya que, si bien el esquema funcional de cualquier operación registrada en *blockchain* es sencilla, comprender esta herramienta en su totalidad puede requerir años de estudio. No obstante, una definición generalista de este modelo puede ser que la cadena de bloques es una base de datos, de carácter virtual, que busca la transparencia y descentralización de la información almacenada en ella, por medio de la integración por bloques (Vemuri, 2018).

En ese sentido, según Vemuri (2018), los bloques son contenedores de información que almacenan una cantidad determinada de información, una vez que un bloque se completa y convalida, se añade secuencialmente a la cadena de bloques. Esta última solo se forma con bloques verificados, cuya convalidación se lleva a cabo por medio de un hash; es decir, una especie de identificación única que incluye la marca de tiempo de la transacción, su contenido y un registro del bloque que lo precede.

Con base en esta premisa, las cadenas almacenadas en los diferentes equipos que se encuentran en uso de la red mantienen la paridad de datos; cualquier alteración en la cadena —ya sea la inclusión de nuevos bloques o la modificación de la información existente— resultaría en que el sistema reputa la cadena como inválida (Vemuri, 2018). Esto se debe a la pérdida de concordancia con el resto de copias distribuidas a lo largo de la cadena, lo que a su vez impide la validación de los nuevos bloques mediante los hash correspondientes; con lo cual, finalmente, la cadena dejará de crecer y no será considerada en el sistema (Serale et al., 2019). Por tanto, las únicas operaciones permitidas son la adición de transacciones² y la consulta de las existentes, ya que el registro permanece totalmente accesible (Vemuri, 2018).

Es por ello que el enfoque con relación al *blockchain* se centra principalmente en la confianza, validez y transparencia del sistema. Si bien las transacciones digitales existen desde los inicios de la red, las dificultades inherentes a ellas son superadas por la inviolabilidad de la cadena de bloques. Además, se mantienen sus ventajas, como la inmediatez y ausencia de intermediarios (Stabile et al., 2020).

1. Anglicismo cuya alternativa en español es cadena de bloques, por lo cual se usará también este último término en el presente trabajo.

2. Entiéndase transacción en blockchain como el acto de añadir información a un bloque.

En función de la complejidad del concepto, el proceso de perfeccionar obligaciones por medio de la cadena de bloques puede parecer poco práctico; no obstante, la ejecución de una operación en la *blockchain* es sencilla para el usuario. Su procedimiento es el siguiente:

1. Añadir una o varias obligaciones, que se organizan en forma de bloque.
2. Realizar una autenticación criptográfica automatizada.
3. Agregar el bloque a la cadena.

Sobre los contratos inteligentes

Una vez explicada la *blockchain*, se facilita la comprensión de los contratos inteligentes. Estos consisten en una serie de procedimientos, condiciones, derechos y obligaciones contenidas en un bloque, cuyo contenido se ejecutará una vez que lo anterior se cumpla.

Respecto a las potenciales aplicaciones de los contratos inteligentes, son diversas las opciones. En el ámbito legal, se pueden utilizar para establecer una contabilidad inmutable, automatizar procedimientos mercantiles e, incluso, para construir cadenas de suministro sólidas (Serale *et al.*, 2019). No obstante, este trabajo se centrará únicamente en su aplicación dentro de la administración pública.

A más de lo contemplado en la legislación vigente, que será desarrollado a posteridad, los contratos de comercio electrónico en general se basan en una serie de principios diseñados para su correcto funcionamiento en el ámbito jurídico; así como en los relativos a la naturaleza misma del derecho contractual. Es importante destacar dos de aquellos abordados por las Naciones Unidas (1999) en su ley modelo sobre comercio electrónico de 1998:

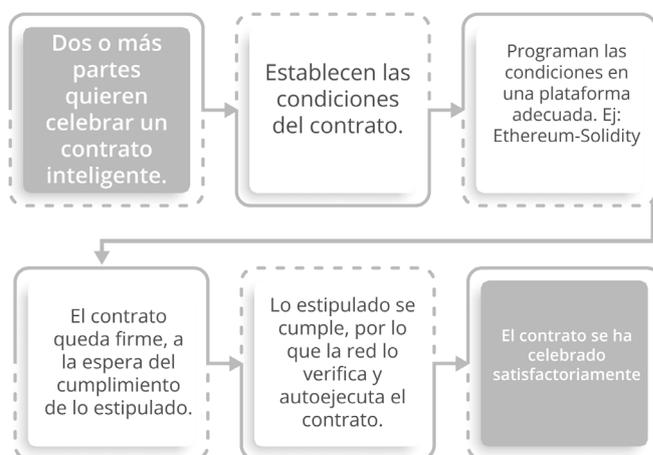
1. Principio de equivalencia. Es el reconocimiento jurídico en igualdad de condiciones de la validez y eficacia de los contratos electrónicos frente a los contenidos en medios documentales, siempre que cumplan los requisitos de ley.

2. Principio de neutralidad tecnológica. Su objetivo es que la legislación contractual no se limite a los medios tecnológicos específicos, a la temporalidad de redactada la norma; en su lugar busca una legislación de carácter general, que se adapte a las necesidades y cambios en la materia.

Asimismo, en el citado documento de las Naciones Unidas (1999) se realiza una distinción entre elementos objetivos (mensajes de datos, firma electrónica y sistemas de información) y subjetivos (emisor, intermediario y receptor). Aunque en el contexto de la tecnología *blockchain* elementos como la firma electrónica o los intermediarios no se aplican directamente, en el caso de la firma electrónica —dado que el propio mensaje de datos funge el rol de identificación y consentimiento—, aún es relevante su consideración.

Figura 1

Diagrama de flujo de la celebración de un contrato inteligente



Nota. Adaptado de Digital assets and blockchain technology. U.S. law and regulation [Activos digitales y tecnología blockchain. Legislación y normativa estadounidense], de Stabile, D. T., Prior, K. A. y Hinkes, A. M., 2020, Edward Elgar Publishing.

Limitaciones

Aunque los contratos inteligentes ofrecen una amplia gama de aplicaciones, es necesario considerar sus limitaciones. Serale *et al.* (2019) presentan algunas en su publicación, de las cuales se destacan dos. La primera, como se mencionó anteriormente, radica en su inmutabilidad: una vez inscritos en la cadena de bloques, no se pueden modificar o eliminar; además que su ejecución solo ocurrirá cuando se cumplan las condiciones o plazos establecidos en su código. En cuanto a la segunda:

[...] cualquier pago o transferencia vinculados a esta transacción se podrán realizar dentro del mismo ámbito de la cadena. Es decir, para las redes permissionadas basadas en criptomonedas, la mayoría de los pagos y transferencias será en la criptomoneda que la cadena de bloques soporte. (Serale *et al.*, 2019, p. 81)

Esto, a su vez, repercute en la seguridad jurídica. Las criptomonedas, a menudo percibidas como activos en el ámbito especulativo, tienden a tener valores altamente volátiles; lo cual significa que —en relación con los contratos electrónicos— las cantidades incluidas en estos no pueden asegurar el valor de la obligación a lo largo del tiempo.

Aun así, las plataformas han respondido a esta demanda mediante las llamadas *stablecoins* o criptomonedas estables, que logran mantener un valor poco variable gracias a un sistema de colateralización, ya sea con moneda de curso legal, criptomonedas u otros activos. No obstante, la confianza de los mercados en estos activos también se ha reducido, en parte debido al caso de Terra-Luna y su caída (Tidy, 2022).

Blockchain y la administración pública

Una vez identificada la naturaleza de esta tecnología, es importante analizar las ventajas de su integración en el ámbito del derecho administrativo. Desde esta perspectiva, es necesario explorar los posibles usos y beneficios de los contratos inteligentes en las entidades estatales, sin descartar la veloz evolución de estas tecnologías y sus implicaciones, tanto en las instituciones como en los ciudadanos.

Desintermediación y transparencia de la información

De acuerdo con Mabillard et al. (2019), la percepción general de los ciudadanos con relación a los trámites en los diferentes órganos públicos, a menudo incluye adjetivos como burocracia, ineficiencia o corrupción. A pesar de los intentos de implementar diferentes estrategias, los autores aseguran que los problemas persisten debido a la estructura jurídico-política que impera en ellos.

Generalmente, la obtención de información se basa en una cadena de personas y entidades que es extensa e ineficiente (Mabillard et al., 2019), sin embargo, por medio de la tecnología *blockchain* es posible llevar un registro seguro, público, confiable e inmutable. Esto brinda a la administración pública la oportunidad de automatizar los procedimientos con el uso de contratos inteligentes, que a su vez permiten la ejecución automática de sus cláusulas; tema ya abordado en este texto.

La implementación de una red descentralizada permitiría incrementar la transparencia de los procedimientos, la inviolabilidad de la información y facilitar la auditoría. Así mismo, generaría una estructura administrativa más capaz de satisfacer las necesidades de los ciudadanos y operaría con mayor eficiencia.

En conclusión, el funcionamiento de la tecnología *blockchain* en los procedimientos administrativos podría ser una solución eficaz a los problemas de burocracia, ineficiencia y corrupción, que forman parte de la percepción general de los ciudadanos en cuanto a los trámites en el sector público.

En última instancia, esto podría resultar en una administración más eficiente y satisfactoria para los ciudadanos. Sin embargo, es importante tener en cuenta que cualquier implementación debe ser cuidadosamente considerada y regulada para garantizar su uso ético y responsable.

Asignación de subsidios públicos a artistas: el caso del municipio de Bahía Blanca

Serale *et al.* (2019) presentan el caso ocurrido en el 2007, cuando el municipio de Bahía Blanca, en la provincia de Buenos Aires (Argentina), creó el Fondo Municipal de las Artes para otorgar subsidios a artistas locales, cuyo monto y cantidad de contribuciones varían anualmente; no hay un criterio único para su otorgamiento, aunque se intenta mantener un equilibrio según las distintas disciplinas artísticas.

En cuanto a la selección de los proyectos beneficiarios, Serale *et al.* (2019) indican que la responsabilidad recae en un consejo consultivo formado por el director del Instituto Cultural de Bahía Blanca, un portavoz de los empleados de esta entidad y representantes de distintas disciplinas artísticas. Esta fue una de las primeras propuestas a nivel local que buscaba experimentar con la tecnología blockchain en el sector público, aprender sobre sus particularidades, y demostrar que podía utilizarse a modo de notariado digital para la información pública.

El problema central que se buscó resolver mediante este proyecto piloto, según Serale *et al.* (2019), fue aumentar la transparencia en la asignación de los mencionados subsidios públicos, a fin de aumentar la confianza de la ciudadanía en los procedimientos. A través del atributo de inmutabilidad de los registros que brinda la tecnología *blockchain*, la información sobre el otorgamiento de las contribuciones —por ejemplo, destinatarios, montos, fechas de adjudicación, entre otros— no podía ser alterada por funcionarios sin dejar rastros de la acción.

Asimismo, Serale *et al.* (2019) mencionan que la solución se desarrolló en una red pública como Ethereum³, y se diseñó una interfaz que permitía a cualquier usuario con acceso al sitio web verificar que la información no había sido alterada por ningún funcionario público municipal. La implementación duró tres meses y se lanzó oficialmente en noviembre de 2017. Como paso previo al piloto, se digitalizó toda la información vinculada.

El problema de la interoperabilidad

A pesar de las numerosas ventajas que brinda la tecnología *blockchain*, también presenta retos importantes para su funcionamiento, y uno de los principales es la interoperabilidad de los sistemas implementados al ecosistema general de un ordenamiento jurídico específico. La Organización Internacional de Normalización⁴ (ISO, 2015) define la interoperabilidad como la capacidad de comunicar, ejecutar programas o transferir datos entre varias unidades funcionales, de forma que el usuario tenga poco o ningún conocimiento de las características exclusivas de dichas unidades.

El objetivo de la interoperabilidad es el enlace entre diferentes sistemas, de carácter heterogéneo y diferenciado (Yzquierdo Herrera y González Brito, 2009). En el caso específico del municipio de Bahía Blanca, se refiere a la capacidad de los sistemas de información en los órganos de la administración pública para compartir datos entre sí. Por tanto, con el simple consentimiento, aquello registrado podía ser intercambiado de manera inmediata entre distintos actores.

Bajo este contexto, se argumenta entonces que la interoperabilidad en los sistemas administrativos presenta ventajas significativas. Por ejemplo, permite la comunicación y transferencia de datos entre diferentes unidades funcionales, sin necesidad de conocer sus características únicas. Esto facilita el intercambio de información entre los diferentes órganos gubernamentales, lo que puede resultar en una mayor eficiencia y efectividad.

Sin embargo, también presenta desafíos, como la necesidad de garantizar que los sistemas sean compatibles y puedan integrarse en el ecosistema general de un ordenamiento jurídico específico. A pesar de estos retos, la implementación exitosa de un sistema interoperable podría revolucionar la forma en que se administra y se presta el servicio público.

3. Véase: www.ethereum.org

4. En inglés, International Organization for Standardization.

Automatización de procedimientos

Aunque la automatización de procedimientos ya se ha implementado en el sector público antes de la aparición de la blockchain, esta tecnología puede facilitar el proceso al permitir la distribución de registros y la ejecución de contratos inteligentes. Por ejemplo, en casos donde diferentes etapas de los procedimientos públicos dependen de cambios en el estado de otros procesos, los contratos inteligentes pueden activar automáticamente los siguientes pasos, basados en reglas preestablecidas y sin necesidad de intermediarios. De esta manera, se prevén cambios unilaterales.

El caso de General Service Administration (GSA) y Multiple Award Schedule (MAS)

Es posible ilustrar el aspecto de la automatización de procedimientos con el caso actual de la GSA, presentado por Serale et al. (2019) en su libro *Blockchain en la administración pública: ¿Mucho ruido y pocos bloques?* La GSA es una agencia autónoma del gobierno de los Estados Unidos, fundada en 1949, y que busca facilitar el funcionamiento básico de las entidades federales. Esta institución estatal establece contratos a largo plazo con empresas comerciales, para así ofrecer acceso a diferentes productos y servicios a un precio reducido por volumen.

En ese sentido, en la actualidad, las propuestas de los licitadores se almacenan en el sistema como datos no estructurados, en formato PDF. Sin embargo, de acuerdo con Serale *et al.* (2019), el principal problema del sistema anterior radicaba en la lentitud del proceso de contratación pública: desde la presentación hasta la finalización del contrato, esto se prolongaba en promedio 110 días. Con el fin de optimizar los procedimientos de adquisición, se identificaron las dos acciones que más tardaban en realizarse; en este caso, el análisis financiero de la empresa y la elaboración del memorando de prenegociación.

Serale *et al.* (2019) afirman que, a partir de lo anterior, la GSA exploró entonces una combinación de diferentes tecnologías, como la *blockchain* e inteligencia artificial, para modernizar su sistema. Además, con respecto al tiempo de entrega, tras la optimización de sus procedimientos de adquisición, esta agencia estatal esperaba completar la contratación en menos de 10 días.

A continuación, acorde con Serale *et al.* (2019), en una primera fase la GSA ejecutó una prueba de concepto para optimizar los procedimientos comerciales en el año fiscal del 2017. Dicha evaluación involucró el uso de la tecnología *blockchain*, que proporcionó una capa de datos con todas las transacciones, y a la que todos los interesados podían acceder en tiempo real. La GSA controla todo aquello que los participantes pueden observar, de acuerdo a reglas de la industria.

La eficiencia de la tecnología basada en *blockchain* pública disminuye a medida que aumenta la cantidad de información en la cadena. Para solucionar esto, se separaron los archivos de gran tamaño, como documentos, fotos y videos, y se almacenó dicho material en una base de datos separada e inmutable (Serale *et al.*, 2019).

En otras palabras, según Serale *et al.* (2019), la cadena de bloques solo conservaría la información necesaria para que funcione de manera flexible y rápida. La nueva solución usa contratos inteligentes que permiten automatizar pasos seleccionados del procedimiento que antes eran manuales.

Serale *et al.* (2019) destacan que, durante los años fiscales 2018-2019, se implementó un piloto, que culminó con la incorporación de la nueva solución en todos los procedimientos del programa entre el 2019 y 2021. En la actualidad, el proceso es casi instantáneo, y la convalidación se realiza de manera automatizada, sin necesidad de intermediarios. Las ofertas que cumplen con los requisitos, avanzan al siguiente paso en el flujo de trabajo; mientras que aquellas marcadas para su posterior verificación o rechazo, se remiten a un revisor humano para su evaluación.

Como resultado de esta implementación integral, se redujo el tiempo necesario para preparar la carta de entre 15 y 30 días, a menos de 10 días. El sistema está en funcionamiento actualmente y es el principal mecanismo para la contratación público-privada en la agencia (U.S. General Services Administration, s. f.).

Marco normativo en el contexto ecuatoriano

Hablar de la relación entre la normativa vinculante y las iniciativas de integración de blockchain es complejo. Si bien es cierto que la tecnología *blockchain*, como herramienta para la administración, no era particularmente considerada en el debate legislativo; también es un hecho que se han tenido en consideración los rápidos avances tecnológicos del último siglo para la codificación de una nueva legislación. Además, es importante destacar que existen disposiciones y principios legales con una flexibilidad que permiten su adaptación a las tecnologías emergentes —como la *blockchain*— sin necesidad de modificaciones sustanciales a la ley actual.

No obstante, para la adopción de un ecosistema general de blockchain, serían necesarias modificaciones en múltiples cuerpos normativos. A efectos del análisis, en este trabajo se dividirá la regulación ecuatoriana en dos temas a profundizar: la implementación de la *blockchain* en la administración, y la regulación de contratos inteligentes en la contratación pública.

Implementación de blockchain en la administración

Esta sección hace referencia, principalmente, a la aplicación de una cadena de bloques, con el objetivo de registrar todos los procedimientos administrativos en un libro de acceso público. Este registro deberá ser inmutable y transparente, lo que significa que no puede ser alterado sin dejar rastro. Además, permitiría la integración de múltiples datos en una misma red y la interconexión de diversas redes, lo que mejora la eficiencia y transparencia en el sector público. Dicha implementación se alinearía con las directrices de eficiencia y transparencia en el artículo cuarto y el decimosegundo del Código Orgánico Administrativo (COA, 2017), lo cual se hace sin menoscabar la relación con los demás principios del COA.

En cuanto a los artículos 95 y 96 del COA (2017), se centran en el archivo público y el acceso a este, donde se presentan tanto oportunidades como desafíos. El artículo 95 aborda la conservación de los documentos o las copias que las personas suban a los repositorios, y además menciona que se facilitará —mediante medios informáticos— su visualización, lo que se alinea con la tecnología *blockchain*. Sin embargo, el artículo 96 establece el derecho de los ciudadanos a solicitar la exclusión de los archivos del registro, una acción que no es factible en la blockchain, como se explicó anteriormente.

En ese sentido, una posible solución sería crear una base de datos centralizada para conversar los documentos, mientras que en la *blockchain* se registrarían únicamente los enlaces y las acciones relacionadas. No obstante, es importante tener en cuenta que esto podría generar nuevos problemas no previstos. Asimismo, al considerar esta propuesta, es fundamental prestar una especial atención a un tema cada vez más relevante en los últimos años: la protección de datos.

Si bien la transparencia de las instituciones públicas parece ser un objetivo importante, también es cierto que la administración puede conservar información sensible de los ciudadanos, como secretos empresariales o fichas médicas de la propia entidad pública, o, incluso, relacionadas con la seguridad del Estado. Por tanto, cualquier implementación de una base de datos u otra tecnología debe cumplir con los más altos estándares y contar con equipos multidisciplinarios que garanticen su correcta integración.

En los últimos años, Ecuador ha experimentado avances legislativos importantes. Por ejemplo, la Constitución de Montecristi (Asamblea del Ecuador, 2008) contiene disposiciones relevantes, como el artículo 66, numeral 11, que se refiere a la protección de la información personal y prohíbe su uso sin previo consentimiento del titular o sus legítimos representantes. De manera similar, el artículo 92 establece el derecho del ciudadano al *habeas data*, que le garantiza el acceso a sus datos e impide su difusión sin su aprobación preliminar.

Posteriormente, en el 2021, se publica la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales (Ley 459) ecuatoriana, que sigue la misma línea de resguardo de la Constitución, pues establece la necesidad de contar con el consentimiento del titular para el tratamiento y comunicación de su información. De igual manera, esta normativa se enfoca en personas naturales, no empresas. Además, hace una categorización especial, con diferentes formas de tratamiento, para datos sensibles de salud, de niñas, niños y adolescentes, e individuos con discapacidad.

Esta Ley 459 del 2021 también establece mecanismos de sanción para los responsables y encargados del tratamiento de datos personales, quienes, si bien pueden adherirse voluntariamente a códigos de conducta, certificaciones, sellos y marcas de protección, así como a cláusulas tipo; deben cumplir con esta normativa. Dichos administradores también están obligados a reportar y mantener actualizada la información ante el Registro Nacional de Protección de Datos Personales. Por último, cabe destacar que esta legislación prevé medidas correctivas e infracciones en caso de incumplimiento de sus disposiciones legales. Estos avances legislativos brindan un punto de partida sólido para abordar la integración de redes blockchain en la administración ecuatoriana.

Regulación de los contratos inteligentes en la contratación pública

El caso de los contratos inteligentes en la contratación pública está notablemente más desarrollado. Dado que la norma contractual privada sirve como suplemento en la contratación pública, y debido a los considerables avances en esta área, se ha fortalecido la base normativa para implementar un sistema confiable de contratación que aprovecha las redes blockchain, como la ofrecida por Ethereum⁵, para su ejecución.

Es importante destacar que la automatización de los contratos se desarrolla en un ecosistema digital, el cual se rige por estándares internacionales o un marco contractual de confianza que vuelve más eficiente y transparente la ejecución de los programas, protocolos o las plataformas, y la forma cómo se cumplirán las obligaciones a través de una moneda digital. Esta última puede ser respaldada por la propia plataforma o la más conveniente para las partes. Una criptomoneda ampliamente reconocida es bitcoin, sin perjuicio de otros tokens digitales; por ejemplo, aquellas categorizadas como *stablecoins*.

La Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos (Ley 67, 2022), en su artículo 3, establece un principio ampliamente discutido en el derecho informático-contractual, que es la equivalencia funcional y aborda la igualdad jurídica entre los contratos tradicionales y los de tipo electrónico:

Incorporación por remisión.- Se reconoce validez jurídica a la información no contenida directamente en un mensaje de datos, siempre que figure en el mismo, en forma de remisión o de anexo accesible mediante un enlace electrónico directo y su contenido sea conocido y aceptado expresamente por las partes.

Sobre la legitimidad de los contratos inteligentes, la Ley 67 del 2022 es explícita al señalar que aquellos celebrados por medios electrónicos gozan de plena validez, acorde a su artículo 45. Y, a modo de complemento, en el artículo 77 del Código de Comercio (2019), se brinda una definición amplia de los contratos inteligentes, sin limitar su ejecución a plataformas basadas en *blockchain*:

Son contratos inteligentes los producidos por programas informáticos usados por dos o más partes, que acuerdan cláusulas y se suscriben electrónicamente.

