



UNIVERSIDAD
DEL AZUAY



UDA LAW REVIEW

Número 1

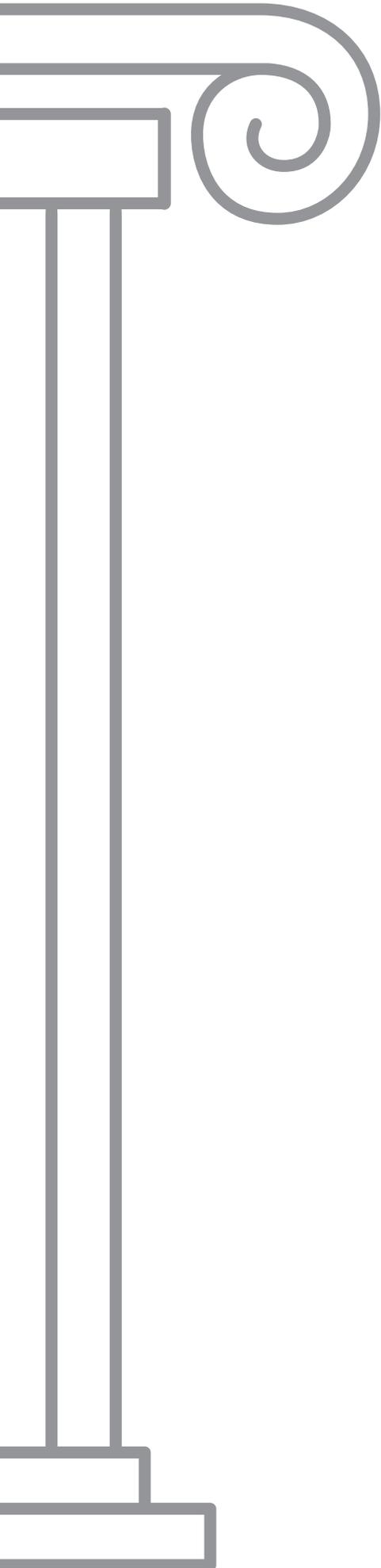
— MAYO 2025 —

ISSN 2806-5891



UDA
LAW REVIEW

Número 1



ISSN: 2806-5891
revistas.uazuay.edu.ec/index.php/udalawreview
www.uazuay.edu.ec/
Cuenca, Ecuador

Volumen VI, Número 1, mayo 2025

Presentación

UDA Law Review es una revista académica administrada por estudiantes de pregrado de la Escuela de Derecho, adscrita a la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Azuay. Los artículos académicos publicados se enfocan en el ámbito del Derecho, en todas sus ramas y especialidades.

UDA Law Review publica de manera semestral, en los meses de mayo y noviembre y está arbitrada bajo la revisión por pares o *peer view*, asegurando la originalidad, calidad y relevancia de los artículos enviados.

Con el fin de preservar la difusión del conocimiento y del debate jurídico, los trabajos publicados se encuentran bajo la licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional y tienen libre acceso a través de la plataforma OJS de la Revista.

En la actualidad, UDA Law Review está indexada en la Red de Repositorios de Acceso Abierto del Ecuador - RRAE, y apunta, con esta publicación, a formar parte de otras bases de datos y portales de información académicos.

Asimismo, la Revista forma parte de la Red de Editores y Revistas Científicas Ecuatorianas - RERCIE, y ha formalizado alianzas interinstitucionales con otras revistas académicas como Lawyers EC y USFQ Law Review.

En este contexto, UDA Law Review Volumen 6 Número 1, recoge artículos de relevancia actual que plantean nuevas visiones del Derecho en la práctica y que cuestionan las posturas ya existentes, aportando un elemento diferenciador al mundo académico y jurídico.



**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. María Inés Acosta Urigüen
Coordinadora de la Escuela de Estudios
Internacionales

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

COMITÉ EDITORIAL

Julio Santiago Meneses Vázquez
Editor en Jefe

María Isabel López Jara
Editora Adjunta

Emilio José López García
Editor Adjunto

María José Castro Zambrano
Editora Junior

Mateo Sebastián Polo Fajardo
Editor Junior

Bryan Steven Silva Guamushig
Editor Junior

Sarela Yamile Wambanguito Shariano
Asistente de Comité

COMITÉ ACADÉMICO

Abg. Ana María Bustos, PhD.
Abg. Vicente Solano Paucay, Mgtr.
Abg. Miguel Molina Díaz, Mgtr.
Abg. Andrés Moreta Neira, Mgtr.
Abg. Emilio Suárez Salazar, Mgtr.
Abg. Esteban Polo Pazmiño, Mgtr.
Abg. Nicolás Díaz Torres, Mgtr.
Abg. Valeria Espinosa Cordero, Mgtr.
Dr. Rubén Calle Idrovo, Mgtr.