El programa de contrato inteligente permite facilitar la firma o expresión de la voluntad de las partes, así como asegura su cumplimiento, mediante disposiciones instruidas por las partes, que pueden incluso ser cumplidas automáticamente, sea por el propio programa, o por una entidad financiera u otra, si a la firma del contrato las partes establecen esa disposición. Cuando se dispara una condición pre-programada por las partes, no sujeta a ningún tipo de valoración humana, el contrato inteligente ejecuta la cláusula contractual correspondiente.

A falta de estipulación contractual, los administradores de dicho programa o quienes tengan su control, serán responsables por las obligaciones contractuales y extracontractuales que se desprendan de los contratos celebrados de esta forma, y en todo caso serán aplicables las disposiciones que protegen los derechos de los consumidores.

5. La plataforma que utiliza Ethereum para el desarrollo de contratos inteligentes se basa en el lenguaje de programación Solidity. Véase su documentación aquí: <https://bitly.co/M91T>

En cuanto a legislación de aplicación directa sobre la contratación pública, se destaca la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (Ley 1, 2021), la cual se enfocó principalmente en la creación del Servicio Nacional de Contratación Pública. Esta entidad goza de múltiples atribuciones, entre ellas, la creación del Sistema Oficial de Contratación Pública del Ecuador, el cual debe incorporar herramientas conexas acorde a los avances tecnológicos, permitir la veeduría pública y el monitoreo de su cumplimiento.

Esas atribuciones del Sistema Nacional de Contratación Pública son coincidentes con los puntos fuertes de la tecnología blockchain. Sin embargo, dicha Ley requiere importantes avances para la implementación total de plataformas digitales descentralizadas en el sistema de contratación. En este sentido, iniciativas como priorizar la contratación con los oferentes que utilicen un sistema descentralizado pueden facilitar la transición a este sistema.

El problema de las criptomonedas

Para lograr un análisis integral sobre el tema, resulta esencial mencionar la normativa relativa al dinero electrónico en el país, ya que esta es de restrictiva y limitante para el avance de tecnologías como la *blockchain*. El artículo 94 del Código Orgánico Monetario y Financiero (2014) señala que la única moneda de curso legal en Ecuador es el dólar de los Estados Unidos de América. Asimismo, esta normativa otorga al Banco Central atribuciones exclusivas para la circulación de dicha moneda, su canje y retiro; y la designa como medio de pago oficial. Por otro lado, el artículo 98 de este Código prohíbe la falsificación de una moneda que no sea la oficial y su circulación por cualquier medio o soporte.

En cuanto al sistema de criptomonedas Bitcoin, está protegido en el ámbito del derecho privado mediante el contrato de compraventa, ya que se requiere el pago de una cantidad específica de dinero por un número determinado de bitcoins. El artículo 1732 del Código Civil (2022) ecuatoriano establece los requisitos mínimos para la validez de cualquier contrato de compraventa. En este caso, bitcoin pasaría a tener una función similar a la de un activo financiero, solo que con un valor altamente variable, no respaldado y un valor especulativo.

Este panorama sugiere que, en el contexto actual del marco legislativo de Ecuador, la implementación de pagos mediante criptomonedas es inviable, debido a sus múltiples prohibiciones legales. Además, se deben considerar las competencias e intereses de la junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera del Banco Central, que, como se mencionó anteriormente en este trabajo, buscó implementar iniciativas relacionadas con el dinero electrónico, pero con una perspectiva de centralización y control estatal. Esta perspectiva es incompatible con los principios fundamentales de las criptomonedas, que incluyen la descentralización y transparencia.

Otro desafío relacionado con la implementación integral de estos sistemas en la administración pública está vinculado al régimen jurídico de las criptomonedas en el país. Dado que la única moneda de curso legal en el Estado es el dólar, en situaciones que el Estado sea el deudor y esto no derive de contratos públicos, como podría ser una compensación por expropiación, estos sistemas resultan poco prácticos. En el caso de que el Estado sea el acreedor y se niegue a aceptar el abono en una criptomoneda, estaría obligado a realizarlo en la divisa de curso legal y no podría exigir lo contrario, según lo indicado en el artículo 94 del Código Orgánico Monetario y Financiero (2014).

Conclusión

El potencial de la tecnología *blockchain* y los contratos inteligentes para mejorar la eficiencia, transparencia y confianza en la administración pública, así como los desafíos y las limitaciones que presenta su implementación, es innegable. La adopción de la *blockchain* y los contratos inteligentes en la gestión estatal puede generar valor para el contribuyente, reducir la carga en la industria y liberar a los profesionales de las tareas orientadas a procedimientos, a fin de que puedan dedicar más tiempo al pensamiento crítico. Además, puede aumentar la transparencia en la asignación de recursos públicos, la inviolabilidad de la información y una mayor facilidad para la auditoría.

Sin embargo, también es necesario considerar las limitaciones atribuibles a la naturaleza de esta tecnología, como la inalterabilidad de los contratos, la volatilidad de las criptomonedas, la seguridad jurídica, la protección de datos personales, la interoperabilidad de los sistemas y los altos costos de integrar una nueva plataforma a la administración nacional.

Entre otros desafíos a superar, se requiere establecer un marco normativo adecuado que regule el uso de esta tecnología en el sector público, así como iniciativas y propuestas para fomentar el desarrollo y la adopción de la **blockchain**, que ofrece múltiples aplicaciones en diversos sectores, incluido el público. Abordar estos retos necesitará una visión integral, estratégica y multidisciplinaria.

El objetivo de este trabajo es ofrecer una perspectiva general del potencial de la **blockchain** y los contratos inteligentes para mejorar la eficiencia, transparencia y confianza en la administración pública. A partir de la investigación realizada, se puede concluir que esta tecnología representa una valiosa oportunidad de modernización para la estructura estatal, cuya aplicación directa es plausible y ya ha sido acogida por varios Estados en Latinoamérica y otras regiones. La **blockchain** aporta un enfoque para abordar un desafío que parece persistente en el ámbito público, y se convierte en un pilar fundamental en la búsqueda de institucionalidad y orden en la administración.

Referencias

- Asamblea Nacional del Ecuador. (2008). *Constitución* 2008. <https://bityl.co/LVsz>
- Código Civil. (2022). (Ecuador). Recuperado el 1 de agosto de 2023. <https://bityl.co/M95i>
- Código de Comercio. (2019). (Ecuador). Recuperado el 1 de agosto de 2023. <https://bityl.co/M92z>
- Código Orgánico Administrativo (2017). (Ecuador). Recuperado el 1 de agosto de 2023. <https://bityl.co/M8zf>
- Código Orgánico Monetario y Financiero, Libro I. (2014). (Ecuador). Recuperado el 1 de agosto de 2023. <https://bityl.co/M94o>
- Ley 1, 17 de febrero, 2021. <https://bityl.co/MPSo>
- Ley 459, 26 de mayo, 2021. Registro Oficial: quinto suplemento 459 (Ecuador). Recuperado el 1 de agosto de 2023. <https://bityl.co/M90Z>
- Ley 67, 17 de abril, 2022. Registro Oficial: suplemento 557 (Ecuador). Recuperado el 1 de agosto de 2023. <https://bityl.co/M92G>
- Mabillard, V., Sofia, A. y Pasquier, M. (noviembre, 2019). *The Use and Effects of Access to Information Laws. A study in 14 countries [Uso y efectos de las leyes de acceso a la información. Un estudio en 14 países]* [informe de investigación, Institut de hautes études en administration publique]. <http://dx.doi.org/10.13140/RG.2.2.27609.26725>
- Naciones Unidas. (1999). *Ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico con la Guía para su incorporación al derecho interno 1996 con el nuevo artículo 5 bis aprobado en 1998*. <https://bityl.co/M8HU>
- Organización Internacional de Normalización. (2022). ISO/IEC 2382:2015. *Information technology. Vocabulary*. <https://bityl.co/M8RF>
- Serale, F., Redl, C. y Muent-Kunigami, A. (2019). *Blockchain en la administración pública: ¿Mucho ruido y pocos bloques?* Banco Interamericano de Desarrollo. <https://doi.org/10.18235/0001951>
- Stabile, D. T., Prior, K. A. y Hinkes, A. M. (2020). *Digital assets and blockchain technology. U.S. law and regulation [Activos digitales y tecnología blockchain. Legislación y normativa estadounidense]*. Edward Elgar Publishing.
- Tidy, J. (12 de mayo, 2022). *Crypto crash: Stablecoin collapse sends tokens tumbling [Caída de las criptomonedas: el colapso de stablecoin hace caer los tokens]*. BBC News. <https://bityl.co/M8Nb>
- U.S. General Services Administration. (s. f.). *Guide to Preparing a MAS Offer. Understanding the Process of Becoming a GSA Multiple Award Schedule (MAS) Contractor [Guía para preparar una oferta MAS. Cómo convertirse en contratista del Programa de Adjudicación Múltiple (MAS) de la GSA]*. Recuperado el 1 de agosto de 2023, de <https://bityl.co/M8qY>
- Vemuri, V. K. (2 de octubre, 2018). Blockchain: a practical guide to developing business, law, and technology solutions [Blockchain: guía práctica para desarrollar soluciones empresariales, jurídicas y tecnológicas]. *Journal of Information Technology Case and Application Research*, 20(3-4), 161-63. <https://doi.org/10.1080/15228053.2019.1588546>
- Yzquierdo Herrera, R. y González Brito, H. R. (2009). *Interoperabilidad entre los sistemas informáticos*. <https://doi.org/10.13140/RG.2.1.1503.5607>



Incidencia del fideicomiso mercantil en instituciones del sistema jurídico ecuatoriano

Incidence of commercial trusts in institutions of the Ecuadorian legal system

Julio Santiago Meneses Vázquez

Estudiante de la carrera de Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas,
Universidad del Azuay en Ecuador (julio.meneses@es.uazuay.edu.ec).

Paula Estefanía Fajardo Gutiérrez

Estudiante de la carrera de Derecho, Facultad de Ciencia Jurídicas,
Universidad del Azuay en Ecuador (paula.fajardo@es.uazuay.edu.ec).

Resumen

El fideicomiso mercantil constituye una figura sumamente provechosa en el mundo jurídico contemporáneo, empero, aún no se ha explorado al máximo todos sus beneficios. En este sentido, el presente artículo, mediante un enfoque jurídico-social, realiza una revisión teórica sobre el tema, a fin de conocer la versatilidad de este contrato; para lo cual se profundiza en su origen, evolución y regulación. Además, se detalla su aplicación dentro del sistema jurídico ecuatoriano con énfasis en situaciones como la protección de los haberes del patrimonio familiar, la constitución de obligaciones dinerarias, y la correcta distribución y gestión de los activos públicos. Del estudio se concluye que este patrimonio autónomo puede ser aplicable en el ámbito público y privado. En suma, genera una protección especial a los activos de un individuo, pues separa ciertos bienes del acervo individual y los traslada a uno autónomo, que es el fideicomiso mercantil. Finalmente, se establece que, si esta figura fuese mayormente impulsada en la vida práctica, los resultados obtenidos por el usuario serían más provechosos en comparación con otras figuras jurídicas.

Palabras clave

Fideicomiso mercantil, patrimonio autónomo, trust, pactum fiduciae, patrimonio familiar, obligaciones dinerarias, activos públicos.

Abstract

The mercantile trust is a highly advantageous figure in the contemporary legal world. However, all the benefits offered by this institution have not yet been fully explored. In this theoretical review, a legal-social approach explores the origin, evolution, and regulation of the versatile mercantile trust. In addition, its application within the Ecuadorian legal system was analyzed, emphasizing situations such as the protection of family assets, the constitution of monetary obligations, and the correct distribution and management of public assets. The study concludes that this figure can be applicable in the public as well as in the private sphere. In short, it generates special protection for an individual's assets since it separates certain assets from the individual patrimony and transfers them to an autonomous one, the business trust. Finally, it was established that if this figure were to be promoted in practice, the results obtained by the user would be more profitable in comparison with other legal figures.

Keywords

Mercantile trust, stand-alone trust, trust, pactum fiduciae, family assets, monetary obligations, public assets

Nociones introductorias

El fideicomiso mercantil es considerado una institución relativamente moderna, la cual forma parte —como su nombre lo indica—, de la rama mercantil del derecho. Sin embargo, a pesar de ser aplicable a una diversidad de situaciones jurídicas, este ha sido mínimamente regulado, impulsado y utilizado. Del mismo modo, gracias a su naturaleza y estructura, es posible obtener grandes beneficios, ya sea que los reciba quien constituye el fideicomiso o sus beneficiarios.

Su reglamentación se encuentra plasmada en la Ley de Mercado de Valores, que forma parte del Libro II del Código Orgánico Monetario y Financiero (Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, s. f.). En el artículo 109 del Código Orgánico Monetario y Financiero (2006) se indica que el fideicomiso mercantil es un contrato donde una o varias personas —conocidas como fideicomitentes— transfieren sus bienes de forma temporal y definitiva a un patrimonio autónomo, el cual posee personalidad jurídica.

Asimismo, se menciona en dicho enunciado normativo que esas propiedades serán gestionadas por una sociedad administradora de fondos y fideicomisos, que es su fiduciaria y representante legal; esta es la entidad que velará por el cumplimiento de los propósitos que han impulsado la creación del fideicomiso, sea a favor de los fideicomitentes o de un tercero beneficiario (Código Orgánico Monetario y Financiero, art. 109, 2006).

Esta noción desprende de sí varias características. En primer lugar, es preciso señalar que el fideicomiso mercantil nace de un acuerdo de voluntades que se materializa a través de un contrato. De este modo, se constituye un patrimonio autónomo con el objeto de segregar del acervo individual una masa de bienes, para así destinarlos a un fin específico. Consecuentemente, los haberes transferidos adoptan el carácter de temporales e irrevocables, por lo que el constituyente no podrá pedir su restitución ni el fideicomisario podrá aprovechar sus beneficios sin haber cumplido el plazo, la condición o el modo estipulado en el contrato para tal efecto.

En segundo lugar, corresponde mencionar que este contrato está dotado de personalidad jurídica, por lo que, pese a no ser una persona natural o jurídica, es capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones. A pesar de aquello, este será administrado por un representante legal conocido como fiduciario, encargado de cumplir con el objetivo para el que fue creado.

Ahora bien, en cuanto a los estudios previos acerca de esta temática, se ubica el realizado por Arias Vega (2008), cuyo autor advierte sobre el carácter multifacético de esta institución; ya sea como mecanismo de garantía, de administración o, incluso, a modo de herramienta aplicable a concesiones. De igual forma, Arias Vega (2008) reconoce la utilidad de esta figura en el ámbito contractual, al igual que en proyectos inmobiliarios o a manera de alternativa ante la sociedad mercantil.

Otro trabajo a destacar es el de Miño Brito (2016), quien estudió la posibilidad de utilizar un fideicomiso mercantil para instrumentalizar la comercialización de bonos de emisión de gases de efecto invernadero, con el objetivo de disminuir los niveles de contaminación en los distintos Estados.

Finalmente, se recurrió al trabajo de Ortega Illingworth (2013), cuyo autor introduce la alternativa de utilizar dicho patrimonio autónomo como herramienta para moldear empresas familiares en el ámbito nacional, a fin de evitar el empleo de figuras jurídicas externas.

Con base en estas investigaciones preliminares, el presente artículo de revisión teórica pretende dar a conocer la versatilidad del fideicomiso mercantil. Para ello se analizará la incidencia de esta figura dentro de ciertas situaciones jurídicas, entre ellas, la conservación del haber familiar, las obligaciones dinerarias contraídas con entidades financieras y, finalmente, la gestión de los activos públicos para el desarrollo de obras.

Antecedentes históricos

Dentro de este acápite es imperioso hablar sobre la etimología del término *fideicomiso*, el cual proviene de los vocablos latinos *fides* —que significa ‘fe’—, y *commissus* —que equivale a mandato o comisión—. Por ello, a breves rasgos, esta figura viene a ser considerada como una comisión de fe (Cañizares Zevallos, 2013). Esta noción para nada está alejada de la realidad, pues el fideicomiso mercantil representaba completamente dicha afirmación, como se explicará posteriormente.

En este sentido, a través de un análisis histórico, se puede establecer que el fideicomiso mercantil tiene sus orígenes en dos instituciones: el *pactum fiduciae* del derecho romano, y el *trust* del derecho anglosajón.

Figura del *pactum fiduciae* en el derecho romano

El *pactum fiduciae* se refiere a aquella figura jurídica por la cual un individuo transfiere (*tradens*) sus bienes en favor de otro (*accipiens*); este último tiene la obligación de restituir dichas propiedades, ya sea a quien se los entregó o a un tercero beneficiario (Del Solar Labarthe, 1995). Debido a su complejidad, el fideicomiso mercantil presenta dos modalidades denominadas *fiduciae cum creditore* y *fiduciae cum amico*.

La *fiduciae cum creditore* consiste en un negocio jurídico, a título oneroso, mediante el cual una persona, en calidad de deudor, traspasa sus propiedades a su acreedor por concepto de garantía; una vez extinguida la obligación principal, el actual propietario debe restablecer los bienes a su original titular (Rodríguez Azuero, 2017).

Con base en la anterior conceptualización se puede evidenciar que dicha figura guarda sus cimientos en la buena fe, pues es decisión del acreedor el respetar aquel acuerdo de voluntades y, una vez se extinguida la obligación, devolver los bienes entregados; o, en su defecto, enajenarlos o conservarlos (Rodríguez Azuero, 2017). En caso de optar por la segunda alternativa, el deudor no posee mecanismo alguno para recuperar los bienes; su única salida será ejercer una acción personal en contra del acreedor (Rodríguez Azuero, 2017), por lo que sitúa al obligado pasivo en una posición de desventaja y perjuicio frente al contrayente activo.

Por otro lado, de acuerdo con Rodríguez Azuero (2017), el *pactum fiduciae cum amico* se refiere a aquel contrato, a título gratuito, por el cual el constituyente transfiere sus bienes a una persona conocida como fiduciaria; quien es de su total confianza y a quien le otorga facultades administrativas y contractuales sobre las propiedades en cuestión. Por regla general, este negocio jurídico se configuraba cuando el constituyente tenía un viaje por un periodo prolongado y su objetivo era la protección de su patrimonio (Rodríguez Azuero, 2017).

Figura del “*trust*” en el derecho anglosajón

En lo referente al derecho anglosajón, es menester abordar la figura del *trust* como precedente mediato del fideicomiso mercantil, cuya institución jurídica se configura cuando un individuo (*settlor*) transfiere la titularidad de sus bienes a otras dos personas; a la primera se le confiere la administración de estas propiedades (*trustee*), y a la segunda (que puede ser el mismo *settlor*) se le otorga la facultad de beneficiarse de ellas (*beneficial owner*) (Terán Orbea, 2021).

Es por lo anterior que, a pesar de que el *trustee* es dueño del bien, no puede gozar del mismo, más puede enajenarlo. Por su parte, el beneficiario, al contrario del primero, tiene la facultad para beneficiarse de dicha propiedad, no obstante, está imposibilitado para venderlo (De Arespacocha, 2000, citado en Terán Orbea, 2021).

En cuanto a los elementos fácticos que permitieron la conformación de esta figura, se encuentra la Inglaterra medieval, en donde los ciudadanos, debido al excesivo valor de los tributos, ya sea por la existencia de algún impedimento social, económico o legal, transferían ciertas propiedades a otra persona (Terán Orbea, 2021). Se debe recordar también que en dicho periodo histórico existió una proscripción dirigida a las instituciones religiosas de adquirir inmuebles, lo que incidió en la configuración de un mecanismo en el cual los devotos adquirían propiedades que, a decir verdad, eran utilizadas y administradas por dichas estructuras (Terán Orbea, 2021).

Es así que, con base en dichas circunstancias, el *trust* ha encontrado su punto de partida en la necesidad de proteger los bienes propios a través de su transferencia de poder a otro.

Figuras en las que incide el fideicomiso mercantil

Como se infiere de la lectura, el fideicomiso mercantil puede ser utilizado en los más diversos contextos, pues es fácilmente moldeable y adaptable; sin mencionar lo provechoso que se vuelve al ser aplicado. En este sentido, es importante conocer algunas circunstancias en las que esta institución jurídica puede emplearse y los beneficios que trae para quien se sirve de aquella.

Patrimonio familiar

El patrimonio familiar constituye una de las instituciones dentro de las cuales es aplicable el fideicomiso mercantil, con el fin de potencializar y efectivizar su manejo. Esta figura hace alusión al conjunto de bienes que, por ministerio de la ley, se destina a un grupo familiar; a fin de garantizar el pleno desarrollo de sus miembros, la satisfacción de sus necesidades y la conservación de un nivel de vida aceptable en el hogar (Pérez Contreras, 2010).

Para una mejor comprensión de la noción de *patrimonio familiar*, es menester partir de su fundamento. En este sentido, dicho término pretende proteger a la familia de manera sustancial, para que esta se convierta en titular de haberes apreciables pecuniariamente, los cuales permitan la subsistencia de sus miembros (Aguilar Llanos, 2002). Se debe aclarar, empero, que dicho propósito, en el contexto histórico, ha sido restringido solo a determinados individuos por varios factores; delimitándose la libertad para constituir un haber familiar.

Es por ello que resulta necesario analizar al *homestead*, término que surge como antecedente mediato de esta institución en Norteamérica, y, en lato sensu, hace referencia a todos los bienes con los que cuenta una familia (Aguilar Llanos, 2002). Cabe mencionar que del estudio de esta figura se desprenden, a su vez, dos nociones conocidas como *homestead lowe* y *homestead exception*.

El primer término consiste en la donación de un predio público por parte del Gobierno a los colonos, con el fin de garantizar la estabilidad de su grupo familiar. Por otra parte, el *homestead exception* configura los requisitos que deben observarse para que sea viable acceder al *homestead lowe*. Así se determinan cuestiones como la inembargabilidad del terreno cedido por el Estado, de manera que se salvaguarda directamente el patrimonio de la familia (Aguilar Llanos, 2002).

Bajo este contexto, se puede establecer de manera inequívoca la importancia del patrimonio familiar como una figura que garantiza la subsistencia y prosperidad económica de la célula de la sociedad. En virtud de ello, aparece el fideicomiso mercantil, a modo de mecanismo protector de esta institución (Galván Rivera, 1996).

Ahora bien, el rol que adopta este contrato puede analizarse a través de diferentes tópicos, sobre todo en lo correspondiente a la gestión de los bienes familiares y a la inembargabilidad de estos.

Con respecto a la administración de los bienes del acervo familiar, es menester resaltar el rol que asume la administradora de fondos y fideicomisos en relación a los bienes transferidos por el constituyente al patrimonio autónomo. Es así que de acuerdo con Illingworth Uscocovich (2019), la representación legal ejercida por la fiduciaria viene a constituir una garantía innata para la conservación de los activos de una familia, pues evita un manejo inadecuado de los negocios familiares por intervención única de los constituyentes. Asimismo, el autor indica que la gestión de estos bienes por parte de la fiduciaria permite una verdadera potencialización de los frutos y productos provenientes de las propiedades sujetas a este contrato, que es el fideicomiso.

Por otro lado, Illingworth Uscocovich (2019) resalta que el personal con el que cuenta una fiduciaria en el campo práctico otorga objetividad al momento de brindar un manejo profesional de los fondos familiares, sobre todo en el campo contable, administrativo y de custodia. Del mismo modo, el autor explica que la colaboración interinstitucional que permite esta figura traería consigo la posibilidad de delegar ciertas atribuciones a otras empresas, sin ningún cargo adicional que deba ser cubierto por el constituyente; siempre y cuando estén dirigidas a lograr el fin establecido en el contrato.

Otra de las ventajas que conlleva el auxilio de la fiduciaria radica en la posibilidad de configurar una comisión, con el objetivo principal de decidir en conjunto sobre situaciones de gran complejidad que puedan llegar a repercutir en perjuicio del patrimonio autónomo constituido (Rodríguez-Azuero, 2007).

Finalmente, es acertado destacar la variedad de derechos con los que cuenta el constituyente o el beneficiario del fideicomiso mercantil. Así se tienen prerrogativas que velan principalmente por el cumplimiento del negocio jurídico y la permanente información sobre la gestión y administración en favor del beneficiario; así como también, existe la responsabilidad civil o penal de la representante legal por negligencia en el ejercicio de lo pactado. Esto debe ser entendido sin ningún tipo de perjuicio ante lo que se haya acordado dentro del contrato de constitución.

Por otra parte, la transferencia de bienes del patrimonio familiar a un fideicomiso mercantil reviste a los mismos con la calidad de inembargables (Illingworth Uscocovich, 2019). Esta particularidad guarda fundamento en la profunda naturaleza de los patrimonios autónomos o de afectación. En definitiva, se hace referencia a los conjuntos de derechos y obligaciones aislados al haber de cada persona; en este caso, del constituyente y el beneficiario. Es por esta razón que los activos de la familia que se transfieren a un fideicomiso dejan de ser exigibles por acreedores de aquellas obligaciones contraídas; tanto por parte de la fiduciaria como del constituyente y el beneficiario.

Claro está que este traspaso de bienes no debe encasillarse como fraude en perjuicio de los acreedores, cometido con la finalidad de eludir el cumplimiento de obligaciones; al contrario, dicho negocio jurídico podría llegar a rescindirse en virtud de lo consagrado por el artículo 2370 del Código Civil (2005), que contempla la acción rescisoria pauliana.

Con base en los privilegios analizados, resulta prudencial instituir a esta figura como uno de los mecanismos más eficientes en cuanto se refiere a la subsistencia del patrimonio familiar.

Constitución de obligaciones dinerarias

En esta misma línea, existe otra utilidad que genera el fideicomiso mercantil, la cual se visibiliza al momento de la configuración de obligaciones con instituciones del sistema financiero. Para ello es sustancial atender a dos modalidades que asume este contrato, que son: como garantía y como sujeto crediticio.

Fideicomiso mercantil como garantía de una obligación

En etapas previas de este escrito se realizó un análisis general de la historia de este contrato, en cuyo recorrido se destacó su presencia tanto en el derecho romano como el anglosajón. En ambos contextos, esta figura se ha utilizado comúnmente para salvaguardar el cumplimiento de obligaciones, lo cual sigue siendo una de sus funciones primordiales hasta la actualidad.

En la legislación ecuatoriana, particularmente en el artículo 31 del Código Civil (2005), se reconoce como especies de caución a la hipoteca, la fianza y la prenda; empero, este listado no es taxativo, por lo que este contrato también puede fungir como un tipo de garantía. Esto se confirma en el artículo 122 del Código Orgánico Monetario y Financiero, Libro II de la Ley de Mercado de Valores (2006), donde se indica que los bienes contemplados en el fideicomiso mercantil constituyen un derecho general de prenda para los acreedores de dicho patrimonio autónomo, que, entonces, pueden ser objeto de embargo y de medidas cautelares o preventivas.

Este tipo de patrimonio autónomo es conocido como fideicomiso de garantía, pues el conjunto de bienes que lo conforman sirve de caución para el cumplimiento de una obligación (Echeverría Muñoz, 2017).

Esta institución presenta varias ventajas al acreedor por sobre el resto de cauciones reguladas. Una de ellas está dirigida a evitar el engorroso trámite judicial por el que los obligados deben pasar en caso de incumplimiento. Lo que se busca con este negocio jurídico es atribuirle a un tercero (fiduciaria) la facultad de transferir los bienes del fideicomiso al acreedor (beneficiario), en caso de que el obligado pasivo (constituyente) no cumpla con lo pactado (Morillo Enríquez, 2019). Así

ambos contratantes se ahorran el tiempo que tardaría en resolverse esta situación jurídica en la administración de justicia.

Relacionado con lo antedicho, el acreedor vendría a tener una posición privilegiada frente a otros acreedores, como los prendarios o hipotecarios, pues estos se encuentran condicionados a iniciar un juicio legal que podría tardar años, lo que causaría el deterioro del bien prendado o hipotecado; y, por ende, la disminución de su valor (Arteaga-Molina, 2021).

Finalmente, es prudente referirse a la irrevocabilidad del fideicomiso, la cual genera una garantía reforzada, pues las cosas que se encuentran dentro del patrimonio autónomo ya no pertenecen al constituyente, con lo cual este será incapaz de enajenarlos o perderlos. A su vez, esos bienes tampoco podrán ser objeto de embargo o de medidas cautelares provenientes de obligaciones personales del fideicomitente, ni este tendrá la posibilidad de pedir la restitución de sus bienes sin la extinción total de la obligación; salvo que se haya pactado lo contrario (Arteaga-Molina, 2021). Por tanto, se puede evidenciar la seguridad que brinda el fideicomiso al momento de contratar, de manera que se evita a toda costa que el acreedor se encuentre en una posición de indefensión.

En virtud de ello, se determina entonces que esta figura actúa como una suerte de caución que genera beneficios al acreedor en caso de existir una obligación, pues la facilidad y agilidad con la que se puede satisfacer una deuda en caso de incumplimiento hace que esta clase de garantía sea mucho más segura, incluso frente a la hipoteca o prenda.

Fideicomiso mercantil como sujeto pasivo de una obligación

Como bien se sabe, el fideicomiso mercantil es un patrimonio autónomo que posee personalidad jurídica propia, por lo que puede ejercer derechos y contraer obligaciones. Además, contiene un conjunto de bienes distinto al del constituyente, fiduciaria o, incluso, del fideicomisario. Por consiguiente, no es tan descabellado sugerir que dicha institución llegue a ser un sujeto crediticio frente a una entidad financiera.

Para sostener semejante aseveración, es esencial remitirse al artículo 115 del Código Orgánico Monetario y Financiero, Libro II Ley de Mercado de Valores (2006), en el cual se determina la posibilidad que tiene el fideicomiso de adquirir financiamiento por parte de instituciones crediticias a favor del cumplimiento de sus finalidades; es decir, la fiduciaria, en calidad de representante legal de dicha figura, tiene la facultad de solicitar un préstamo bancario a nombre del patrimonio autónomo y de adquirir una obligación dineraria con una entidad del sistema financiero.

Ciertamente, es importante tomar en cuenta que, para ser el fideicomiso considerado como sujeto pasivo de una obligación monetaria, este necesita garantizar al acreedor la posibilidad de cobrar la misma en caso de incumplimiento. Es por ello que el artículo 118 del del Código Orgánico Monetario y Financiero, Libro II Ley de Mercado de Valores (2006), indica que este debe contar con bienes suficientes para cumplir con las responsabilidades que el fiduciario adquiera en nombre del primero.

Otro aspecto imprescindible de tratar radica en la imposibilidad del fideicomiso de servir como un medio para ejecutar actos que no puedan ser realizados por el constituyente personalmente (Niño Álvarez, 2022). Si bien no se regula de forma directa lo anterior en el mencionado Código Orgánico-Ley de Mercado de Valores, se debe tomar en cuenta que, si la finalidad de dicho contrato es contraria al ordenamiento jurídico, no será factible constituir dicha institución. En caso de que se configure un patrimonio autónomo con estas particularidades, las entidades bancarias mirarían inviable invertir en el mismo por los riesgos que traería.

A manera de síntesis, se puede inferir que es totalmente posible que el fideicomiso llegue a ser sujeto crediticio, siempre y cuando su objetivo sea cumplir la finalidad para la cual se lo constituyó. Empero, es importante que se tome en consideración las limitaciones que el ordenamiento jurídico le impone a esta figura, a fin de que las obligaciones contraídas con la entidad bancaria sean sostenibles.

Manejo de activos estatales para el desarrollo de obras públicas

La realidad ecuatoriana ha demostrado en diversas ocasiones que el manejo de recursos públicos por parte de entidades estatales y mixtas ha sido deplorable. Desde el momento en que se fija el presupuesto general del Estado, existen irregularidades y deficiencias que provocan la ausencia de certeza y previsibilidad de la ciudadanía con el poder público.

Con miras a resolver esta problemática, sobrevino la elaboración del proyecto de la Ley Orgánica para la Atracción de Inversiones, Fortalecimiento del Mercado de Valores y Transformación Digital, con carácter de urgencia económica por parte del presidente Guillermo Lasso, en febrero de 2022. Según Dávalos (2022), dicho proyecto legislativo contemplaba la posibilidad de transferir los bienes asignados para la implementación de políticas públicas a fideicomisos mercantiles, y como consecuencia esto generó la introducción de conceptos como precios; al igual que la inclusión de dinámicas de competencia en el mercado y de exclusividad. Señala además que, con esto último, se visibiliza la problemática principal de esta ley, pues traspasar activos públicos al ámbito privado incrementaría el riesgo de los bienes correspondientes. Cabe aclarar que el proyecto se encuentra actualmente archivado.

Bajo este contexto, a manera de crítica y replanteamiento del concepto de *privatización de las políticas públicas*, el cual se empleaba en el proyecto de ley recién mencionado, surge la interrogante: ¿acaso un fideicomiso mercantil puede cumplir la función de distribuir equitativamente los recursos para la ejecución de obras por parte de las diversas entidades públicas y mixtas? Para responder a ello, es necesario esbozar una solución en la teoría y en el campo práctico nacional.

En lo teórico, la transferencia de activos públicos a un fideicomiso mercantil conlleva más ventajas que desventajas. Como primer punto clave a resaltar es que una fiduciaria —siempre que cuente con los recursos necesarios— debe estar capacitada para llevar a cabo la distribución progresiva y constante de bienes del Estado hacia los diferentes organismos destinatarios.

Claro está que la delegación de esta atribución no puede darse en su totalidad, y mucho menos debe producirse en ámbitos especiales, como lo relacionado a los sectores estratégicos, sino que necesita aplicarse en ciertas áreas que congestionen la actividad administrativa del poder público y disminuyan la capacidad para encargarse de lo que en realidad es trascendental. Asimismo, resultaría irracional pretender que la sola distribución de activos de la fiduciaria garantizará su correcto manejo por parte de quienes los reciben. Con base en ello, se considera vital fortalecer el auxilio interinstitucional con los respectivos órganos de control interno y externo.

Otro de los beneficios al emplear esta figura es la mayor facilidad para perseguir judicialmente a los responsables por la inadecuada distribución de los bienes públicos, con lo cual sería la fiduciaria quien respondería por ello. Cabe mencionar que esta última no solo quedaría como la culpable ante los ilícitos cometidos, sino, incluso, por la ineficiencia en el desarrollo de sus funciones; esto permitiría lograr una maximización en los resultados esperados originalmente de la administración pública.

Ahora bien, para desplazar este análisis teórico a la realidad, se debe tomar en cuenta dos factores: la débil institucionalidad de los órganos del poder público en Ecuador y la deficiente fiscalización del uso de recursos públicos.

Desde este enfoque, lo mencionado anteriormente llega a parecer utópico. Sin embargo, podría convertirse en una realidad siempre que exista un empeño en desarrollar un modelo eficiente, planteado con bases y argumentos acordes al espacio en el que será aplicado, y no con la inspiración de cánones extranjeros. Se requiere fortalecer la administración pública para supervisar el rol desempeñado por los fideicomisos mercantiles, lo cual, en principio, significaría mayores responsabilidades; más se debe recordar que el manejo de estos patrimonios coadyuvaría a la descarga de las funciones excesivas que se les asigna a las instituciones del Estado.

Tras lo manifestado, no resultaría tan desacertado considerar un cambio de paradigma que otorgue funciones públicas al sector privado en razón del bien común.

Reflexiones finales

El fideicomiso mercantil representa una de las instituciones más versátiles y novedosas del derecho mercantil. Por ello resulta sustancial destacar no solo su naturaleza jurídica, fundamentada en la noción de patrimonio autónomo; sino que también es vital atender a su origen tanto en el *pactum fiduciae* del derecho romano, como en la figura del trust del derecho anglosajón para lograr entender la necesidad de proteger los bienes de un individuo mediante su transferencia a un tercero.

En este sentido, son estos antecedentes los que han dotado de un fundamento sólido al fideicomiso mercantil, lo cual ha permitido un variado desarrollo histórico y una considerable evolución respecto a su aplicación práctica, sin llegar a afectar su esencia. Empero, se debe mencionar que, a pesar de su transmutación y adaptación a nuevas exigencias sociales, este tipo de contrato no ha sido aprovechado en cada una de sus facetas. Es por ello que el propósito de este artículo fue visibilizar la trascendencia de esta institución, para así dar a conocer cómo emplearla en diferentes figuras, ya sea del derecho mercantil como de otras ramas del derecho.

De este modo se puede afirmar que el fideicomiso mercantil constituye un instrumento de protección con respecto a los bienes del acervo familiar, a fin de proporcionar un mejor aprovechamiento de su gestión. A su vez, es posible que este funja como garantía de obligaciones pecuniarias, pues los bienes contenidos en este otorgan derecho general de prenda a sus acreedores. Inclusive, dicho patrimonio autónomo tiene la capacidad contraer compromisos en dinero, ya que al estar dotado de personalidad jurídica, puede convertirse en sujeto de derechos y obligaciones.

Por otra parte, al explorar nuevas posibilidades, se ha examinado al fideicomiso mercantil como un instrumento para la distribución de bienes públicos hacia los distintos organismos estatales, con el fin de aprovechar las ventajas que conlleva el uso de este en beneficio del interés general.

Se puede concluir entonces que las particularidades que giran en torno a la figura del fideicomiso, en materia mercantil, por sí solas le permiten tener protagonismo tanto en el ámbito privado como en lo público. De igual modo, logran instaurar un mecanismo de seguridad para los bienes transferidos a este patrimonio autónomo, con lo cual únicamente quedan expuestos aquellos que están dentro del haber de cada persona.

En tal sentido, se recomienda un mayor aprovechamiento del fideicomiso mercantil en la vida práctica, pues, si bien se encuentra contemplado en el sistema jurídico ecuatoriano, su uso es casi inexistente. Con esto se lograría maximizar el desempeño que se hubiera reflejado mediante el empleo de otras figuras jurídicas.

Referencias

- Aguilar Llanos, B. (2002). Patrimonio Familiar. *Foro Jurídico*, (1), 133-141. <https://bityl.co/Lreb>
- Arias Vega, C. R. (2008) *Fideicomiso mercantil en el Ecuador, origen, desarrollo y ventajas en su aplicación* [tesis de maestría, Universidad del Azuay]. Repositorio Institucional de la Universidad del Azuay. <https://bityl.co/LsIN>
- Arteaga-Molina, M. V. (2021). *El fideicomiso mercantil como instrumento de garantía* [tesis de maestría, Universidad Internacional de la Rioja]. Reunir Repositorio Digital. <https://bityl.co/LrhW>
- Cañizares Cevallos, K. A. (2013). *El contrato de fideicomiso mercantil en la legislación ecuatoriana* [tesis de pregrado, Universidad de Cuenca]. Repositorio Institucional U Cuenca. <https://bityl.co/LsIP>
- Código Civil. (2005). (Ecuador). Recuperado el 10 de agosto de 2023. <http://bit.ly/3SuZ0pj>
- Código Orgánico Monetario y Financiero Libro, II Ley de Mercado de Valores (2006). (Ecuador). Recuperado el 10 de agosto de 2023. <https://bityl.co/LmQI>
- Dávalos, P. (2022). El proyecto de Ley de Atracción de Inversiones: hacia la reforma neoliberal del Estado en Ecuador. *NULLIUS: Revista de pensamiento crítico en el ámbito del Derecho*, 3(2), 24-54. <https://bityl.co/LsFL>
- Del Solar Labarthe, S. (1995). Aproximación a los negocios fiduciarios. *IUS ET VERITAS*, 5(10), 229-242. <https://bityl.co/Lnhv>
- Echeverría Muñoz, D. E. (2017). *Análisis de las reformas introducidas por la Ley Orgánica de Fortalecimiento y Optimización del Sector Societario y Bursátil sobre el fideicomiso mercantil en garantía* [tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar]. UASB-Digital. <https://bityl.co/LrhH>
- Galván Rivera, F. (1996). *El patrimonio familiar en el vigente derecho mexicano*. Repositorio del Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. <https://bityl.co/LrfP>
- Illingworth Uscocovich, D. (2019) *Los beneficios del fideicomiso mercantil para la protección del patrimonio familiar* [tesis de pregrado, Universidad de Especialidades Espíritu Santo]. Repositorio digital de la Universidad de Especialidades Espíritu Santo. <https://bityl.co/Lrg4>
- Miño Brito, D. (2016). *El fideicomiso mercantil ambiental como medio para instrumentar la comercialización de bonos de emisión de gases de efecto invernadero* [tesis de pregrado, Pontificia Universidad Católica del Ecuador]. Repositorio PUCE. <https://bityl.co/Lsle>
- Morillo Enríquez, K. P. (2019). *La reincorporación del fideicomiso mercantil de garantía automotriz en el Ecuador* [tesis de pregrado, Pontificia Universidad Católica del Ecuador]. Repositorio-PUCESI. <https://bityl.co/LrhQ>
- Niño Álvarez, J. C. (2022). *El fideicomiso como sujeto pasivo de crédito y la ejecución de garantías fiduciarias bajo el régimen de reorganización en Colombia: ¿Un posible quiebre al concurso de acreedores?* [tesis de maestría, Universidad de los Andes]. Séneca Repositorio Institucional. <https://bityl.co/LsE8>
- Ortega Illingworth, G. V. (2013). *El fideicomiso mercantil como instrumento de planificación en empresas familiares* [tesis de maestría, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil]. Repositorio Digital UCSG. <https://bityl.co/LsIs>
- Pérez Contreras, M. de M. (2010). Patrimonio de familia. En *Derecho de familia y sucesiones* (pp. 175-181). Nostra Ediciones. <https://bityl.co/LreU>
- Rodríguez Azuero, S. (2017). *Negocios fiduciarios: su significación en América Latina* (2.a ed.). Legis Editores. <https://bityl.co/Lnl0>
- Rodríguez-Azuero, S. (2007). El fideicomiso mercantil contemporáneo. *ICADE. Revista De La Facultad De Derecho*, (70), 7-55. <https://bityl.co/Lrfu>
- Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros. (s. f.) *Historia del mercado de valores ecuatoriano*. <https://bityl.co/LmPE>
- Terán Orbea, M. C. (2021) *Problemática jurídico-tributaria del fideicomiso mercantil inmobiliario en Ecuador con relación al impuesto a la renta* [tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar]. UASB-Digital. <https://bityl.co/LsJB>



LEGAL GROUP
GAMANLAW

Desafíos del derecho ambiental: problemática de la legitimidad de los delitos ambientales

Challenges of environmental law: problems of legitimacy of environmental crime

Doménica Garzón

Estudiante de la carrera de Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad del Azuay
(domenica.garzon@uazuay.edu.ec)

Ma. Paz Pérez

Estudiante de la carrera de Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad del Azuay
(maria.perez@uazuay.edu.ec)

Resumen

El hombre y la naturaleza están unidos por un vínculo indestructible. Se puede vislumbrar en cada paso del desarrollo de las dinámicas del ser humano una transformación en su concepción del ecosistema; en cuyo proceso pasa de un paradigma antropocéntrico del derecho moderno, a la subjetivización de la naturaleza. El presente artículo realiza una indagación y un análisis bibliográfico sobre el derecho ambiental internacional, como la rama encargada de garantizar la protección y defensa de los derechos de la naturaleza y del medio ambiente. En esa misma concepción surgen los delitos ambientales, a modo de actos antijurídicos, culpables de ocasionar efectos negativos en el entorno; y, a su vez, en el desarrollo social y económico. Los resultados del estudio permitirían determinar y asimilar los principales problemas de legitimidad y practicidad a los que se enfrentan dichas conductas antijurídicas en la realidad jurídica, por su propia naturaleza. Al finalizar, también se hará alusión a una de las potenciales respuestas que se generó a raíz del orden ambiental mundial.

Palabras clave

Derecho ambiental, delito ambiental, daño ambiental, normas penales en blanco, administrativización, ilegitimidad

Abstract

An unbreakable bond connects man and nature. It can be glimpsed in every step in the development of human dynamics, the transformation in the conception of the ecosystem, and the move from an anthropocentric paradigm of modern law to the subjectivization of nature. The following article will carry out a bibliographical investigation about International Environmental Law, as the branch of law that ensures the protection and defense of the rights of nature and the environment; arising from this same conception are Environmental Crimes, as unlawful acts that cause a negative consequence to our surroundings, and in turn to social and economic development. The study's results will help identify and address the main issues of legitimacy and practicality that arise from illegal activities, which are inherently problematic in legal terms. Finally, it will also address one of the potential responses generated by the global environmental order.

Keywords

Environmental law, environmental crime, environmental harm, blank criminal rules, illegitimacy, administration

El nacimiento del derecho ambiental, a modo de ciencia jurídica, surge como una respuesta legal a la crisis climática que la humanidad ha palpado con mayor ímpetu en las últimas décadas. Ergo, es indiscutible que, dada la realidad actual, lo anterior haya impulsado un arduo debate — aún en curso— sobre la existencia y legitimidad de los crímenes ambientales.

Dichos crímenes ambientales han encaminado al cooperativismo interdisciplinario de las diferentes ramas del derecho, con miras de enfrentar, bajo un sistema normativo global, la problemática ambiental dada por décadas de abuso y explotación humana a los recursos naturales. Por consiguiente ha surgido una creciente protección de la naturaleza, contraria al paradigma clásico antropocéntrico que fue creado por el modelo económico capitalista.

Es por tal razón que en la siguiente recopilación bibliográfica sobre el tema, se presenta la trayectoria de iniciativas en torno a la protección ambiental en el ámbito internacional, hasta que sus propósitos se consolidaron como parte de los deberes y derechos en el contexto jurídico.