CORRECCIÓN DE ESTILO

Camila Peña

**COLABORADORES DEL
NÚMERO DE LA REVISTA**

Christian Rafael Villavicencio Arce
Juan Sebastián López Moscoso
Lucía Eugenia Abad Quevedo
Juan Francisco Mora Mogrovejo
César Andrés Vélez Andrade
Alex Santiago Calderón Cajamarca
Pedro Andrés Jurado Mogrovejo
José Enrique Montesinos Vintimilla

**DIAGRAMACIÓN Y
DISEÑO DE PORTADA**

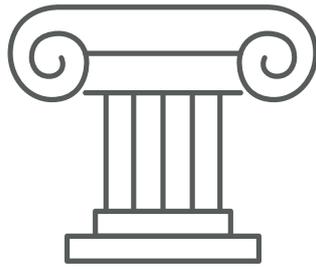
Fernando León Guerrero
Casa Editora de la Universidad del Azuay

ISSN | 2806-5891

IMPRESIÓN | PrintLab de la Universidad del Azuay



Cuenca , mayo del 2025



— 2025 —

Contenido

- | | | |
|--------|----------|---|
| 13– 20 | 1 | Principio de simultaneidad y principio de referencia en la obra de Joachim Hruschka
Christian Rafael Villavicencio Arce |
| 23– 31 | 2 | Una discusión sobre la legitimidad democrática de la justicia constitucional: aproximación al caso ecuatoriano
Juan Sebastián López Moscoso |
| 33– 44 | 3 | Del retorno a la democracia a la Asamblea Constituyente de Montecristi: análisis de la concepción de ciudadanía en Ecuador en las Constituciones de 1979 a 2008
Lucía Eugenia Abad Quevedo |
| 47– 57 | 4 | La resolución de la excepción previa de existencia de convenio arbitral frente al principio <i>kompetenz-kompetenz</i>: ¿Cuáles son las limitaciones y obligaciones del juez?
Juan Francisco Mora Mogrovejo |
| 59– 69 | 5 | La proporcionalidad administrativa en las infracciones ambientales en el ordenamiento jurídico ecuatoriano
César Andrés Vélez Andrade |
| 71– 79 | 6 | Naturaleza jurídica del servidor público de elección popular en Ecuador: el caso de Verónica Abad
Alex Santiago Calderón Cajamarca |
| 81– 92 | 7 | La expropiación indirecta: un desafío jurisprudencial para el Ecuador
Pedro Andrés Jurado Mogrovejo
José Enrique Montesinos Vintimilla |





UDA LAW REVIEW

Número 1

CON EL APOYO DE:



OZC Estudio Jurídico



CANDO ABOGADOS
Cando Shevchukova & Maister Cia. Ltda.

Principio de simultaneidad y principio de referencia en la obra de Joachim Hruschka

Principle of Simultaneity and Principle of Reference in the Work of Joachim Hruschka

Christian Rafael Villavicencio Arce
rvillavicencio@uazuay.edu.ec

Resumen

La trayectoria académica de Joachim Hruschka ha dejado un legado de indiscutible trascendencia en el desarrollo del Derecho Penal. Sus estudios de la teoría clásica de la imputación, así como su forma tan metódica de resolver problemas en general, muestran la necesidad de estudiar y analizar sus postulados. En el presente trabajo nos proponemos revisar, de forma muy sintética, dos principios propuestos y nombrados por el autor: el principio de referencia y el principio de simultaneidad.

Abstract

The academic trajectory of Joachim Hruschka has left a legacy of indisputable importance in the development of Criminal Law. His studies on the classical theory of imputation, as well as his methodical approach to problem-solving in general, highlight the need to study and analyze his postulates. In the present work, we propose to briefly review two principles proposed and named by the author: the principle of reference and the principle of simultaneity.

Palabras clave

Joachim Hruschka, Derecho Penal, principio de referencia, principio de simultaneidad

Keywords

Joachim Hruschka, Criminal law, principle of reference, principle of simultaneity

Introducción

El Dr. Joachim Hruschka podría catalogarse como un “gigante” del Derecho Penal, no solo por la rigurosidad con la que construyó sus postulados teóricos,¹ sino por el inmenso legado que dejó en la academia.²

Su famoso libro *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode* es elogiado por su forma diversa de ver el delito y por su solvencia para resolver problemas de Derecho Penal, bajo la concepción lógico-analítica. En los primeros dos capítulos, Hruschka pone de relieve dos principios denominados por él mismo como principio de referencia y principio de simultaneidad. Como se mostrará, los dos tienen su raíz en los principios básicos de la lógica formal y, por su capacidad de rendimiento, son de indudable utilidad para resolver casos prácticos en esta rama del derecho, además de ser compatibles con nuestra legislación ecuatoriana.