Posteriormente, se realiza también un análisis de los principales motivos detrás de los problemas relacionados con las normas penales en blanco; cuyas razones permitirán comprobar la ilegitimidad de dichas leyes. Por último, en la etapa final, el enfoque estará en examinar la respuesta de la comunidad internacional al momento de abordar las dificultades que surgen al tratar los delitos ambientales.

Revisión de la literatura

Conceptualizaciones de derecho ambiental y delito ambiental

Una de las principales formas usadas para el cuidado del medio ambiente, a fin de garantizar material y formalmente su protección a nivel internacional, es al juzgar los hechos considerados como delitos ambientales. Estas acciones son sancionadas con el objetivo de asegurar la defensa de la naturaleza, ya sea como fuente de consumo, en calidad de elemento esencial para la subsistencia humana, o a modo de sujeto de derecho (Barahona Néjer y Añazco Aguilar, 2020).

A priori, con el objeto de iniciar el análisis sobre la naturaleza jurídica en lo que respecta a delitos ambientales, es de imperiosa necesidad conceptualizar estos últimos; sin embargo, antes de ello es vital definir primero qué es el derecho ambiental.

Para el catedrático Real Ferrer (2015, citado en Peña, 2017), el derecho ambiental es “la reacción frente a la certeza” (p. 11) de un colapso ambiental, consecuencia del modelo de producción y consumo imperante en la sociedad. Por otro lado, el jurista González Ballar (2001, citado en Peña, 2017) afirma que dicho término se puede definir como la respuesta a las discrepancias jurídicas-ambientales, las cuales afectan el modelo de desarrollo social, económico y ambiental.

A partir de las conceptualizaciones indagadas, es posible advertir que ninguno de los autores citados afirma que el derecho ambiental es simplemente un ‘derecho del ambiente’, puesto que este primer término, en realidad, es de gran importancia al ser la rama del derecho que busca la protección jurídica ante las circunstancias que posibilitan la vida y supervivencia de todos los elementos que integran la naturaleza. Esto con el objetivo de encontrar un medio efectivo para frenar la degradación ambiental, un problema esencial al que se enfrenta la sociedad desde hace décadas, y cuya solución garantizaría el equilibrio ecológico, la eficiencia económica y la equidad social en las intergeneracionales e intrageneracionales (Peña Chacón, 2016).

Una vez entendida la noción *derecho ambiental*, es necesario pasar a conceptualizar los delitos ambientales. Es de conocimiento general para los juristas que *delito* es la conducta que comúnmente infringe la ley y que se le atribuye a alguien y culpable, cuyo acto es sancionado con una pena, (Jiménez de Asúa, citado en Tello Bustos, 2015); ¿pero qué es delito ambiental?

Tello Bustos (2015) complementa su definición anterior al mencionar que aquellos actos considerados como delito ambiental “[...] contravienen disposiciones administrativas, normativas y reglamentarias que causan un daño al medio ambiente” (p. 55). Por tanto, el delito medioambiental

es una infracción que contradice la normativa ambiental, o implica acciones con consecuencias negativas para el entorno natural.

Sin embargo, vale tener en cuenta que el delito ambiental no solo impacta a la naturaleza de forma material cuando interviene sobre los recursos necesarios para las actividades productivas y culturales, desde una visión centrada en el ser humano; sino que a su vez afecta las bases de la existencia social y económica al poner en peligro la vida, pues dichos actos conllevan a la destrucción de las conexiones entre el hombre y el entorno (Columbus Murata, citado en Tello Bustos, 2015).

Ahora bien, varios tratadistas expresan que es inverosímil hablar de delitos ambientales desde la perspectiva del derecho penal clásico —el mismo que castiga violaciones, hurtos, homicidios, etc.—, pues este tipo de crímenes, que atentan contra la prevención y protección del bien legal salvaguardado, encajan de mejor manera con el derecho penal moderno (Romero, 2020, citado en Monar Villegas, 2021).

El derecho penal moderno, también llamado derecho penal del riesgo, hace referencia a la contingencia de un daño —es decir aquello que puede o no suceder—, pues este tipo de derecho no protege los bienes jurídicos cuando ya han sido violentados; más bien, como se mencionó anteriormente, su finalidad es prevenir la vulneración, con la intención de garantizar su seguridad (Romero, 2020, citado en Monar Villegas, 2021).

Nacimiento del derecho ambiental internacional

Se conoce que el derecho y la normativa jurídica evolucionan y se direccionan según las exigencias de la sociedad cambiante. El derecho busca proteger y satisfacer, a través de sus distintas ramas, las necesidades del hombre. Es por lo anterior que, en primera instancia, el derecho conduce la discusión sobre el medio ambiente como si este entorno natural fuese simplemente una fuente de producción, o un bien perteneciente al hombre y dirigido a complacer sus intereses (Rozzi, 1997).

Después de décadas, esta visión antropocentrista se ha diversificado, en la medida que el actual debate ha cambiado de óptica con la aparición de la conciencia ecológica. Así pues, el medio ambiente ya no será visibilizado exclusivamente por el beneficio conferido al hombre, sino se le reconocerá como un nuevo sujeto, razón por la que, se le garantizará un pleno goce de derechos (Foa Torres, 2011)¹.

De acuerdo con Fretes (2011), no fue sino hasta los años sesenta que las sociedades finalmente se percataron que la visión utilitarista de la naturaleza, resultado de los modelos de producción y consumo de la época, conllevaba consecuencias negativas en el medio ambiente y, por ende, en la calidad de vida de los seres humanos. Esto condujo al surgimiento de una conciencia ecológica, aunque estas iniciativas no fueron plasmadas en ningún documento oficial.

Es esta nueva conciencia ambiental lo que llevó a las sociedades del mundo a darse cuenta de la necesidad de una regulación ambiental internacional, la cual se materializó en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano de 1972; también conocida como la Conferencia de Estocolmo. Esta marcó un hito al ser la primera conferencia mundial en priorizar el medio ambiente como un tema significativo; también lideró el inicio de las conversaciones entre países industrializados y en desarrollo respecto a la contaminación transfronteriza y la degradación ambiental, al igual que sobre el nexo entre el crecimiento económico y las problemáticas ambientales y sociales, como la contaminación del aire, la pobreza, la contaminación de océanos, entre otros (Naciones Unidas [ONU], s. f.a).

¹. En referencia a que la naturaleza adquiere personalidad jurídica, es decir, se convierte en un sujeto de derechos. Esto implica la existencia de una obligación o un mandato que le garantiza a la naturaleza el poder ejercer y disfrutar de sus derechos plenamente; el goce del Otro del Otro.

El primero de los 26 principios expuestos en la Declaración de Estocolmo sobre el medio ambiente dejó a la luz el objetivo bajo el cual se celebró dicha conferencia, pues este expresa la convicción común de que:

El hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras. (ONU, 1973, p. 4)

Bajo este contexto, en 1983 se creó la Comisión Mundial del Medio Ambiente y Desarrollo (CM-MAD), en cuyo informe de 1987, conocido como Brundtland o Nuestro Futuro Común, se presentó el concepto de desarrollo sostenible como aquel que permite complacer las demandas de las generaciones actuales, sin comprometer a las futuras de satisfacer sus propias necesidades (CIED, s. f.; CEPAL, s. f.).

A modo de segunda edición, en 1992 se realizó la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, conocida también como Cumbre para la Tierra, llevada a cabo en Río de Janeiro. Esta resultó sustancial para el desarrollo y evolución del derecho ambiental, lo que se evidenció en los principios uno y cuatro de la *Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*:

Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible. Tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza.

A fin de alcanzar el desarrollo sostenible, la protección del medio ambiente deberá constituir parte integrante del proceso de desarrollo y no podrá considerarse en forma aislada. (ONU, 1993, p. 3)

Posteriormente, en 1995 se suscribió el Protocolo de Kyoto, cuyo objetivo era que los países industrializados redujeran la producción de gases de efecto invernadero (ONU, s. f.b)². A continuación, 175 líderes mundiales firmaron en el 2016 el Acuerdo de París: “[...] agrupa a todas las naciones del mundo, por primera vez en la historia, bajo una causa común: realizar ambiciosos esfuerzos con el objetivo de combatir el cambio climático y adaptarse a sus efectos” (ONU, s. f.b, párr. 22). Además, este último convenio también buscó limitar la temperatura mundial en el siglo XXI a niveles muy por debajo de los 2 °C (United Nations Climate Change, s. f.).

En definitiva, es evidente que la ONU ha desempeñado un papel importante en la protección del medio ambiente a través de la historia, además de constituir un elemento clave en el desarrollo del derecho ambiental en el contexto mundial; esto último como una respuesta a los conflictos ambientales para así garantizar la protección de la naturaleza y el medio ambiente, al igual que evitar posibles secuelas en el desarrollo de la sociedad.

Aun cuando se hayan logrado avances en la protección ambiental como un derecho humano, no se ha llegado a un consenso en el ámbito penal ambiental. El catedrático Nieto Martín (2011) propone que el desarrollo dogmático del derecho ambiental en el ámbito penal se ajuste a dos pilares fundamentales: el primero sería una normativa compartida, derivada de la armonización de leyes sobre el derecho internacional ambiental; y el segundo, la responsabilidad colectiva.

Cabe mencionar que, en vista de las dificultades que supone la implementación de esta iniciativa por los límites de la soberanía estatal, la creación de un sistema legal penal y global, específico para el medio ambiente, debe incluir la jurisdicción de tribunales supranacionales y una definición precisa de los delitos (Nieto-Martín, 2011; Fuentes Loureiro, 2022).

2. Véase también el informe Calentamiento global de 1,5 °C, publicado por el grupo IPCC en el 2019, donde las Naciones Unidas sugiere mantener el calentamiento global en 1,5 °C, en vez de 2 °C o más

Introducción al delito ambiental

El derecho ambiental busca evitar actos que ocasionen daños al ambiente o que impidan el cumplimiento del objetivo de protección y sostenibilidad (Prieur, 2012; Real Ferrer, 2015; citado en Peña Chacón, 2016). Por tal motivo, es inevitable la intervención coactiva del Estado mediante dos ramas del derecho interconectadas: la administrativa y penal. De ahí que se hable de delitos ambientales, pues estos resultan en conductas cometidas por personas naturales o jurídicas, ya sea por voluntad propia o imprudencia, las cuales son tipificadas en calidad de crímenes ambientales en cada ordenamiento jurídico; lo que amerita una sanción por ello.

Ahora bien, todo delito ambiental es antecedido por un daño medioambiental que perjudica los recursos naturales, y cuyo comportamiento agravia —directa o indirectamente— el equilibrio en la calidad de vida de todos los seres bióticos y abióticos del ecosistema, así como las bases de la existencia socioeconómica, cultural y las relaciones hombre-espacio (Bastidas Narváez, 2017).

Sin embargo, a pesar de la disimilitud de protección en los diferentes sistemas jurídicos, en cuyas circunstancias los Estados mantienen una mayor discrecionalidad en su regulación, es innegable que cualquier daño ambiental, sea este el resultado de un delito o no, siempre llevará consigo la necesidad de una reparación integral.

En ese sentido, López Bassols (2001, citado en García López, 2007) afirma que entre los principios esenciales del derecho internacional público existe uno que proporciona el fundamento para el sistema de responsabilidad internacional en casos de perjuicios ambientales; este dicta: “La violación de una obligación genera la obligación de reparar el daño que se produzca” (p. 485). En otras palabras, al profundizar en la problemática de los delitos ambientales, se debe considerar que el daño ambiental siempre deberá inferir en una reparación integral.

El doctrinario Rob White (2011) expresa que el significado de delito suele estar vinculado al Estado, ya que los criterios que se siguen para definir qué conductas —y cuáles no— se consideran un crimen ambiental dependen del Estado y sus leyes; es decir, aquello considerado como infracción está siempre definido por la norma. Sin embargo, el autor añade que el delito también se define en términos de gravedad del daño, con lo cual se tendría que decidir qué tipo de actividades constituyen un delito real y cuáles merecen una respuesta menos severa al percibirse como menos graves.

Con ello se concluye que la identificación de qué acciones constituyen crímenes ambientales y cuáles no, es un proceso social e inherentemente político. Esto se debe a que implica la incorporación de principios básicos y visiones sobre el tipo de sociedad donde se desea vivir. Además, estos proyectos y perspectivas de sociedad pueden experimentar cambios, no solo por voluntad de la comunidad, sino también de sus representantes.

Cabe mencionar que, de acuerdo con White (2011), las leyes y disposiciones que rigen la acción en materia de delitos medioambientales varían enormemente a escala local, regional y nacional; además de existir convenciones y normas generales que, a su vez, tienen diferentes efectos jurídicos en función de cómo se apliquen en cada jurisdicción local específica.

En efecto, la variación de los paradigmas se encuentra estrechamente relacionada con un cambio en la perspectiva de considerar al hombre como el centro de todo, y en su lugar, dar importancia a la interrelación entre los seres humanos que conforman el conjunto biótico como el punto focal. Esta transformación busca lograr un equilibrio adecuado entre la flexibilidad necesaria para abordar diversas circunstancias y garantizar un sistema de justicia penal efectivo y equitativo.

No obstante, la ley no siempre es perfecta, pues muchas veces es posible encontrar deficiencias en el marco legal que acarrearán ilegitimidad en su aplicabilidad; lo que a su vez genera problemas en su efectivización material. Esta problemática se analiza a continuación.

Problemática de las normas penales ambientales

Bien jurídico

Con el objeto de desentrañar la injerencia del *ius puniendi* en la sanción de delitos ambientales, es necesario adoptar propuestas y medidas innovadoras que aborden la crisis ambiental, en cuyo proceso se reconozca la naturaleza transformadora de estas soluciones. Además, es esencial analizar cómo estas propuestas se conectan genuinamente con el desarrollo de la conceptualización del medio ambiente. Esta evolución permite, a su vez, vincular la teoría del bien jurídico con la dog-

mática penal, para así delimitar el ámbito de protección que guiará a los legisladores en la creación de un marco jurídico pragmático.

La doctrina clásica del derecho se enfoca principalmente las necesidades y los derechos del ser humano, y, por otro lado, observa al medio ambiente como una vía para cumplir los deseos del hombre; además de preocuparse solamente por los intereses sociales o económicos de la explotación medioambiental, en lugar de considerar su valor intrínseco (Marcos, 1999)³.

Sin embargo, el autor Gudynas (2009) explica que el paradigma biocéntrico se presenta como una alternativa significativa en este debate, ya que —a diferencia de la anterior— se concentra en la importancia intrínseca de la vida y biodiversidad, en vez de considerar a la naturaleza como algo puramente instrumental para los seres humanos. Esta perspectiva biocéntrica aboga por el reconocimiento de la naturaleza a nivel constitucional, y sugiere que este enfoque tiene el potencial de cambiar la mirada tradicional dualista entre la naturaleza y el hombre, lo cual ha generado una visión utilitaria de los recursos del planeta (Gudynas, 2009).

Por otro lado, la ecología profunda se destaca al diferenciarse de la visión biocéntrica, ya que prioriza las relaciones entre los miembros de la comunidad biótica en su conjunto, en vez de centrarse únicamente en el valor derivado de la interdependencia de sus integrantes en el ecosistema (Gellers, 2020, citado en Cortés-Nieto y Gómez-Rey, 2023). Esto conduce a una visión igualitaria entre los seres humanos y los demás organismos que forman parte de la biota.

Bajo este contexto, al considerar la idea de este nuevo bien jurídico que, según ciertos expertos de la doctrina, podría servir como base para la intervención estatal en los sistemas ambientales, se plantea una alternativa derivada de la subjetivización de la naturaleza. Así, la elección del paradigma en el marco jurídico tendría un impacto significativo en la cuestión del sujeto pasivo en la teoría del delito. Esto se debe a la abstracción del bien jurídico naturaleza y a la dificultad en determinar quién merece ser protegido. En última instancia, se debe decidir si el enfoque legal se centra en la naturaleza misma o en los seres humanos que dependen de ella.

Normas penales en blanco

Las normas penales en blanco representan un componente esencial, y a menudo complejo, en los sistemas legales. El catedrático Miguel Abel Souto (2005) establece que estas leyes se caracterizan por ser disposiciones jurídicas incompletas, con preceptos penales principales que expresan la consecuencia jurídica de cierta actividad delictiva, sin embargo, no describen completamente el supuesto de hecho; esto exige que se establezca un marco legal general con referencias a fuentes externas —infralegales o legales— para comprender de forma íntegra su significado y alcance.

Si bien estas normas pueden ser esenciales para abordar la realidad cambiante o para complementar la regulación con detalles técnicos más precisos, estas leyes también plantean desafíos que afectan los principios esenciales del sistema penal, como la previsibilidad, el acceso a la justicia o la legitimidad; lo que ha llevado a la inconstitucionalidad de dichos preceptos y ha generado en los juristas una postura intermedia (Zúñiga Morales, 2013)⁴. En definitiva, las normas penales que se consideran incompletas han generado críticas severas a esta figura jurídica que podría suscitar una aparente ilegalidad.

Por tanto, en el contexto de las normas penales ambientales, surge una inseguridad debido a la concurrencia de dos enfoques legales: el penal ambiental y el administrativo; coexistencia que plantea un desafío en términos de la aplicación del principio de legalidad y subsidiaridad (De Meireis Francilaide Campos, 2015), que son fundamentales en las garantías penales dadas por un Estado de derecho.

3. La doctrina clásica del derecho se caracteriza por ser de corte antropocéntrico. El autor Marcos (1999) menciona que el antropocentrismo fuerte defiende la completa supremacía del ser humano sobre la naturaleza. Por el contrario, el antropocentrismo moderado se basa en la noción de cuidar y preservar la naturaleza, al igual que admite que las interacciones del hombre con otros elementos naturales pueden tener aspecto ético.

4. Véase también en Zúñiga Morales (2013) las contribuciones de los autores Binding y Mezger sobre dos concepciones básicas que existen en la teoría de las normas penales en blanco (la amplia y la restrictiva). Estas dan lugar a una tesis intermedia que ofrece su propia definición de este tipo de leyes (página 163).

Las normas extrapenales en el ámbito ambiental son una realidad latente que deben considerarse al analizar el tipo específico que se vulnera; empero, en este campo, la dificultad es aún mayor debido a la ambigüedad que suponen las entidades responsables de emitir regulaciones de gran alcance en asuntos ecológicos (Gómez Vélez, 2015).

Administrativización de los delitos penales

La controversia que surge de la relación entre el derecho penal y el derecho administrativo es especialmente palpable en los casos de delitos ambientales. Es así que, dentro del estudio del injusto, se encuentra la falta de una norma administrativa que defina la intervención penal (Arroyo Alfonso, 2018), lo cual conlleva a la problemática de determinar cuándo se trata de una falta administrativa o penal. Dicha carencia de claridad, a su vez, genera las dificultades ya mencionadas, como son, de tipo inseguridad jurídica; además de plantear preguntas sobre la exclusividad de competencias en el ámbito penal.

En palabras de la abogada Gómez Vélez (2015), “administrativización” indica que los tipos penales son cada vez más parecidos a la forma en que interviene la administración pública, lo que supone alejarse de las exigencias propias de la ley penal [...]” (p. 322). Esto ocasiona una desvalorización en la subsidiariedad, como principio máximo en el estudio de tipos penales; en cuya ocurrencia, la ultima ratio no podría cumplirse y aumentaría la dificultad para que el ius puniendi estatal garantice la protección de la norma en cada ámbito que le corresponda.

De acuerdo con De Medeiros Francilaide Campos (2015), la confluencia de estas dos ramas —la penal y administrativa—, sin tener una separación propia de las competencias exclusivas en cada una, ocasiona la doble consecuencia de que los funcionarios sin autoridad en el ámbito penal sean delegados por el legislador para aplicar sanciones. Sin embargo, la autora reconoce que es la misma administración pública la que somete a los demás organismos a la explotación de los recursos naturales y se encarga de gestionar los que se obtienen. En ese sentido, resulta problemático que la misma sección sea responsable de establecer los mecanismos de defensa en el ámbito penal, para luego aplicarlos en la administración pública.

De igual manera, para el doctrinario Muñoz Machado (2015, citado en Arroyo Alfonso, 2018) una penalización del derecho administrativo se produciría cuando se emplea la rama penal en actos propios de la administración:

La intervención penal se proyecta básicamente en los siguientes ámbitos: utilización por los tribunales administrativos del Derecho penal para valorar la legalidad de los actos administrativos; resolución de cuestiones administrativas por los tribunales penales; resolución penal de cuestiones administrativas prejudiciales y preferencia absoluta de la reprobación penal, entre otros. (p. 6)⁵

Respuestas en el contexto global ambiental

La gobernanza internacional en el contexto ambiental, a lo largo de su evolución, ha tendido a enfocarse en una mirada más utilitaria de la naturaleza. Dado su carácter divergente en comparación al derecho nacional, la eficacia de la normativa internacional suele depender de mecanismos políticos externos en el ámbito global (Tamayo-Álvarez, 2023). Sin embargo, con la creciente influencia de los nuevos movimientos ecologistas y sus valiosas contribuciones, se ha adquirido una comprensión más clara de cómo las alteraciones en el medio ambiente pueden poner en riesgo la subsistencia de las poblaciones que lo habitan (Chas, 2022).

Basado en la propuesta de Robert Cox (2014), su teoría crítica identifica tres fuerzas fundamentales que se entrelazan en una estructura: ideas, capacidades materiales e instituciones, cuya interacción es mutua. Dichas tres estructuras históricas, a su vez, se aplican a los tres niveles o esferas de la actividad, que son: las fuerzas sociales, las formas de Estado y los órdenes mundiales

⁵. Véase también en el artículo Apuntes sobre la Administrativización del Derecho Penal del Medio Ambiente, de Arroyo Alfonso (2018), en las Referencias de este trabajo, donde la autora evidencia que el derecho penal centra sus esfuerzos en la prevención o adelantamiento de la intervención penal, lo que da lugar a una proliferación de delitos de peligro.

Por otro lado, Morales (2011) explica que las fuerzas sociales están directamente relacionadas con las empresas multinacionales y la capacidad de las personas para elegir con total autonomía las actividades que desean realizar. Este nivel será identificado como el ámbito transnacional, pues estará representado por los sectores económicos y sociales. A pesar de que estos sectores puedan ubicarse en un territorio definido, los efectos de sus acciones no conocen fronteras, por lo cual se reflejan en otros lugares y periodos de tiempo (Morales, 2011).

En lo que se refiere a las formas del Estado o el ámbito nacional, Morales (2011) lo simplifica como estructuras de poder público, que entre sus obligaciones está la de fomentar políticas ambientales y globales en el territorio nacional. Dicha responsabilidad no se reserva solamente a las instituciones públicas con fines ambientales, sino también a aquellas cuyas actividades puedan significar una transformación de ecosistemas o daño ambiental.

Finalmente, Morales (2011) describe el orden mundial como el ámbito internacional constituido por principios, normas, procesos, reglas, así como por los regímenes internacionales, la interacción de los actores globales (Estados) y, por sobre todo, la estructura internacional de cooperación. Estas últimas buscan contribuir al desarrollo de los Estados y representar a este ámbito.

Al entender a que se refieren y qué implica cada uno de estos niveles, es posible comprender de mejor manera el énfasis que Cox (2014) pone en la interrelación de esos tres niveles; pues:

Los cambios en la organización de la producción generan nuevas fuerzas sociales que, a su vez, aparejan cambios en la estructura de los estados; y la generalización de los cambios en la estructura de los estados altera la problemática del orden mundial. (p. 144)

Es decir, Morales (2011) afirma que a través de este nuevo orden ambiental global, compuesto por los ámbitos de la gestión ambiental global previamente explicados, se busca fomentar la cooperación entre estas tres categorías de poder. El autor afirma que estas categorías interactúan en la estructura del orden ecosistémico de cada sector en el ámbito global. Dicha cooperación se convierte en un escenario fundamental para gestionar los conflictos de interés que impactan a la comunidad internacional en su totalidad.

Es por esa razón que, a pesar de las diferentes propuestas de soluciones dadas por dicho orden, se ha estudiado la opción de incorporar un nuevo tipo de delito al listado de crímenes que integran el Estatuto de Roma: el ecocidio; que hace referencia al "daño o destrucción de ecosistemas, de tal severidad o magnitud que se diferencia de otras conductas medioambientalmente dañinas que suelen tipificarse como delitos o contravenciones en las legislaciones internas" (Heller, 2021, citado en Tamayo-Álvarez, 2023, p. 41).

Conviene subrayar que, para que un crimen sea considerado bajo la categoría de ecocidio, este deberá cumplir dos umbrales: 1) la presencia de una amenaza real de que una acción u omisión causará daños graves al medio ambiente; y 2) una vez que se haya perpetrado, el comportamiento debe ser ilegal o irracional en comparación con los beneficios previstos para dicho acto (Stop Ecocide Foundation, 2021, citado en Tamayo-Álvarez, 2023).

Si bien el término ecocidio busca que se reconozca un delito de trascendencia para toda la humanidad, Chas (2022) afirma que los obstáculos para el cumplimiento de dicho propósito no son precisamente de carácter jurídico, sino que tienen una relación con cuestiones políticas y económicas internacionales; por tanto, la tipificación de este nuevo tipo crimen dependería, más bien, del esfuerzo de los gobernantes de turno, antes que de trabajos doctrinarios. Se infiere, entonces, que esta mirada esperanzadora se ve supeditada por la cooperación internacional y las propias dificultades que suponen la creación de una enmienda tan trascendente en el orden jurídico internacional.

Conclusiones

A partir de los argumentos previamente expuestos, es posible concluir que el derecho ambiental y los delitos relacionados con la naturaleza se crearon como respuesta a la evidente vulneración y explotación irresponsable del entorno natural, a fin de garantizar el equilibrio y la protección del medio ambiente, al igual que un desarrollo económico y social.

En este contexto, la ONU ha desempeñado un rol fundamental al promover el avance de los derechos y delitos en este ámbito mediante la cooperación interestatal, con el propósito de cultivar una conciencia ecológica a nivel global y lograr su finalidad principal: establecer una normativa internacional en esta materia.

Es importante recordar que no puede catalogarse un acto como delito ambiental sin un daño preexistente a la naturaleza que, por lo tanto, requiera a su vez una reparación integral. Asimismo, los criterios utilizados para determinar cuándo un acto constituye un delito a menudo están ligados a la voluntad de la comunidad, y, sobre todo, de los representantes del Estado y a la ley. Esto conlleva, en muchas ocasiones, problemas y vacíos legales que aún no han sido abordados, lo que complica la aplicabilidad de los delitos ambientales.

Por otra parte, en cuanto a la problemática de la legitimidad de los delitos ambientales, se hallaron tres problemáticas principales, aunque no exclusivas. En primer lugar se encuentra el bien jurídico protegido, que, al ser una figura relativamente nueva en los marcos legales internos, la doctrina lo considera como un concepto de naturaleza abstracta, debido a su dependencia del paradigma seleccionado, el cual debe estar en sintonía con la realidad política y económica de cada Estado.

En segundo lugar están las leyes penales en blanco, que representan preceptos legales incompletos y generan inseguridad en la legitimidad de las normas, debido a la administrativización del derecho. Finalmente, lo anterior conduce a los crímenes ambientales, donde se observa cómo el concepto de administrativización ocasiona diversas consecuencias, entre las que se incluye la pérdida de las características distintivas de los injustos penales, como la mínima intervención o la legalidad del tipo penal.

Para terminar, en el ámbito de internacional se han llevado a cabo diferentes estudios sobre posibles medidas de protección y resolución de la problemática ambiental. Con base en la investigación realizada en este trabajo, se considera que el ecocidio podría proporcionar una respuesta adecuada para la intervención de la Corte Penal Internacional, dentro de su competencia. Sin embargo, estos esfuerzos están destinados principalmente a fomentar la cooperación internacional entre los actores estatales, y el análisis doctrinario del tema se relega a una prioridad secundaria.

En definitiva, es imperativo continuar con el desarrollo de una normativa tanto a nivel internacional como en cada Estado, las cuales incentiven la conciencia ecológica en la comunidad global. Aunque el derecho y los delitos relacionados con esta rama son relativamente novedosos en el ámbito internacional, lo que puede dar lugar a ciertas deficiencias en su aplicabilidad, estas han demostrado ser herramientas imprescindibles para la conservación del medio ambiente, el desarrollo y la vida misma.

Referencias

- Arroyo Alfonso, M. A. (1 de octubre, 2018). Apuntes sobre la Administrativización del Derecho Penal del Medio Ambiente. *Actualidad Jurídica Ambiental*, (83), 7-41. <https://bityl.co/M7JB>
- Barahona Néjer, A. y Añazco-Aguilar, A. (2020). La naturaleza como sujeto de derechos y su interpretación constitucional: interculturalidad y cosmovisión de los pueblos originarios. *Foro: Revista de Derecho*, (34), 45-60. <https://doi.org/10.32719/26312484.2020.34.3>
- Bastidas Narváez, J. P. (2017). *Participación de los pueblos y nacionalidades indígenas en la definición de las medidas de satisfacción o simbólicas que contempla la reparación integral por delitos ambientales cometidos dentro de su territorio* [tesis de grado, Universidad De Las Américas]. Repositorio Digital Universidad De Las Américas. <https://bityl.co/M6GT>
- CEPAL. (s. f.). *Acerca de Desarrollo Sostenible. Naciones Unidas*. Recuperado el 2 de noviembre de 2023, de <https://bityl.co/M65v>
- Chas, G. (29 de noviembre, 2022). Hacia la incorporación del ecocidio como crimen de competencia de la Corte Penal Internacional. *Revista Pensamiento Penal*, (448). <https://bityl.co/M7Ts>
- CIED. (s. f.). *El Desarrollo Sostenible*. Universidad Rey Juan Carlos. Recuperado el 2 de noviembre de 2023, de <https://bityl.co/M65s>
- Cortés-Nieto, J. del P. y Gómez-Rey, A. (14 de febrero, 2023). Los derechos de la naturaleza entre la emancipación y el disciplinamiento. *Revista derecho del Estado*, (54), 133-161. <https://doi.org/10.18601/01229893.n54.05>
- Cox, R. W. (31 de octubre, 2013). Fuerzas sociales, estados y órdenes mundiales: Más allá de la Teoría de Relaciones Internacionales. *Relaciones Internacionales*, (24), 99-116. <https://bityl.co/ME3P>
- De Medeiros Francilaide Campos, V. (2015). *Cuestiones del Ius Puniendi Ambiental en el escenario de la Prevención del Cambio Climático* [tesis doctoral, Universidad de Granada]. DIGIBUG: Repositorio Institucional de la Universidad de Granada. <https://bityl.co/M7GA>
- Foa Torres, J. G. (21 de diciembre, 2011). subjetivación jurídica de la naturaleza y fantasma normativo. Elementos para una crítica lacaniana. *Astrolabio*, (7), 23-48. <https://bityl.co/M60Q>
- Fretes, A. (2011). *Derecho Ambiental. LEX - revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política*, 9(8), 293-304. <http://dx.doi.org/10.21503/lex.v9i8.410>
- Fuentes Loureiro, M. Á. (2022). El proceso de consolidación del derecho penal ambiental de la Unión Europea. *Revista de Estudios Europeos*, (79), 324-343. <https://doi.org/10.24197/ree.79.2022.324-343>
- García López, T. (1 de enero, 2007). El principio de la reparación del daño ambiental en el derecho internacional público. Una aproximación a su recepción por parte del derecho mexicano. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 1(7), 481-512. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2007.7.207>
- Gómez Vélez, M. I. (1 de julio, 2015). Aproximación al derecho penal ambiental: ideas para su abolición. *Estudios de Derecho*, 72(160), 309-329. <https://doi.org/10.17533/udea.esde.v72n160a13>
- Gudynas, E. (1 de abril, 2009). La ecología política del giro biocéntrico en la nueva Constitución de Ecuador. *Revista de Estudios Sociales*, 1(32), 34-47. <https://doi.org/10.7440/res32.2009.02>
- Marcos, A. (diciembre, 1999). Ética ambiental. *Universitas Philosophica*, 16(33), 31-57. <https://bityl.co/M6OC>

Monar Villegas, L. A. (2021). *La proporcionalidad de las penas en los delitos ambientales* [tesis de grado, Universidad Regional Autónoma de los Andes]. Repositorio Institucional UNIANDES. <https://bityl.co/M5zl>

Morales, P. (2011). La cooperación internacional para el desarrollo como mecanismo de gestión ambiental. Aproximación teórica a la estructura de Gestión Ambiental Global. *Gestión y Ambiente*, 14(1), 129-142. <https://bityl.co/MSsx>

Mosquera Narváez, D. R. (2019). *La estrategia geoeconómica de china en el Ecuador: periodo 2007 – 2017* [tesis de maestría, Instituto de Altos Estudios Nacionales Universidad de Postgrado del Estado]. Repositorio Digital IAEN. <https://bityl.co/ME3g>

Naciones Unidas. (1973). *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano*. <https://bityl.co/M64U>

Naciones Unidas. (1993). *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo* (vol. 1). <https://bityl.co/M6BM>

Naciones Unidas. (s. f.a). *Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, 5 a 16 de junio de 1972, Estocolmo*. Recuperado el 3 de agosto de 2023, de <https://bityl.co/M63T>

Naciones Unidas. (s. f.b). *Desafíos globales. Cambio climático*. Recuperado el 2 de noviembre de 2023. <https://bityl.co/M6C3>

Nieto Martín, A. (2011). Bases para un futuro derecho penal internacional del medio ambiente. *Revue internationale de droit pénal*, 82(3-4), 477-505. <https://doi.org/10.3917/ridp.823.0477>

Peña Chacón, M. (2016). *Derecho ambiental efectivo* (1.º ed., serie Derecho Ambiental). Universidad de Costa Rica. <https://bityl.co/MRiy>

Peña, M. (2017). Elementos del derecho ambiental. En. *Manual sobre derecho penal ambiental ecuatoriano* (pp. 9-36). Fiscalía General del Estado. <https://bityl.co/M5so>

Rozzi, R. (septiembre, 1997). Hacia una superación de la dicotomía biocentrismo-antropocentrismo. *Ambiente y Desarrollo*. <https://bityl.co/MDLv>

Souto, M. A. (2005) Las leyes penales en blanco. *Nuevo Foro Penal*, 12(68), 13-30. <https://bityl.co/M793>

Tamayo-Álvarez, R. 14 de febrero, 2023). Los derechos de la naturaleza y el principio del buen vivir como un giro decolonial en la gobernanza ambiental internacional. *Revista derecho del Estado*, 54, 19-54. <https://doi.org/10.18601/01229893.n54.02>

Tello Bustos, J. L. (2015). *Los delitos Ambientales en la Legislación Ecuatoriana vigente* [tesis de grado, Universidad Central del Ecuador]. Repositorio Digital UCE. <https://bityl.co/M5ye>

United Nations Climate Change. *Acuerdo de París*. Recuperado el 3 de agosto de 2023, de <https://bityl.co/M6D4>

White, R. (2011). *Transnational Environmental Crime. Toward an eco-global criminology [Delitos medioambientales transnacionales. Hacia una criminología ecoglobal]*. Routledge.

Zúñiga Morales, S. E. (11 de abril, 2013). Cuando las normas penales en blanco vulneran el principio de legalidad. *Revista de Derecho*, (8), 161-182. <https://doi.org/10.5377/derecho.v0i8.985>



KOBRANZCORP

EFICIENCIA, ETICA Y TRANSPARENCIA



¿Qué significa “filosofía” y “filosofía jurídica”? ¿Son importantes en la práctica del derecho?

What is the meaning of “philosophy” and “legal philosophy”? Are they important in law practice?

Rafael Ordóñez

Abogado de los tribunales de justicia de la República de Ecuador; Universidad del Azuay
(rafaelordonezgonzalez11@gmail.com)

Resumen

Este artículo exploró los significados de ‘filosofía’ y ‘filosofía legal’, y su relevancia en el contexto de la práctica legal. El trabajo evitó posibles ambigüedades mediante el uso de herramientas formales como lógica de primer orden y *n-tuplas*. Al emplear un marco filosófico materialista sistémico e ideas de la concepción del derecho de Bunge, el ensayo ofreció una comprensión más rigurosa de los significados mencionados. Esbozó dos enfoques distintos para definir la filosofía y discutió múltiples conceptos de filosofía legal. Posteriormente, el ensayo resaltó la importancia de la filosofía en la práctica legal, centrándose en la ontología y la lógica. Destacó el papel de las ontologías filosóficas y aplicadas para la práctica jurídica y examinó la importancia de la lógica en el razonamiento legal, incluso asumiendo la existencia del dilema de Jørgensen.

Palabras clave

Filosofía del derecho, ontologías jurídicas, lógica deóntica, concepto de derecho, ontología.

Abstract

This paper explored the meanings of ‘philosophy’ and ‘legal philosophy’ and their relevance in the context of law practice. It avoided potential ambiguities through the usage of formal tools such as first-order logic and *n-tuples*. By employing a materialist systemic philosophical framework and insights from Bunge’s law conception, the essay offered a more rigorous understanding of the referred meanings. It outlined two distinct approaches to defining philosophy and discussed multiple concepts of legal philosophy. Subsequently, the essay underscored the importance of philosophy in law practice, focusing on ontology and logic. It highlighted the role of philosophical and applied ontologies for legal practice and examined the significance of logic in legal reasoning, even assuming the existence of Jørgensen’s dilemma.

Key words

Legal philosophy, legal ontology, deontic logic, concept of law, ontology.

Different authors and traditions have treated the relationship between philosophy and law practice. However, few works explicitly assume scientifically grounded philosophical coordinates. Therefore, there is a high risk of vagueness in treating the problem. It is necessary to be precise when defining concepts to achieve clarity. One way of reaching this goal is to use a formal language when developing ideas. Though, if we correctly apply the tools, it provides us with, we can guarantee the validity of the reasoning process. In other words, a coherent elaboration does not imply that the product of it is a solid argument: the best available scientific, philosophical and technical knowledge must be used. This is precisely what a *scientifically informed philosophy aspires to reach*.

By using a systemic materialist philosophical framework and Bunge’s¹ law conception, this work intends to develop a more rigorous approach to these issues. Yet, due to its limited scope, it should be considered a foundational work that requires further research. First, it presents a definition of philosophy and an idea of law as a technique. Subsequently, a general concept of legal philosophy is theorized. Finally, it establishes its importance for law practice regarding two main fields: ontology and logic.

¹ For further information, see Bunge’s 1977 book, *Treatise on Basic Philosophy: Ontology I: The Furniture of the World* (1.º ed.).

Philosophy?

Naturally, there is no consensus on the definition of the term *philosophy*. However, some fundamental distinctions should be made in order to manage clear conceptions of it. Romero² & Bunge³ distinguish between real and conceptual (material and immaterial) entities. Simplifying their assumptions, if we affirm that a thing *x* is material, it means that if another thing *y* is taken as a reference frame, the state space of *x* concerning *y* will contain more than one element (Romero, 2022). In summary, if *x* is material, then it can change (Bunge, 1997). However, there are types of entities (concepts) that do not change, because they exist as fictional products of our psychological material processes: they are imagined or thought by material systems (Romero, 2022).

With this in mind, it is possible to define *philosophy* as a material process or as fiction (idealized by some real individuals). Although this is a crucial step, the main problem remains unsolved: what kind of material process or fictional entity is philosophy? How does it differ from others? Answering these questions with some type of essentialism would be wrong. In fact, a concept is a tool designed to serve different purposes. As a result, one can formulate diverse notions, each focused on various goals.

In this article, two specific approaches for understanding the term philosophy will be outlined in response to the following criteria:

1. Definitions should point out the difference between material and immaterial systems.
2. The notions must adjust to the ordinary usage of the term in academic contexts.
3. Concepts should identify science and technology as distinct processes or notions.

The first mentioned objective focuses on constructing a concept of philosophy that refers to material processes and another centered on fictional entities. The second one aims to avoid arbitrary constructions that lack utility within the current pragmatic context. Finally, the third offers a more refined interpretation of the preceding criteria, emphasizing that these fields of knowledge are neither disconnected nor isolated, despite their distinctiveness. Additional goals will be set during the development of each idea.

Bunge (2003) & Romero (2018) have successfully established formalized notions of science and technology, since, through the use of *n-tuples*⁴, they describe these fields as material processes linked to specific constructs. Given this, it is possible to offer a new conception of philosophy based on previous work and compatible with the three criteria. A refined version of Ordóñez's⁵ approach will be produced here.

Two concepts of philosophy

Now, philosophy can be defined as a term that refers to real mechanisms using a *4-tuple*:

$$F_i = (S_i, P_i, T_i, I_i).$$

The tuple is formed in the following way:

- F_i stands for a member of the set of philosophical processes' arrangements $(F_1, F_2, F_3, \dots, F_n)$.
- S_i denotes a member of the set of biopsychosocial human systems' arrangements $(S_1, S_2, S_3, \dots, S_n)$ that are involved in some material processes denoted by some P_i .
- P_i represents an element of the set of all material processes $(P_1, P_2, P_3, \dots, P_n)$ that take place in some time range, denoted by some T_i , which is a member of the set of time ranges $(T_1, T_2, T_3, \dots, T_n)$.
- I_i designates an element of the set of philosophical ideas⁶ $(I_1, I_2, I_3, \dots, I_n)$ that are conceived by a certain human system S_i through a material process P_i .

2. In allusion to Romero's 2018 source (see References).

3. See *Treatise on Basic Philosophy: Ontology I: The Furniture of the World* (1997), by Mario Bunge.

4. A tuple is a sequence of ordered elements. Unlike a set, order and repetition matter.

5. In allusion to Ordóñez González's 2023 source (see References).

6. Except for itself to avoid self-reference paradoxes.

As a result, a concrete state of philosophical processes —e.g., F_1 — may be determined by the configuration of the other values. The idea of biopsychosocial dispositions of human systems is used to denote certain structures of interaction between individuals from one or more groups. It is evident that there are no human beings isolated from social interactions, and their thoughts will only be understood in that context. Some authors, such as Tuomela (2016), have referred to the importance of understanding group goals as aspects associated with emergent processes arise as a result of the interactions of individuals in social environments. Further, Bunge (1999) has developed the idea of social systems “[...] as sui generis concrete systems embedded in nature but different from it for being impersonal” (p. 10). All of this makes philosophy a social⁷ activity.

Given this, it is straightforward to refer, as an example, to the material processes that occurred during the well-known debate on the existence of God between Bertrand Russell and Frederick Copleston. We can name this concrete member of $(F_1, F_2, F_3, \dots, F_n)$ as F_{159} . Likewise, S_{159} can name the social system arrangement of which Russell was a subsystem⁸; P_{159} refers to his past behaviors, while I_{159} designates the set of ideas conceived through the activity of S_{159} activity. Finally, T_{159} refers to the concrete periods in which P_{159} took place. Therefore, $F_{159} = (S_{159}, P_{159}, T_{159}, I_{159})$ effectively designates an abstraction of the material processes that took place in that debate concerning some particular ideas. It is possible to refine this result by naming more precise systems or by adding elements to the n-tuple.

Table 1
Representing Russell's tuple^a

Term	Represents
F_{159}	The material processes that occurred during the debate between Russell and Frederick Copleston.
S_{159}	The social system that was formed by Russell, Copleston and their moderator.
P_{159}	Russell's actions related to the idealization of philosophical concepts.
T_{159}	Some range of time back in 1948.
I_{159}	Ideas conceived through S_{159} activity ^a

Note. Adapted from Russell-Copleston Debate on God's Existence (1948) [video], by Philosophy Overdose, 2021, YouTube (<https://ytube.io/3myE>).

^a We can consider Russell's behavior, in the context of his social interactions, as a subsystem of a social system. There are other possible valid alternatives of representation

Nevertheless, our task is incomplete. At this point, there is no way to classify philosophical and non-philosophical concepts or arguments. By using a first-order logic such as the one formulated by Barker-Plummer et al. (2011), it is possible to describe a group of attributes that could help to decide whether an idea is philosophical or not.

7. This supposes that biological and psychological levels play a role in social interactions.

8. Here it is assumed that every system has an environment.

Based on Ordóñez González's (2023) thought, it can be established that:

1. Every philosophical argument must be structured by sentences⁹ that describe material or immaterial objects, based on taxonomies elaborated on their most general properties and relations. Those categories and sentences should be established by applying methods that guarantee their coordination and coherence with the best scientific, technical and philosophical knowledge available.
2. This general description can be translated as:

$$(\forall x \in \alpha)(\exists y \in \beta)(\exists z \in \gamma)(\exists w \in \delta)(\exists v \in \theta)(P(x) \rightarrow (S(x, y) \wedge D(y, z) \wedge B(y, w) \wedge E(w, z) \wedge C(w, v) \wedge C(y, v)))$$

Here, α designates the set of all concepts and arguments (except for itself); β stands for the set of all sentences; γ represents the set of all material and immaterial objects (except for itself); δ symbolizes for the set of all taxonomies; θ designates the set of all methods that guarantee coordination and coherency, with the best available scientific, technical and philosophical knowledge. Likewise, P is the property of being philosophical; S indicates the relation of being structured by something; D designates the relation of describing something, B represents the relation of being based on something; E represents the relation of being elaborated on the most general properties or relations of something; finally, C stands for the relation of being established by something. Note that the logical form of the formula expresses that each criterion is a necessary condition, but not a sufficient, condition for determining that an argument or concept is philosophical.

Although this is an important step in deciding if a certain idea belongs to the set $(I_1, I_2, I_3, \dots, I_n)$, further work is needed to achieve a more precise but useful notion. Additionally, it should be mentioned that the qualification of an argument as philosophical is variable over time. Thus, it is possible to imagine a concrete collection of arguments that were philosophical at a certain state of our general knowledge, but are no longer qualified. In summary, the development of sciences, techniques and philosophies implies fresh information and, therefore, new requirements for coherence and coordination.

Legal philosophy

Through the previous analysis it can be stated that legal philosophy refers to a member of the set $(F_1, F_2, F_3, \dots, F_n)$. With that interpretation, the word *legal* can be used to denote a limited scope of philosophical processes. Another possibility is that *legal philosophy* designates the ideas that some members of $(S_1, S_2, S_3, \dots, S_n)$ think. In that sense, the latter alternative would be closer to the normal meaning of the syntagm, yet it can be concluded that both must be closely related to each other. In both cases a key question arises: what is being represented by the term *legal*? Multiple alternatives are examined here.

On the one hand, Bunge (2005) implicitly states that *legal* refers to all the activities developed by legal operators, whose activities match the actions of lawyers, judges, public servants and legislators in creating and implementing rules. These activities can be named as *legal engineering mechanisms or technical legal processes*, because through the latter legal operators currently create tools to transform reality at various levels, as Bunge (2012) has implied.

9. In fact, only well-formed linguistic structures that make claims about the world are considered. Yet, the way in which a sentence is expressed is not restricted.

10. It can be alleged that this leads to a circular argument, however, if it is not assumed that philosophical concepts should consider others (of the same category) for their conception, a problem of isolation arises; for example, it will not be possible to generate deductions or definitions. Furthermore, it can be considered that this problem is related to a well-known topic, which is the analyzable nature of concepts. Some solutions could emerge by assuming a type of circularism. To explore this matter, one can examine the master's thesis *There Are No Unanalyzable Concepts: A Critique of Primitivism* (2020), by Gregory Frisby (<https://bitly.co/M2Ci>).

Based on the previous ideas, it is then possible to structure some particular meanings of legal philosophy; these are:

1. It refers to all the philosophical material processes originated by some human systems, which normally intervene in legal engineering mechanisms. That is, they are part of philosophical and legal processes regularly. For example, a congressman writes a book on a particular subject of philosophy.
2. It alludes to all philosophical ideas imagined by human systems that are normally involved in legal engineering mechanisms. For example, the philosophical ideas of a lawyer who writes a book to objectify them.

These definitions are not widely useful. With some effort, one can think about applying them in concrete sociological research about philosophical thinking and legal operations¹¹. In addition, there is a problem when classifying some rules or practices as legal. Therefore, a broader functional meaning is needed.

It is clear that a more natural use of *legal philosophy* can be imagined. In general, by these terms people refer to constructs such as law theory, legal ontology, deontic logic, or practical reasoning. Commonly, these ideas are cataloged according to their connection to law study.

In particular, this perspective is related to the conception of philosophical ideas as arguments describing general properties or relations of a particular domain. In this case, that range of objects will comprehend the material and immaterial systems that are named by words like *legal* or *law* (if an alternative syntagm such as 'philosophy of law' is used). Thus, this provides a more or less rigorous idea of philosophy, leaving only a concrete notion of law to be determined.

Ordóñez González & Teixidó Durán (2023) have defined two concepts of law linked to a particular ontological view of the State. However, firstly, they refer to law as an extra-normative reality; and on the other hand, this term stands for a specific kind of moral and ultra-moral norms. Within this framework, the authors argue that¹²:

1. Extra-normative law designates the set of normative packages that the subsystems of a State have elaborated and published in a certain time. A regulation package is every real artifact used by the State's components to objectify linguistic expressions, in order to derive prescriptive statements (or even prescriptive ones); which intervene in the norms' application processes.
2. Normative law refers to the set of sets of prescriptive statements that individuals have conceived by interpreting linguistic expressions from regulation packages, to some degree and at a certain time. If a norm is used to motivate some human behaviors, it belongs to the set of moral prescriptions; however, if it is applied to motivate non-human behaviors (even though this goal could be futile), it is an ultra-moral rule¹³.

As a result, the syntagm legal philosophy refers to any philosophical argument that theorizes about extra-normative or normative law. Although these latter concepts can be related with Bunge's ideas, they are quite different, for an individual may perform some actions that are part of law engineering, but such behaviors are not an element of any government processes.

For example, a lawyer can apply an element of normative law in a private agreement without any interaction with a public servant. Her or his behavior is a cooperation act with a state subsystem, yet that does not mean that this lawyer becomes part of the state¹⁴. Finally, based on the above arguments, it can be determined that *legal philosophy* designates any philosophical argument or concept that theorizes about technical legal processes.

11. For example, examining the relationship between someone's legal work and his or her philosophical ideas when this person was practicing law.

12. However, definitions that are more refined could be used in the future.

13. For a more detailed approach, the reader can explore Ordóñez González and Teixidó Durán article (see References).

14. Although, one can think about describing a social system formed exclusively by these interactions.

The importance of philosophy in legal practice: ontology and logic for law operators

Until now, many concepts have been defined and analyzed. There are two main ideas of philosophy and various possible conceptions of its legal approximation. However, exploring all of their possible applications in legal practice is beyond the scope of this work. Even though, it is now possible to elaborate general ideas about the role of philosophy in law practice.

According to Bunge's (2012) ideas, if law engineering processes are a type of technical activity involving knowledge, it is then possible to assume its basis; which, in case it is strong, will be determined by the best available scientific and philosophical knowledge. As Bunge (2012) argues, this is the difference between a technique and technology¹⁵. Based on this, the importance of a limited portion of the domain of all the conceptions explored so far can be evaluated.

In this paper, the set of arguments will be reduced to two main fields:

1. Ontological theories of normative law, extra-normative law, and legal engineering mechanisms.
2. Theories about the logical relationship between norms and legal reasoning.

The arguments that structure these theories are part of the set $(I_1, I_2, I_3, \dots, I_n)$, therefore, all of them should meet the requirements of a scientifically informed philosophy.

Ontology

Arp et al. (2015) define this term in two senses: 1) From a philosophical viewpoint ontologies study the most basic characteristics of reality, such as common features to all domains; including—but not restricted to—those covered by science; and 2) Applied ontologies (also named as technological ontologies) only deal with a specific domain of entities.

Both of these types of ontologies are representational artifacts that can be used in law practice. In the first case, a legal operator has a powerful tool to classify entities, according to their properties and relations. On the other hand, an applied ontology will assure clear semantic references, making the information exchange process among legal operators more rigorous. With this in mind, concrete examples of its uses are discussed below.

Suppose a judge examines evidence and arguments in a concrete case about damages, and in the process is confronted with a question: what is moral damage? This concern should be solved by assuming a specific ontology. For example, if he or she agrees with the fact that only material systems can be damaged, any fictional interpretation of the term moral will have to be rejected.

Therefore, what kind of system has been affected? The judge will have a variety of examinations available to explore the objective deficits of the aggrieved individual. Different levels of analysis will describe distinct deficits, and all of them must be properly classified. If the judge does not assume a scientifically informed ontology, he or she may categorize psychological requirements as spiritual deficits; this will clearly demonstrate that the judge is wrong and will be unable to understand how action is connected to a concrete group of deficits. Therefore, as evidenced, a powerful philosophical ontology must be used.

Besides this fictional example, many applied ontology projects have been developed around the world, and they all start from a philosophical basis. Casellas (2011) mentions more than 30 models of applied legal ontologies used in different areas of law practice. The author indicates that these artifacts aim to use formalized meanings of legal categories to improve multiple areas such as general academic research, judicial activity, electronic government, consumer protection or tax administration. All of this demonstrates the importance that ontologies have as philosophically conceived tools, in general, or in specific domains.

¹⁵. For example, there is a significant gap between the knowledge that ancient Roman engineers had and what a contemporary technologist might know about forces, materials and structures.

Logic

In trials, lawyers must present compelling arguments to establish the guilt or innocence of an individual. Multiple law faculties around the world have curricula with courses in logic and legal reasoning. Prominent authors like Alchourrón & Bulygin¹⁶ have worked on developing logical theories about normative systems. Does this demonstrate that philosophical ideas about logic have any importance in law practice? Perhaps it is enough for most operators. After all, legal practice does not work based on illogical reasoning, would you agree?

Actually, for more than one, the situation appears to be more complex than it seems. There are many problems with legal logic, however, the most prominent arose because of Jørgen Jørgensen's dilemma. This *paradox* emerges because prescriptive statements do not make claims about the world; rather, they motivate toward certain behaviors, but they do not describe reality (Sievers, 2022). Therefore, those conducts are excluded from the analysis centered on their truth values. Hernández Marín (2003) has deeply explored the logical conception of legal systems, whose conclusions ensure that the role of classical logic is quite limited.

Nevertheless, we should be careful with these issues. Firstly, it is necessary to distinguish between the set of philosophical ideas about logic and the domain of logic itself as a kind of science or technique (depending on what it is labeled as logic). Thus, even with Jørgen Jørgensen's dilemma the importance of logic (philosophy of logic) will be enormous. In fact, the description of the dilemma itself is a philosophical argument, and any serious analysis of it is important for legal practice. If one assumes that classical logic should be preserved in the domain of legal reasoning, one must argue for it by a philosophical approach. If one disagrees with its importance, reasons should be provided.

It is now possible to analyze philosophically (and briefly) whether logic is not so relevant in legal practice. Ordóñez González (2023) has suggested that descriptions of prescriptive statements can be elaborated, which implies the possibility of performing logical operations over them. Although its scope of practice could be considered limited, it is a significant part of legal reasoning.

Statements like "this norm means x" or "this norm is applicable if x..." are, in effect, descriptions of facts (in a broad sense). Nonetheless, the most important role of logic will undoubtedly be the examination of arguments provided by experts in some fields. As long as their statements are descriptive, it is possible to analyze whether they are a logical consequence of some other relevant statement, or if they contradict a particular claim.

Naturally, all of these arguments appeal to demonstrate the importance of logic in legal practice, even if direct logical operations with prescriptions are not allowed. However, in all the described situations, philosophical thinking —regarding logic— plays a crucial role and must have a direct impact on legal practice (if the latter aspires to be a technological activity rather than a purely technical one). In the end, if further research and explanations are needed to develop an alternative understanding (beyond the classical logic scope) of legal reasoning, it must be guided by a scientifically informed philosophical approach¹⁷.

Conclusion

The examination of the meanings of *philosophy* and *legal philosophy* is key if someone aspires to avoid vagueness when analyzing their profound importance in legal practice. The intricate interplay between philosophy and the legal domain has been viewed through various lenses, with different possible applications to research. Within the framework of a materialist-systemic-philosophical perspective, this study strives to establish a more robust approach to the problem.

The discussion has unveiled that philosophy's importance in legal practice is tangible across diverse domains. Ontologies are useful for representing the more general characteristics of entities in order to enhance information exchange among legal operators. Additionally, philosophy of logic (and logic) plays an important role in everyday legal practice, even if they are not directly applied in deductive arguments. The role of philosophy, both in terms of logic and ontology, thus emerges as a fundamental pillar for effective legal practice. However, further research is needed to explore the importance of philosophy in other fields. Perhaps, such efforts will now be supported by a better conception of law and philosophy.

16. More information can be found in the authors' book, *Normative Systems* (1971, vol. 5).

17. For example, Bunge develops a group of axiological rules of inference to enrich moral reasoning in his book *Treatise on Basic Philosophy. Ethics: The Good and the Right* (1989).

Referencias

- Arp, R., Smith, B. & Spear, A. D. (2015). *Building Ontologies with Basic Formal Ontology*. MIT Press.
- Barker-Plummer, D, Barwise, J., & Etchemendy, J. (2011). *Language, Proof and Logic* (2.º ed.). CSLI Publications.
- Bunge, M. (October 12, 2005). *El derecho como técnica social de control y reforma* [Law as a social technique of control and reform]. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. <https://bitly.co/M0sl>
- Bunge, M. (1999). *Social Science under Debate. A Philosophical Perspective*. University of Toronto Press. <https://doi.org/10.3138/9781442680036>
- Bunge, M. (2003). *Philosophical Dictionary* (Enlarged edition). Prometheus Books.
- Bunge, M. (2011). *Ontología I: El Moblaje del Mundo* [Ontology I: The Furniture of the World]. Editorial GEDISA.
- Bunge, M. (2012). *Filosofía de la tecnología y otros ensayos [Philosophy of technology and other essays]*. Fondo Editorial de la UIGV.
- Casellas, N. (2011). *Legal Ontology Engineering. Methodologies, Modelling Trends, and the Ontology of Professional Judicial Knowledge*. Springer.
- Hernández Marín, R. (April, 2003). Sobre la concepción lógica del derecho [On the logical conception of law]. *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, (18), 79-110. <https://bitly.co/M3hB>
- Ordóñez González, J. R., & Teixidó Durán, O. F. (June 16, 2023). Derechos, deberes, justicia y simetría moral desde una filosofía científica [Rights, duties, justice and moral symmetry from a scientific philosophy]. *UNIVERSITAS, Revista de Filosofía, Derecho y Política*, (42), 109-140. <https://doi.org/10.20318/universitas.2023.7850>
- Ordóñez González, J. R. (2023). *Teoría filosófica materialista del estado constitucional: análisis del artículo primero de la Constitución del Ecuador [Philosophical materialist theory of the constitutional state: analysis of the first article of the Constitution of Ecuador]* [tesis de grado, Universidad del Azuay]. Repositorio Institucional de la Universidad del Azuay. <https://bitly.co/M0xl>
- Romero, G. E. (2022). Systemic Materialism. In G. E. Romero, J. Pérez Lara & L. Camprubí (Eds.), *Contemporary Materialism: Its Ontology and Epistemology* (pp. 79-107). Springer Nature.
- Romero, G. E. *Scientific Philosophy* (2018). Springer.
- Sievers, J. M. (2022). Jørgensen's dilemma in the interface between legal positivism and the natural law tradition. In S. Rahman, M. Armgardt, and H. C. Nordtveit Kvernenes (Eds.), *New Developments in Legal Reasoning and Logic. From Ancient Law to Modern Legal Systems* (pp. 397-411). Springer Cham. <https://doi.org/10.1007/978-3-030-70084-3>.
- Tuomela, R. (2016). Social Ontology. *Collective Intentionality and Group Agents*. Oxford University Press.



La Constitución del 2008 como un instrumento perpetuador del socialismo del siglo XXI

The Constitution of 2008 as a perpetuating instrument of the 21st century socialism

María Paz Díaz

Estudiante de la carrera de Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad del Azuay
(mpd@es.uazuay.edu.ec)

Resumen

Este artículo busca comprobar la hipótesis sobre que la Constitución ecuatoriana de 2008 se concibió y diseñó con base en el paradigma del socialismo del siglo XXI, cuya afirmación se fundamenta en el análisis de los ejes fundamentales que dicha ley aborda, a saber: la economía de equivalencias, la democracia participativa y el fortalecimiento de las instituciones estatales. Para efecto del presente estudio, dichos ejes se someten a un escrutinio exhaustivo desde la perspectiva legal y sociológica, con el fin de contextualizarlos acorde a ese paradigma, fenómeno que predominó en Latinoamérica a partir de la década del 2000. La singularidad de la investigación reside en su enfoque integral, que analiza la política latinoamericana al establecer un vínculo incontrovertible entre los movimientos políticos de la época y la Constitución del 2008. Una vez dilucidada la conexión, se hace patente cómo la realidad vivida en América Latina a lo largo de ese período se ajustó a los principios y preceptos políticos institucionalizados en el referido texto jurídico; en consonancia con la orientación ideológica del Gobierno del momento. En consecuencia, los gobiernos posteriores se vieron hasta cierto punto compelidos a adherirse a esta corriente al tener que acatar las directrices establecidas en la Constitución. Sin embargo, desde el ámbito jurídico y político, ¿es apropiado vincular de manera tan estrecha a un Estado con un modelo político específico a través de su Constitución?

Palabras clave

Constitución del 2008, socialismo del siglo XXI, isomorfismo regional, movimientos políticos, constitucionalismo, Latinoamérica.

Abstract

This article aims to argue that the Ecuadorian Constitution of 2008 was conceived and designed based on the paradigm of 21st Century Socialism. This assertion is grounded in the analysis of the fundamental pillars addressed by the Constitution itself, namely the economy of equivalences, participatory democracy, and the strengthening of state institutions. Each of these pillars will be subjected to comprehensive scrutiny from both legal and sociological perspectives in order to contextualize them within the paradigm above, which was a predominant phenomenon in the Latin American region starting from the 2000s. The uniqueness of this study lies in its holistic approach, combining the analysis of Latin American politics and regional constitutionalism. Throughout history, these two dimensions have evolved interdependently in American countries, as constitutions have been instruments of power used by governments to align them with their ideals and political movements. Therefore, the intrinsic value of this research resides in establishing an undeniable link between the political movements of the time and the 2008 Constitution. Once this connection is elucidated, it becomes evident how the reality experienced in the region during that period conformed to the political principles and precepts institutionalized in that document. The primary finding of this study translates into the observation that the Ecuadorian Constitution of 2008 was crafted following the pattern of 21st Century Socialism, in line with the ideological orientation of the government of that era. Consequently, subsequent governments have, to some extent, been compelled to align themselves with this trend as they are required to adhere to the guidelines set forth in the Constitution above. This conclusion raises a fundamental question in the legal and political sphere: Is it appropriate to closely associate a state with a specific political model through its Constitution? This question, which involves essential aspects of constitutional theory and the legal system, remains open to the reflection and critical analysis of each legally versed reader.

Keywords

2008 Constitution, 21st century socialism, regional isomorphism, political movements, constitutionalism, Latin America

El socialismo del siglo XXI fue una iniciativa impulsada por el alemán Heinz Dieterich Steffan en 1996, cuya ideología izquierdista se enfocó en “elaborar una propuesta socialista basada en los principios explicativos del marxismo” (Zarricueta Cabieses, 2007, p. 40). Por tanto, Dieterich procuró que su propuesta fuese diferente al socialismo soviético del siglo XX, que era de tipo científico y buscó la internacionalización del movimiento laboral mediante un aparato estatal, capitalista y opresor camuflado en el socialismo (Ramírez Montañez, 2017).

Con la caída del régimen socialista en Europa Oriental y en la Unión Soviética, Latinoamérica acoge esta corriente en el siglo XXI. Hamburguer (2014, Ramírez Montañez, 2017) argumenta que el término socialismo fue utilizado por primera vez en el Gobierno de Hugo Chávez en Venezuela, quien lo acuñó en la región durante el Foro Social Mundial del 2005, en donde afirmó que “era necesario superar el capitalismo y construir el socialismo del siglo XXI” (Harnecker, 2010, pp. 29-30).

A partir de ello, Dieterich continuó su propuesta del nuevo socialismo en el rol de asesor durante los primeros gobiernos de Chávez (Mujica y Rincón, 2008, citado en Ramírez Montañez, 2017); y con esto surge en Latinoamérica un isomorfismo institucional, definido como un fenómeno que “explica el proceso a través del cual las instituciones de un Estado se vuelven más homogéneas unas con respecto a otras al enfrentar condiciones aparentemente similares” (González y Escala, 2014, citado en Sánchez Cabascango, 2018, p. 14).

Dieterich (1996, citado en Sánchez Cabascango, 2018) buscaba promover un nuevo socialismo que fuese humanista y se preocupara de las realidades locales, así como también, que dirigiese sus acciones al bienestar de la población y del medio ambiente mediante un Estado fuerte. Para lograr su finalidad, el autor propone reforzar el poder estatal como actor y protector de la sociedad, a fin de alcanzar un desarrollo social y así perfeccionar la democracia participativa.

En detalle, en el siglo XXI aumenta el número de gobiernos adscritos a este nuevo socialismo en América Latina, lo que impulsó un giro a la izquierda en muchos de los Gobiernos de la región; a partir de ello, en el 2018, 11 de los 18 países latinoamericanos eran administrados por presidentes de izquierda o centro-izquierda (Ramírez Montañez, 2017).

Puntualmente, el socialismo del siglo XXI inicia en Ecuador con la llegada en el 2007 de Rafael Correa al poder, y de su partido Revolución Ciudadana; los cuales promovieron que en el 2008 la Asamblea Constituyente proclamara una nueva Constitución para el país (Paterna, 2017).

Acorde a dichos antecedentes, este artículo propone que el mencionado texto jurídico ecuatoriano se configuró bajo el modelo socialista del siglo XXI, pues obedece a sus tres ejes más importantes: una economía de equivalencias, una democracia participativa, y un Estado con instituciones fuertes.

Revisión de la literatura

Críticas al socialismo del siglo XXI

En primera instancia, es importante mencionar una postura contraria que se presenta en el contexto de la Constitución ecuatoriana del 2008, la cual contradice las bases del socialismo del siglo XXI explicado anteriormente; y más bien realmente obedece a un modelo neoextractivista progresista. Este argumento se fundamenta en que, dentro de la Constitución ecuatoriana del 2008, si bien existe un enfoque constitucional de reconocimiento plurinacional, de protección ambiental y aprovechamiento del trabajo para el desarrollo, propios del socialismo del siglo XXI; lo que en verdad ha permitido este cuerpo normativo es la aplicación de normas legales que facilitaron la práctica de actividades como la minería y explotación de petróleo, para así poder asegurar ganancias en estos negocios (Ramírez Bonilla, 2015).

Es decir, la Constitución del 2008 facilita la creación de leyes para el despojo y la opresión de pobladores pertenecientes a áreas mineras o petroleras, cuyas acciones se justifican en la obtención del capital mediante estos negocios en miras de reducir la pobreza y asegurar el progreso. Sin embargo, esto no obedece al modelo socialista del siglo XXI, ya que viola la dignidad del individuo y la naturaleza. En conclusión, según la crítica de Ramírez Bonilla (2015), la mencionada legislación ecuatoriana es más bien de carácter neoextractivista progresista, antes que socialista del siglo XXI.

Esta crítica puede ser descartada, ya que si bien el Gobierno ecuatoriano cometió un abusivo neoextractivismo al valerse de una errónea interpretación de la Constitución del 2008, este texto constitucional va más allá de las acciones gubernamentales realizadas con base en una exégesis abusiva del instrumento. En realidad, la normativa en cuestión obedece a la teoría de Dieterich en sus tres ejes más importantes (una economía de equivalencias, una democracia participativa, y un Estado con instituciones fuertes); lo cual se ha logrado poner en práctica de forma material en el Ecuador, y se demostrará aquello a continuación.

Ejes principales del socialismo del siglo XXI y su aplicación en el Ecuador

Una vez planteado y clarificado el contrargumento a la tesis inicialmente sugerida, se procede con el primer eje: una economía de equivalentes, la cual, según Dieterich (2003), es la única que garantiza la justicia social y consiste en un intercambio de bienes y servicios mediante la intervención de un Estado que fija democráticamente valores objetivos a dichos bienes y servicios; a fin de que el trueque se realice de forma objetiva. En lo que respecta a la Constitución del Ecuador (Asamblea Nacional del Ecuador, 2011), se cumple esta teoría de equivalentes en su artículo 335: “El Estado regulará, controlará e intervendrá, cuando sea necesario, en los intercambios y transacciones económicas [...]. El Estado definirá una política de precios orientada a proteger la producción nacional [...]”.

Para cumplir este mandato, se creó posteriormente la Ley de Regulación y Control del Poder del Mercado, “que protege a los consumidores, a los empresarios, pero sobre todo a los pequeños y medianos productores, de los abusos derivados de la alta concentración económica y las prácticas monopólicas” (Secretaría Nacional de Planificación, s. f., párr. 1).

Con esta garantía de la Constitución a través de la Ley de Regulación y Control del Poder del Mercado se han ejecutado operativos de control preventivo de precios en el país; y esto ha sido de suma importancia, pues ¿qué pasaría en un mercado sin control? Esta pregunta se respondió con anterioridad en el país cuando el neoliberalismo dirigía una competencia injusta, donde los pequeños y medianos productores quebraban ante los monopolios, y su único remedio fue emigrar o emplearse por salarios mínimos; lo que generó una vida miserable tanto para ellos como sus familias (Badillo, 1994).

A partir de la Constitución del 2008, los precios se regularon. Los pequeños y medianos productores pudieron regresar al mercado con una competencia justa mediante negocios de artesanías, platillos o joyería propia de Ecuador. Esto evidencia la práctica del primer eje mencionado.

El segundo eje hace referencia a una democracia participativa, que ha su vez representa el tercer eslabón evolutivo de la democracia. Dieterich (2003) desarrolla cada uno: a) el primer nivel de la democracia es el social como la calidad de vida material, b) el segundo señala que la democracia formal se enfoca solamente en un conjunto teórico de leyes, poderes, derechos y deberes de las entidades del sistema, para que así los ciudadanos obtengan una democracia representativa; y, finalmente, c) el tercero es la cúspide de la democracia en la sociedad, la democracia participativa, definido como la capacidad real de la mayoría de la ciudadanía de decidir sobre los principales asuntos públicos de la nación. Este desarrollo de la democracia es crucial en las sociedades para alcanzar el socialismo del siglo XXI.

Bajo este contexto es posible afirmar que la democracia participativa se garantiza en la Constitución ecuatoriana del 2008 mediante los derechos de participación, que permiten los distintos mecanismos de democracia. Asimismo, la democracia participativa se desarrolla especialmente a través de la Función de Transparencia y Control Social de Ecuador, de la cual se desprende —entre otras¹— el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social. Esta última entidad —de derecho público autónomo— busca propiciar la participación ciudadana y promocionarla, así como también estimular los procesos de deliberación pública; propósitos que se han logrado a través de distintos procesos: veedurías, revocatorias de mandato, audiencias públicas, proyectos de iniciativa de ley, y consultas populares (Carrera Calderón, 2015).

1. La Función de Transparencia y Control Social de Ecuador está compuesta por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría y las Superintendencias.

Por tanto, el principio de la democracia participativa planteada por Dieterich se refleja en la Constitución del 2008 de una manera teórica a través de los derechos de participación. Sin embargo, su concreción se logra gracias al Consejo de Participación Ciudadana, que busca cumplir con el famoso refrán de Abraham Lincoln: “La democracia es el gobierno del pueblo, por el pueblo, y para el pueblo”. Esto se materializa mediante los mecanismos y herramientas que dicha entidad pone a disposición de los ciudadanos para intervenir en asuntos públicos de relevancia para el Estado.

El tercer y último eje consiste en desarrollar un Estado con instituciones fuertes, lo cual es necesario para lograr un correcto funcionamiento del país, donde se incluya a todos los ciudadanos en los diferentes ámbitos de la vida social que deban regularse. Para ello, este nuevo Estado tendría que crear entidades aptas en el manejo de las tareas que asume, además de transformar aquel aparato estatal ya heredado (Dietrich, 2003). Finalmente, debe tener también un alto grado de descentralización que le permita un verdadero protagonismo popular (Hamburger Fernández, 2014), proceso que es crucial realizarlo de manera planificada, para así fortalecer el Estado y poder intervenir en los diferentes asuntos importantes de forma más directa.

Por consiguiente, acrecentó el poder del Estado y se generaron dos nuevos poderes que fortalecieron la institucionalidad: el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, y el poder electoral. Martínez (2017) destaca que al inicio de la vigencia de este texto jurídico, el gobierno de la Revolución Ciudadana se valió de él para promover el gasto y la inversión estatal, con miras de ser el motor principal para alcanzar un mayor desarrollo. Por tanto, durante este periodo, el Gobierno de Rafael Correa creó políticas de desarrollo que apostaron por la infraestructura y la generación de empleos públicos directos; es decir, el poder del Estado se acrecentó.

Ese crecimiento del aparato estatal se evidencia en los gastos incurridos por el Gobierno de Correa para cubrir los gastos de estas nuevas instituciones, pues, entre 2006 y 2017, hubo un incremento de más del 200% en el rubro por salarios y sueldos a los funcionarios públicos; el cual pasó en 11 años de \$ 3358 millones a \$10 774 millones. Dichas alarmantes cifras demuestran el aumento de servidores públicos en el Gobierno central, que sobrepasó los 100 000 empleados entre sus 193 instituciones existentes (Ciudadanía y Desarrollo, 2018).

Con base en lo anterior es posible evidenciar cómo el Gobierno creó instituciones fuertes para intervenir directamente en la ciudadanía de una manera descentralizada. Esto se logró gracias a que la Constitución del 2008 ordenó un intervencionismo estatal; el mismo principio que teoriza el socialismo del siglo XXI, en miras de que así el Estado, como un *padre protector*, pueda cuidar a todos sus ciudadanos.

Conclusión

La presente investigación tenía como objetivo determinar si la Constitución ecuatoriana de 2008 se ajusta al modelo socialista del siglo XXI. Tras una exhaustiva revisión de la literatura se confirmó que la afirmación inicial es correcta, dado que dicho instrumento jurídico incorpora los tres pilares principales del socialismo del siglo XXI.

En ese sentido, en primer lugar, la Constitución establece un sistema económico basado en la igualdad, en consonancia con la teoría de Dieterich, la cual propone una intervención estatal para garantizar el desarrollo económico del país en un marco de justicia y equidad. Dicha intercesión se refleja en disposiciones constitucionales y normativas secundarias, como la Ley de Regulación y Control del Poder de Mercado, que otorga al Gobierno la capacidad de regular directamente aspectos clave de la economía.

En segundo lugar, la Constitución promueve la democracia participativa, un concepto definido por Dieterich como un nivel avanzado de desarrollo democrático, en el cual la ciudadanía desempeña un papel fundamental en la toma de decisiones sobre asuntos nacionales. Este enfoque se materializa a través de diversos derechos de participación consagrados en la Constitución, así como mediante la existencia de la Función de Transparencia y Control Social.

En tercer lugar, la Constitución fortalece las instituciones estatales con base en la propuesta de

Dietrich (2003), la cual dicta que las instituciones gubernamentales deben ser sólidas para permitir una mayor descentralización y el acceso de los ciudadanos a la vida política del país. Durante el Gobierno de Rafael Correa se observó un aumento cuantitativo del sector público y la creación de nuevas funciones gubernamentales, lo que respalda esta premisa.

Una vez corroborada la presencia de estos tres pilares del socialismo del siglo XXI en la Constitución ecuatoriana de 2008, se puede concluir que este instrumento se inscribe en esta corriente política, y se confirma la hipótesis inicial.

Por último, es relevante reflexionar sobre la moralidad de enmarcar un Estado en un modelo ideológico a través de su Constitución. Idealmente, este documento debería ser un instrumento jurídico-estructural perdurable en el tiempo, y que permita a los Gobiernos de diversas orientaciones políticas cumplir sus funciones durante sus mandatos.

Sin embargo, la naturaleza política de la Constitución de 2008 se manifiesta al limitar la libertad de los Gobiernos para implementar estrategias conforme a su planificación. Esto se debe a su marcada dimensión dogmática, la cual obliga al Gobierno en funciones a adherirse a un modelo de Estado fuerte e intervencionista; incluso cuando esto va en contra de sus propias políticas. Por lo tanto, si bien esta Constitución puede ser elogiada por su teoría y sus principios, resulta perjudicial al restringir la capacidad del pueblo para elegir el tipo de Gobierno que desea, al imponer un enfoque de socialismo del siglo XXI.

Referencias:

Asamblea Nacional del Ecuador. (s. f.). *Constitución 2008*. <https://bityl.co/LVsz>

Badillo, V. (1994). *El neoliberalismo y su incidencia en el Ecuador* [informe académico, Instituto de Altos Estudios Nacionales]. Repositorio Digital del Instituto de Altos Estudios Nacionales, IAEN. <https://bityl.co/MHWN>

Carrera Calderón, F. A. (31 de marzo, 2015). La Participación Ciudadana y el Control Social en Ecuador. Uniandes Episteme. *Revista De Ciencia, Tecnología E Innovación*, 2(1), 047-065. <https://bityl.co/M0k4>

Ciudadanía y Desarrollo. (12 de julio, 2018). *El Alto Costo de la Burocracia en Ecuador*. Issuu. Recuperado el día 2 de julio de 2023, de <https://bityl.co/M0mW>

Dieterich Steffan, H. (10 de febrero, 2003). Tres criterios para definir una economía socialista. *Utopía Y Praxis Latinoamericana*, 8(20). <https://bityl.co/M0eo>

Hamburger Fernández, A. A. (5 de enero, 2014). El Socialismo Del Siglo XXI En América Latina: Características y Desarrollos. *Revista de Relaciones Internacionales, Estrategia y Seguridad*, 9(1), 131-154. <https://doi.org/10.18359/ries.54>

Harnecker, M. (2010). *América Latina y el socialismo del siglo XXI*. Al Aire Libro Ediciones. <https://bityl.co/M0iB>

Martínez, M. del M. (21 de septiembre, 2017). Política económica: ideas ambiciosas con resultados limitados. *GK*. <https://bityl.co/M0iN>

Paterna, M. (16 de febrero, 2017). *Ecuador, entre el 'socialismo del siglo XXI' y la corriente de centro-derecha que aflora en América Latina*. RTVE.es. <https://bityl.co/MHVi>

Ramírez Bonilla, D. A. (16 de febrero, 2015). La crisis capitalista mundial, América Latina y Ecuador: ¿socialismo del siglo XXI o neoextractivismo progresista? *Sociedad y economía*, (28), 51-73. <https://doi.org/10.25100/sye.v0i28.3929>

Ramírez Montañez, J. (24 de julio, 2017). The XXI century socialism in the context of the new Latin American left [El socialismo del siglo XXI en el contexto de la nueva izquierda Latinoamérica]. *Civilizar*, 17(33), 97-112. <http://dx.doi.org/10.22518/16578953.902>

Sánchez Cabascango, K. A. (2018). *La ideología del socialismo del Siglo XXI y el partido Socialista Unido de Venezuela como precursores de los cambios en la Constitución Ecuatoriana de 2008 durante el primer periodo de gobierno de Rafael Correa* [tesis de pregrado, Universidad San Francisco de Quito]. Repositorio Digital USFQ. <https://bityl.co/MHUK>

Secretaría Nacional de Planificación. (s. f.). *Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado*. Recuperado el día 5 de julio de 2023, de <https://bityl.co/M0jL>

Zarricueta Cabieses, S. (2007). Sobre el socialismo en el siglo XXI: un comentario crítico al libro Hugo Chávez y el Socialismo del Siglo XXI, de Heinz Dieterich. *Filosofía, política y economía en el Laberinto*, (25), 35-52. <https://bityl.co/LzMk>

GOTTIFREDI | GP
POZO



Los consultorios jurídicos gratuitos como canales para el acceso a la justicia por parte de grupos vulnerables

Adriana Mora Bernal

Abogada, magíster en Derecho con mención en Derecho Tributario, magíster en Argumentación Jurídica y doctoranda en la Universidad de Valencia.

Docente en la Universidad Católica de Cuenca
(<https://orcid.org/0000-0002-1223-6905>).

Sebastián Medina Altamirano

Abogado y magíster en Derecho Laboral y Seguridad Social.

Docente en la Universidad del Azuay
(<https://orcid.org/0000-0001-5076-0372>).

Andrés Sánchez Urgilés

Abogado y magíster en Derecho Laboral y Seguridad Social.

Docente en la Universidad Católica de Cuenca
(<https://orcid.org/0000-0002-1223-6905>).

Resumen

Las facultades de jurisprudencia, derecho o ciencias jurídicas de Ecuador, en el marco de la norma constitucional, prestan el servicio de asesoría y patrocinio a personas de grupos vulnerables y prioritarios con imposibilidades para contratar servicios de defensa legal, a fin de proteger sus derechos. El presente artículo buscó identificar cómo dichos consultorios jurídicos gratuitos materializan el derecho de acceso a una justicia y tutela judicial efectiva. Para ello se analizó la relación conceptual entre la tutela judicial efectiva, su debido proceso, y el rol de los consultorios jurídicos gratuitos como medios para alcanzar una verdadera igualdad formal, material y sin discriminación. Se evidenció que los consultorios pueden constituirse a modo de instituciones responsables que faciliten la consolidación de un desarrollo sostenible, para lo cual tienen el reto de generar políticas con miras a reducir las desigualdades conforme al acceso a la justicia.

Palabras clave

Consultorios jurídicos gratuitos, derecho a la defensa, acceso a la justicia, asistencia jurídica gratuita, grupos vulnerables

Abstract

The faculties of jurisprudence, law, or legal sciences in Ecuador, within the context of the constitutional norm, provide advisory and sponsorship services to people with limited economic resources and vulnerable groups who are unable to hire legal defense counsel to protect their rights. This article seeks to identify how these free legal offices allow the materialization of the right to access justice and effective legal guardianship. To this end, an analysis was made of the conceptual relation between effective judicial protection, its due process, and the role of the free legal aid offices as a means to achieve true formal and material equality without discrimination. This showed that these offices can become responsible institutions that facilitate the consolidation of sustainable development, for which they have the challenge of generating policies aimed at reducing inequalities in terms of access to justice.

Keywords

Free legal aid offices, right to defense, access to justice, free legal aid, vulnerable groups.

La asistencia jurídica gratuita en la etapa de la conquista de América estaba enmarcada como “la protectoría de los indios, los protectores de esclavos, el beneficio de pobreza y los abogados de pobres, la procuraduría de los pobres de San Luis de Potosí y la defensoría de oficio” (Estrada Contreras, 2018, p. 40). De acuerdo con Bonnet (1992), en la Edad Media se establecieron juicios denominados casos de Corte, que se efectuaban a favor de personas que requerían ayuda; ya fuesen viudas, huérfanos, rústicos, etcétera. El autor explica que fueron los obispos quienes en ese momento realizaban la tarea de protectorado, entre los cuales destaca Bartolomé de las Casas como el primer protector de indios.

Si bien en aquella época la institución Protectoría de los Indios recibió críticas a favor y en contra, hay quienes consideran sus acciones como algo positivo, ya que supuso la defensa jurídica y exigencia de los derechos de los indígenas y pobres (Estrada Contreras, 2018). A partir de ello, posteriormente se creó una figura muy similar, pero dirigida a los esclavos y que se denominó Protectores de Esclavos.

Hace menos de un siglo, Ecuador carecía de disposiciones constitucionales que aseguraran el derecho a la defensa como garantía del debido proceso. El primer registro constitucional que logra lo anterior en nuestro país data de 1861, cuyo artículo 105 establecía que:

Ningún ecuatoriano puede ser puesto fuera de la protección de las leyes, ni distraído de sus jueces naturales, ni juzgado por comisión especial, ni por ley que no sea anterior al delito, ni privado del derecho de defensa en cualquier estado de la causa. (Constitución de 1861, 1861, art. 105)

El texto constitucional referido invitaba a la tranquilidad procesal a quienes, por falta de recursos económicos, se les dificultaba acceder a un patrocinio procesal por parte de un profesional del derecho. Sin embargo, dicha garantía constitucional careció de aplicabilidad por falta de desarrollo legislativo durante una centena de años. Además, ese derecho constitucional, a pesar de constar en la carta magna, no pudo ser eficaz por la ausencia de un desarrollo infraconstitucional que permitiera a los administradores de justicia ejecutar la mencionada garantía. Aquello, por supuesto, ocurrió en el marco de la vigencia de un Estado formalista en donde lo que primaba era la ley.

Fue el desarrollo del derecho penal lo que trajo consigo la aplicabilidad de la garantía constitucional. En 1960, el Código de Procedimiento Penal de la Policía Civil Nacional (1960, art. 114, num. 6) estableció que un juez de distrito nombraría como “defensor de oficio a un abogado de la localidad, para que presente al enjuiciado que pudiere aparecer después y ordenará que se cuente con el fiscal de distrito”. En otras palabras, la norma citada obligaba a los jueces de materia penal, al momento de iniciar la acción, la designación de un abogado de oficio o, en su defecto, un abogado de la localidad de forma gratuita; a fin de asumir el patrocinio del eventual procesado que no pudiere erogar los honorarios profesionales de un profesional judicial.

En consonancia con la legislación interna referida, el Ecuador firmó —a modo de respaldo— la Convención Americana de Derechos Humanos, que se suscribió el 22 de noviembre de 1969 tras la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos (Organización de los Estados Americanos, s. f.). Este tratado manifiesta que toda persona tiene un “derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley” (Convención Americana de Derechos Humanos, 1969, art. 8, num. 2, lit. e).

Se debe agregar que la suscripción a ese tratado, en lo que respecta a una garantía de derecho a la defensa, generó una obligación estatal que no se encontraba contemplada en el indicio normativo inicial mencionado; es decir, el Código de Procedimiento Penal de la Policía Civil Nacional. A diferencia de este último, en la Convención Americana de Derechos Humanos la figura del defensor era explícita, pues se indicaba que el Estado tenía la obligación de proporcionar un abogado que asumiera el patrocinio del procesado desprovisto de defensa técnica; dicha asignación era un deber del juzgador, a fin de garantizar la protección en el proceso judicial.

Bajo ese contexto, la legislación ecuatoriana acató la disposición internacional y en su normativa interna continuó con el desarrollo de articulados que brindaran la garantía constitucional referida desde 1861. Asimismo, otorgaron incluso ese derecho a los extranjeros que residían en el país mediante la Ley de Migración (Ley 1899 de 1971, art. 25), la cual, en su acápite sobre la deportación de extranjeros obligaba al intendente de la Policía, en un plazo de 24 horas tras la instrucción de la acción penal, a llamar a audiencia tanto al extranjero como a un defensor de oficio, en caso de que el primero careciese de un abogado. A partir de lo anterior se generó un avance con respecto a la tutela de derechos humanos fundamentales vinculado al derecho a la defensa.

Es importante destacar que la obligación estatal de brindar un defensor al procesado que no tenía para sufragar los gastos de un abogado privado, según el desarrollo legal cronológico que se ha presentado, estaba orientado simplemente a los sujetos procesales de la órbita penal, conforme lo establecía el Código de Procedimiento Penal (1983, art. 5, num. 1) sobre la competencia de los jueces y tribunales en lo penal:

Hay competencia de un Juez o un Tribunal cuando se ha cometido la infracción en la sección territorial en la que ese Juez o Tribunal ejerce sus funciones.

Habiendo varios de tales jueces o tribunales, seguirá conociendo del proceso el que hayan prevenido.

Se considerará que el Juez ha prevenido en el conocimiento de la causa cuando 12 el auto cabeza de proceso hubiera sido citado al sindicado, si hubiese y estuviese presente, o al defensor de oficio y al Fiscal, si no hubiera o no estuviera presente.

Cabe mencionar que, pese a que este derecho tenía una jerarquía constitucional y su ámbito de competencia nunca se limitó solamente a esta área, solo se garantizaba el derecho a defensores de oficio a los procesados en materia penal y de extranjería.

Los tan mencionados defensores de oficio, que en su génesis ejercieron en estricto sentido simplemente un patrocinio penal, alcanzaron una institucionalización apenas con la Constitución de la República del Ecuador del 2008, la cual establece que:

La Defensoría Pública es un órgano autónomo de la Función Judicial cuyo fin es garantizar el pleno e igual acceso a la justicia de las personas que, por su estado de indefensión o condición económica, social o cultural, no puedan contratar los servicios de defensa legal para la protección de sus derechos.

La Defensoría Pública prestará un servicio legal, técnico, oportuno, eficiente, eficaz y gratuito, en el patrocinio y asesoría jurídica de los derechos de las personas, en todas las materias e instancias. (Asamblea Nacional del Ecuador, s. f., art. 191).

En ese sentido, la Defensoría Pública se constituye como un órgano autónomo de la Función Judicial que busca garantizar el derecho a la defensa y el acceso a la justicia por parte de las personas que se encuentran en estado de indefensión, así como también de aquellas que no pueden contratar los servicios de protección legal para la tutela de sus derechos.

Con base en dichos antecedentes, se formula la siguiente pregunta: ¿cuál es el rol de los consultorios jurídicos gratuitos con respecto a la asesoría y el patrocinio que se brinda a las personas de escasos recursos económicos y grupos vulnerables?

Resultados y discusión

El presente análisis tuvo por objetivo identificar cómo los consultorios jurídicos gratuitos aportan en la materialización del derecho al acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva. Para ello se utilizó el método dogmático, a fin de examinar el rol de los consultorios jurídicos gratuitos en el derecho a la defensa y el acceso a la justicia por parte de personas en estado de indefensión, así como también de aquellas que por determinada situación no pueden contratar servicios de defensa legal; cuyo pilar se encuentra en la norma constitucional y su esquema regulatorio reposa en reglamentaciones infraconstitucionales.

Los derechos a la tutela judicial efectiva, su debido proceso e igualdad

El derecho a la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita es una de las garantías fundamentales con las que cuentan los individuos. Bajo ese contexto, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969, art. 8) establece que toda persona tiene que ser oída con las debidas garantías, ante jueces competentes que emitan una decisión razonable. Con relación a ese fragmento del tratado, se resalta el caso *Barbani Duarte y otros Vs. Uruguay*, que se presentó a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (IDH, s. f.) en el 2010; y donde se indicó que la tutela judicial asegura el acceso al órgano competente. Es decir, este derecho comporta una serie de obligaciones por parte del ente estatal; por un lado requiere la existencia de un órgano jurisdiccional y, por otro, la presencia de jueces y juezas, quienes, investidos de potestad jurisdiccional, deben velar por el cumplimiento de la Constitución y la ley, de modo que las apliquen a un caso concreto para lograr la tan anhelada justicia.

Empero, aquel acceso a los órganos jurisdiccionales no es suficiente para que se tutelen los derechos de los individuos, sino que, una vez ejercitada la acción respectiva, se requiere que los operadores judiciales realicen una labor diligente en donde se plasme la defensa de los derechos, sin evidenciar sesgos o prerrogativas a favor de ninguna de las partes procesales; de manera que se mantenga un justo equilibrio que garantice, a su vez, la confianza de las personas para acudir a estos órganos jurisdiccionales y hacer valer sus derechos.

Por lo que respecta a la Corte Constitucional del Ecuador (CC, 117-14-SEP-CC, 2014; 108-15-SEP-CC, 2015; 889-20-JP/21, 2021), en su línea jurisprudencial, ha conceptualizado a la tutela judicial efectiva como un derecho constitucional de contenido amplio que tiene relación con otros derechos de la misma índole. Es decir, comprende el acceso a la justicia, pero también a las garantías básicas del debido proceso (motivación, derecho a la defensa, doble conforme, etc.). Por consiguiente, este derecho debe estar presente tanto en las posibilidades de acceso a la justicia como en la obtención de una sentencia eficaz en su cumplimiento.

Por otro lado, la Corte IDH (Sentencia del 28 de noviembre de 2022) vincula el derecho al debido proceso con la tutela judicial efectiva cuando relaciona el acceso a la justicia y el debido proceso; tal como ocurrió en el caso *Cantos Vs. Argentina*. De manera similar sucede en España, país en el que, a través de su trayectoria jurisprudencial, se identificaron nueve vertientes del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión; entre ellas se destaca la facultad para acceder a la jurisdicción, lo que da lugar a una coexistencia entre este derecho y el debido proceso (Pi-Sunyer y López Bofill, 2006, citado en Lara Mafla, 2021).

Del mismo modo, la Corte IDH considera que el asesoramiento debe ser realizado por un profesional del derecho, quien debe ofrecerlo de forma técnica al procesado; y añade que una persona no puede ser discriminada por razón de su situación económica si, requiriendo asistencia legal, el Estado no se la provee gratuitamente, lo cual no se cumplió en el caso *Vélez Lóor Vs. Panamá* (Corte IDH, Sentencia del 23 de noviembre de 2010).

En ese sentido, la Constitución de la República del Ecuador (Asamblea Nacional del Ecuador, s. f., art. 76) determina que en todo proceso legal o penal se deberá asegurar el derecho al debido proceso, el cual incluye garantías básicas como ser asistido por una abogada o abogado de su elección, o una defensora o un defensor público; de no cumplirse lo anterior, la persona se encontraría en un estado de indefensión y se vulneraría su derecho constitucional. Es decir, la voluntad del constituyente fue la de garantizar el debido proceso y ser asesorado por un profesional del derecho, aun cuando por situaciones económicas, sociales y culturales no pueda contratar los servicios de defensa legal para la protección correspondiente.

Así pues, el acceso a la justicia a través de la defensa con un profesional del derecho debe garantizarse a todas las personas, independientemente de su condición socioeconómica. Esto permite tutelar derechos como el debido proceso, la tutela judicial efectiva y la igualdad de condiciones en el acceso a la justicia. Respecto a esto último, se debe remitir al derecho a la igualdad, que constituye uno de los emblemas de la Agenda 2030, adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (s. f.); la cual en el 2015 asumió entre sus objetivos el promover y garantizar

la igualdad en el “acceso a la justicia para todos y la construcción de instituciones responsables y eficaces” (párr. 58), a fin de obtener un desarrollo sostenible.

En concreto, se sugiere que para considerar la existencia de un desarrollo sostenible es necesario garantizar la igualdad de acceso a la justicia para todos y todas. Esto en concordancia con el tema central de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), que es no dejar a nadie atrás, lo cual involucra no solo llegar a lo más pobres, sino también poner fin a la discriminación y exclusión; de forma que se eliminen las barreras para acceder a los distintos servicios, entre ellos, la igualdad en el acceso a la justicia (Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo Sostenible, s. f.).

Precisamente, en el marco constitucional ecuatoriano se hace referencia al “derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación” (Asamblea Nacional del Ecuador, s. f., art. 66, num. 4). En este sentido, si bien existe la garantía de un trato igualitario para todos los ciudadanos que se benefician de una norma jurídica o igualdad formal, con el objetivo de evitar la existencia injustificada de privilegios, la Corte Constitucional del Ecuador (Sentencia 018-15-SIN-CC. Caso 0009-11-IN) afirma que también debe considerarse la igualdad material; cuya finalidad consiste fundamentalmente en evitar las injusticias, al enfocarse en la posición social real de cada individuo sobre el que se pretende aplicar la ley.

Este último argumento de la Corte Constitucional del Ecuador resulta de vital importancia para este análisis, por cuanto el rol de los consultorios jurídicos gratuitos implica el asesoramiento a individuos que, por su situación, requieren una atención prioritaria al pertenecer a grupos vulnerables o ser de escasos recursos económicos; sin que esto signifique constituirse como una competencia desleal para el resto de abogados que se desempeñan en el libre ejercicio de su profesión, sino, más bien, ofrecer la posibilidad de concretizar esta igualdad de acceso a la justicia mediante la defensa jurídica gratuita.

Dicha reflexión toma aún mayor importancia por el momento de pospandemia que todavía se atraviesa en el mundo, y que dejará un sinnúmero de efectos económicos y sociales; además de que se sentirá de forma más aguda en países en vías de desarrollo como el Ecuador. Será un reto para el Estado equiparar estas desavenencias económicas o desventajas sociales, lo cual se busca alcanzar en el presente análisis, con el fin de garantizar el acceso gratuito a la justicia para aquellos que realmente lo necesitan. Es un desafío al que se suman también los consultorios jurídicos, que ofrecen sus servicios sin ningún costo como una herramienta a favor de la sociedad para asegurar el cumplimiento del derecho mencionado.

Es importante puntualizar que, en conformidad con el artículo 35 de la Constitución ecuatoriana (Asamblea Nacional del Ecuador, s. f.), los grupos vulnerables y de atención prioritaria están conformados por: adultos mayores, niños, adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad y privadas de libertad, y quienes padecen de enfermedades catastróficas o de alta complejidad; asimismo, forman parte del anterior los individuos en situación de riesgo: víctimas de violencia doméstica y sexual, de maltrato infantil, y de desastres naturales o antropogénicos.

El rol de los consultorios jurídicos gratuitos en el Ecuador

En el Ecuador, la Defensoría Pública (Res. DP-DPG-DAJ-2020-037, 2020a, 2020b) es el órgano especializado y responsable de garantizar el acceso a la justicia, pues su finalidad es la de asegurar —en un proceso judicial— el cumplimiento de los derechos de las partes intervinientes, además de que se acaten otros preceptos constitucionales y legales relacionados con la defensa, contradicción, igualdad e imparcialidad que rigen el sistema procesal.

Asimismo, la Defensoría Pública (Res. DP-DPG-DAJ-2020-037, 2020a, 2020b) no opera de manera aislada, pues responde a un sistema organizado de defensa de derechos, el cual se encuentra dirigido a personas de escasos recursos económicos, con sujeción a los principios de calidad, calidez, gratuidad, inclusión social, probidad y transparencia. Esto deja en evidencia la trascendental importancia de la defensa pública en el transitar procesal de los ciudadanos que no poseen los suficientes recursos para erogar los honorarios profesionales de un abogado o abogada.

En el caso ecuatoriano, la Defensoría Pública expidió un instructivo para regular la prestación de los servicios legales a través de la mencionada resolución DP-DPG-DAJ-2020-037 (2020a), en cuyo documento se presenta a esta institución como la responsable de autorizar el funcionamiento y de supervisar a los consultorios jurídicos gratuitos a nivel nacional; los cuales a su vez consolidan el derecho al acceso a la justicia por parte de grupos prioritarios, ya sea que se encuentren en situación de vulnerabilidad social, económica o cultural. Entre varias circunstancias, se establece que las asesorías y los patrocinios jurídicos a dichos individuos deben ser brindados por un profesional del derecho y la asistencia de estudiantes de los últimos años de la carrera de Derecho (Res. DP-DPG-DAJ-2020-037, 2020a).

Para precisar, es necesario indicar que en el Ecuador existe la obligación por parte de las facultades universitarias de jurisprudencia, derecho o ciencias jurídicas de prestar el servicio de asesoría y patrocinio gratuito a los grupos de atención prioritaria mencionados, conforme a la Constitución de la República (Asamblea, s. f., art. 193).

En otras palabras, los servicios que se prestan en estos consultorios jurídicos son de forma gratuita, ya que no persiguen fines de lucro, como lo prescriben los artículos 293 y 294 del Código Orgánico de la Función Judicial (2009). Estos servicios se brindan de manera formal y con estándares de calidad, bajo los principios de gratuidad, inclusión social, entre otros, según la resolución DP-DPG-DAJ-2020-037 (2020a) y como se determina en el Código Orgánico de la Función Judicial (2009, art. 286, num. 9; arts. 293-294).

Por otro lado, los consultorios jurídicos gratuitos están sujetos a procesos de registro y solicitud de permisos para su funcionamiento anual, y requieren, además, una prestación de servicios de manera eficiente u organizada; esto en conformidad a lo establecido en el artículo 293 del Código Orgánico de la Función Judicial (2009). Cabe mencionar que, a fin de garantizar la calidad de este tipo de consultorios, se requiere la acreditación de la Defensoría Pública (Res. DP-DPG-DAJ-2020-037, 2020a), como se mencionó anteriormente.

Bajo ese contexto, de comprobarse cualquier anomalía, la Defensoría Pública puede suspender o hasta prohibir la actividad de los consultorios jurídicos gratuitos (Res. DP-DPG-DAJ-2020-037, 2020a). Por tanto, estos deben mantener en regla todos aquellos documentos que permitan evidenciar cada uno de los estándares de calidad requeridos, para así justificar la correcta prestación de los servicios, los procesos de manejo administrativo, su presupuesto y los respectivos protocolos de atención, funcionamiento, archivo, entre otros. Por último, dichos procesos de registro y autorización para su existencia son fundamentales con el objetivo de constituirse como verdaderos garantes de los derechos, de una tutela judicial efectiva y una igualdad formal, material y sin discriminación hacia los individuos en situación de vulnerabilidad que atienden.

Ahora bien, finalmente es también fundamental explicar que en el instructivo de la Defensoría Pública se enlistan once líneas de servicio jurídico, detalladas por materia jurídica —y cada una de ellas con su tema pertinente—, de las cuales dichos consultorios pueden valerse para prestar la respectiva asesoría legal; incluso se señala la prioridad que debe establecerse según sea el caso (Res. DP-DPG-DAJ-2020-037, 2020a). De esta manera, se brinda claridad respecto al funcionamiento de estos espacios, a fin de que no queden dudas, subjetividades o arbitrios sobre la atención a los usuarios.

En consecuencia, el documento orientativo correspondiente también permite a los consultorios asegurarse de que los usuarios que acuden a estos califican dentro de los parámetros establecidos por la Defensoría Pública en dicho instructivo; a fin de evitar la competencia desleal ante los profesionales y futuros abogados que tienen la justa aspiración de recibir una retribución por la atención prestada a personas que, a diferencia de quienes integran los grupos vulnerables y prioritarios, sí cuentan con el patrimonio y las condiciones sociales y económicas para solventar los servicios jurídicos correspondientes.

Entre las prioridades de atención, es imperativo tener en cuenta diferentes criterios, además de las condiciones sociales o culturales. En particular, la resolución DP-DPG-DAJ-2020-037 (2020a) destaca la necesidad de considerar factores económicos y patrimoniales, especialmente en asuntos relacionados con cuestiones civiles, conflictos de tierras y temas laborales. Para ser más específicos, la elegibilidad para recibir asistencia puede depender, por ejemplo, de si un usuario percibe ingresos iguales o inferiores al valor de la canasta familiar básica anual correspondiente al respectivo periodo de atención.

Además del parámetro antes descrito, en otros casos se requiere que el valor del inmueble que se encuentra en posesión del usuario no sobrepase las noventa remuneraciones básicas unificadas, y que su extensión no supere los doscientos metros cuadrados en la zona urbana, o cinco hectáreas en el sector rural (Res. DP-DPG-DAJ-2020-037, 2020a). Por consiguiente, los abogados y practicantes de los consultorios jurídicos pueden determinar de forma concreta, clara y objetiva los criterios que un cliente debe cumplir para recibir el debido patrocinio jurídico de manera gratuita.

A pesar de lo anterior, contar con una regulación precisa, además de lineamientos y parámetros de atención claros, no es suficiente para cumplir con la finalidad perseguida a través de la gratuidad. Debido a que la asistencia al usuario se brinda mediante la recepción de su información personal, lo cual posibilita que se complete la ficha socioeconómica establecida en los lineamientos de la Defensoría Pública; se evidencia la inexistencia de un mecanismo, sistema digital o herramienta efectiva que permita verificar, contrastar o validar aquellos datos proporcionados por cada cliente.

Como resultado, podrían existir individuos que, pese a no encontrarse en una situación de vulnerabilidad, intenten acceder por esta vía a una atención jurídica; a fin de beneficiarse injustamente de la calidad y gratuidad de este servicio. Aquello se considera una conducta inmoral al ser una falta a la verdad que busca ocultar la verdadera situación económica y patrimonial del usuario respectivo, y, principalmente, impide acceder a ella en circunstancias normales.

Conclusión

En definitiva, los consultorios jurídicos gratuitos contribuyen a concretar el derecho de acceso a la justicia del que disponen las personas de bajos recursos socioeconómicos (Recalde et al., 2017). Además, se convierte en un espacio que permite el contacto de los estudiantes de derecho con el mundo real, con personas de la comunidad y casos concretos; de manera que se les brinda la oportunidad de obtener una formación más integral y comprometida con la sociedad (Duque Quintero y González Agudelo, 2008; Duque Quintero et al., 2012).

En consecuencia, esto permite repensar la educación del derecho, ya que tradicionalmente el estudio de esta rama se centraba en la dogmática jurídica; hoy, por el contrario, se enfatiza el componente práctico. Entonces, se pasa a una educación profesional de seres humanos conscientes de las condiciones de vida de la población, capaces de alcanzar un cambio social y que contribuyen a la solución de los problemas de la sociedad (De Vivo, 2009). Y, finalmente, con ello se logra que el ejercicio del alumnado en los consultorios jurídicos universitarios tenga un carácter de servicio y proyección social (Velásquez Posada, 2012).

En cuanto al instructivo expedido por la Defensoría Pública para regular la atención en los consultorios jurídicos gratuitos, como se ha detallado a lo largo de este artículo, se establecen en dicho documento definiciones y parámetros de seguimiento y control al respecto; pero lo más importante es que por primera vez existen directrices expresas y efectivas sobre las correspondientes líneas de servicio, las materias y temas que pueden cubrirse en estos espacios, y, sobre todo, los aspectos fundamentales que deben tenerse en cuenta a fin de asesorar a los respectivos clientes.

Además, se mencionó anteriormente sobre la existencia de posibles usuarios que, pese a no encontrarse en una situación de vulnerabilidad económica, pueden aprovecharse injustamente del beneficio de la gratuidad en la prestación de servicios jurídicos. Aquello se considera, en primer lugar, un grave problema de carácter social, pues resulta un perjuicio directo en contra de quienes sí cumplen con los requisitos de vulnerabilidad y escasez de recursos económicos; cuyas plazas serían ocupadas por personas que, de poder verificarse su verdadera situación financiera, no merecerían el patrocinio jurídico sin ningún costo.

Por otro lado, recurrir a ese accionar también se considera una falta grave desde el aspecto ético y económico, pues implica una competencia desleal y perjudicial para los abogados que optan por el libre ejercicio de la profesión, los cuales sí pueden ser contratados por dichas personas que se aprovechan injustamente de los servicios gratuitos y cuentan con una solvencia financiera suficiente para cubrir la atención jurídica.

Ante ello, se requiere de manera imperativa que el Estado brinde a los consultorios jurídicos gratuitos el acceso a un sistema de información ágil y efectivo, el cual admita la verificación de la información reportada por los usuarios a fin de permitir o denegar la asesoría o patrocinio sin ningún costo.

Referencias

- Asamblea Nacional del Ecuador. (2008). *Constitución 2008*. <https://bityl.co/LVsz>
- Bonnet Vélez, D. (1992). *El protector de naturales en la audiencia de Quito, siglos XVII y XVIII. Flaco-Ecuador*.
- Código Orgánico de la Función Judicial. (2009) (Ecuador). Recuperado el 6 de agosto de 2023. <https://bityl.co/LWHu>
- Constitución de 1861. (1861). <https://bityl.co/LRy5>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Cantos Vs. Argentina, Sentencia de 28 de noviembre de 2022. <https://bit.ly/486TfTr>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Vélez Looor Vs. Panamá, Sentencia del 23 de noviembre de 2010. <https://bit.ly/3uPHK4J>
- Corte Constitucional del Ecuador [CC], 6 de agosto, 2014. J. P.: W. Molina Andrade. N.º 117-14-SEP-CC (Ecuador). Recuperado el 6 de agosto de 2023. <https://bityl.co/LUfl>
- Corte Constitucional del Ecuador [CC], 8 de abril, 2015. J. P.: N. Pacari Vega, P. Pazmiño Freire y A. L. Yunez. N.º 108-15-SEP-CC (Ecuador). Recuperado el 5 de agosto de 2023. <https://bityl.co/LUGF>
- Corte Constitucional del Ecuador [CC], 22 de marzo, 2016. N.º 018-15-SIN-CC. Caso 0009-11-IN. Recuperado el 7 de diciembre de 2023. <https://bit.ly/4acmCGO>
- Corte Constitucional del Ecuador [CC], 10 de marzo, 2021. J. P.: R. Ávila Santamaría. N.º 889-20-JP/21 (Ecuador). Recuperado el 6 de agosto de 2023. <https://bityl.co/LUGS>
- Corte Constitucional del Ecuador [CC], 17 de junio, 2021. Caso 0028-15-IN (Ecuador). <https://bityl.co/LW23>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, 23 de noviembre, 2010. J. P.: D. García-Sayán, L. A. Franco, M. E. Ventura Robles, M. M. Macaulay, R. A. Blondet, A. Pérez Pérez y E. Vio Grossi. Sentencia del 23 de noviembre de 2010 (Panamá). Recuperado el 6 de agosto de 2023. <https://bityl.co/LVrD>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (s. f.). Ficha Técnica: Barbani Duarte y otros Vs. Uruguay. <https://bityl.co/LUSZ>
- Defensoría Pública del Ecuador. (2020b). *Reseña histórica*. <https://bityl.co/LWDL>
- Departamento de Derecho Internacional-OEA. (22 de noviembre, 1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (B32) Estado de Firmas y Ratificaciones*. 1-24. <https://bityl.co/LS2i>
- De Vivo, S. (2009). *La responsabilidad social de las escuelas de derecho y ciencia política*. *Revista de Derecho*, (31), VII-X. <https://bityl.co/LWKr>
- Duque Quintero, S. P. y González Agudelo, E. M. (30 de diciembre, 2008). Los consultorios jurídicos y la popularización del derecho. *Prisma Jurídico*, 7(2), 341-358. <https://bityl.co/MHNp>
- Duque Quintero, S. P., González Agudelo, E. M. y Quintero Quintero, M. L. (1 de junio, 2012). La popularización del derecho en el consultorio jurídico: una apuesta por una educación jurídica con relevancia social. *Estudios de Derecho*, 69(154), 287-300. <https://bityl.co/LXim>

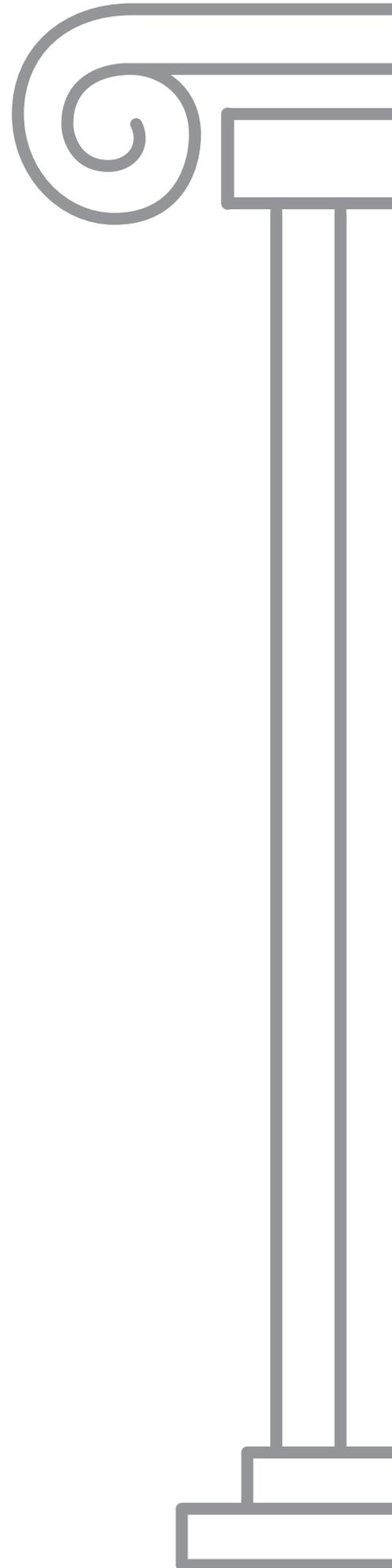
- Estrada Contreras, J. J. (2018). *El derecho a la asistencia jurídica gratuita en México*. Tirant lo Blanch.
- Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo Sostenible. (s. f.). *No dejar a nadie atrás*. Naciones Unidas. <https://bityl.co/LVwn>
- Lara Mafla, B. I. (2021). *La tutela judicial efectiva como fundamento para el establecimiento de judicaturas especializadas en acciones de garantías jurisdiccionales* [tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar]. Repositorio UASB-Digital. <https://bityl.co/LUhc>
- Naciones Unidas. (s. f.). *Objetivos de Desarrollo Sostenible*. <https://bityl.co/LVvK>
- Organización de los Estados Americanos. (s. f.). *Estado de Firmas y Ratificaciones*. <https://bityl.co/LS2H>
- Recalde, G., Luna Blanco, T. y Bonilla Maldonado, D. (2017). Justicia de pobres: Una genealogía de los consultorios jurídicos en Colombia. *Revista de Derecho*, (47), 1-72. <https://bityl.co/LWK5>
- República del Ecuador. (20 de agosto, 1960). *Código de Procedimiento Penal de la Policía Civil Nacional*. Registro Oficial 1202. <https://bityl.co/LRwt>
- República del Ecuador. (30 de diciembre, 1971). Ley 1899. *Ley de Migración*. Registro Oficial 382. <https://bityl.co/LS8Q>
- Resolución No. DP-DPG-DAJ-2020-037, 11 de marzo, 2020a. Defensoría Pública del Ecuador. Recuperado el 6 de agosto de 2023. <https://bityl.co/LWDi>
- Velásquez Posada, H. (15 de junio, 2012). El trabajo social de los consultorios jurídicos: ¿necesidad u obstáculo? *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 42(116), 51-76. <https://bityl.co/LWKm>



AMIGOS
CON DERECHO

ECIJA
GPA







UNIVERSIDAD
DEL AZUAY

Casa 
Editora



www.udalawreview.uazuay.edu.ec
udalawreview@uazuay.com.ec

 UDA Law Review

 UDA Law Review