Sobre el principio de simultaneidad

El principio de simultaneidad es concebido por Hruschka como un principio establecido en el derecho, que se muestra en forma de condición general, y cuya función es verificar la validez —o no— de un discurso con sentido³ a partir de las condiciones propias del enunciado al que se refiere. Ejemplifiquemos esto, cuando alguien señala: “La mesa es un mueble compuesto de un tablero horizontal liso y sostenido a la altura conveniente, generalmente por una o varias patas, para diferentes usos, como escribir, comer, etcétera.” Y, a continuación, menciona que: “A está comiendo en una mesa”; eso implicaría que A se encuentra en un lugar determinado cuyas características mínimas y esenciales serían que es un mueble con una superficie plana y horizontal sostenida por una o varias patas. Y por supuesto que, además, está ingiriendo alimentos en dicho lugar y las características antes indicadas deben coincidir simultáneamente.

¿Qué pasa si el objeto que designa A no cuadra con las características de una mesa sino más bien, por ejemplo, con un florero? ¿Qué pasa si las características coinciden, pero a des-tiempo, es decir, no de forma simultánea? Pues o bien habría que cambiar la definición de mesa o, en su defecto, si se mantiene la definición, estaríamos frente a una contradicción por antonomasia. Esto es, afirmar ‘X y no-X’ al mismo tiempo y en la misma forma. En ese sentido, tomarnos en serio el principio de simultaneidad nos salva de caer en contradicciones, a esto nos referíamos con condición general de validez de un discurso con sentido o significativo. Mantengamos esta idea y la función del principio en mención, al que regresaremos. Por el momento, fijemos nuestra atención en el caso práctico que Hruschka propone:

*T lleva varias semanas planeando matar a O fingiendo un accidente. En un viaje de caza juntos, T dispara a O por descuido sin darse cuenta de que se trata de O. T cree más bien que está apuntando y disparando a una presa oculta. O es alcanzado y muere a consecuencia del disparo.*⁴

¿Qué imputación o calificación jurídica merece T? En la imputación al tipo objetivo no hay duda que podría afirmarse un delito de homicidio, por la simple razón de que el resultado de muerte de O es objetivamente atribuible a las acciones de T. Entre estas dos existe lo que

1. Ver, por ejemplo, para su teoría de la imputación: Joachim Hruschka, “Reglas de Comportamiento y Reglas de Imputación,” en *Imputación y Derecho Penal: Estudios Sobre La Teoría de La Imputación* (Buenos Aires: B de F, 2009).

2. Pablo Sánchez-Ostiz Gutiérrez, “Joachim Hruschka (1935-2017),” *InDret*, 2018.

3. Joachim Hruschka, *Strafrecht Nach Logisch-Analytischer Methode: Systematisch Entwickelte Fälle Mit Lösungen Zum Allgemeinen Teil* (Walter de Gruyter, 2011): p. 5.

4. *Ibidem*, p. 1.

se denomina por Hruschka como relación final objetiva⁵ (*objektiver Finalzusammenhang*),⁶ es decir, la aptitud de la acción para provocar el resultado típico, visto desde una perspectiva *ex ante*. En realidad, el problema reside en la imputación al dolo, esto es, en sede de tipicidad subjetiva: ¿podemos afirmar con seguridad que T actuó dolosamente?

Debemos contestar negativamente, es sabido que el conocimiento es uno de los elementos esenciales que integran al dolo, pero no se trata de cualquier conocimiento, sino de aquel que versa sobre la realización de los elementos objetivos del tipo penal. En adición, el conocimiento debe versar sobre las situaciones pasadas y presentes que configuran la circunstancia concreta en análisis, así como la previsión de los acontecimientos futuros relevantes para la concreción del tipo penal⁷, con esto se refiere Hruschka, al conocimiento relevante para juzgar si los elementos del tipo se conocieron con base en el caso concreto. En ese sentido, T no previó que, con su disparo, habría de ocasionar la muerte de O. La conciencia de que la muerte de la víctima sea el posible efecto de la acción del agente es algo que se debe obligatoriamente constatar para poder asumir el elemento del conocimiento del dolo.

Si T no fue consciente en el sentido antes indicado, entonces no se ha conocido una circunstancia penalmente relevante, en referencia a nuestro ordenamiento jurídico, en el sentido del artículo 26 del Código Orgánico Integral Penal (en adelante COIP). Este indica que: "Actúa con dolo la persona que, conociendo los elementos objetivos del tipo penal, ejecuta voluntariamente la conducta."⁸

Por lo tanto, T no mató dolosamente a O y este resultado se mantiene invariable, incluso conociendo que T planeaba matar accidentalmente a O, pues ese plan no puede sustituir nunca la previsión de la circunstancia actual del agente sobre su conducta y el resultado. El plan de T, en todo caso, fundamentaría un irrelevante *dolus antecedens* que, como lo menciona Hruschka, es técnicamente un término contradictorio⁹ porque el dolo no es previo, sino es únicamente relevante aquel comprendido entre el inicio del comportamiento penalmente relevante y el resultado típico.

Si bien queda clara la ausencia de dolo, ¿podemos fundamentar un delito imprudente? Para responder esa pregunta debemos sentar la premisa básica de que no porque no se pueda fundamentar el dolo, entonces cabe afirmar *ex nihilo* la imprudencia, esto es, tanto el dolo y la imprudencia deben ser fundamentados autónomamente y no por descarte.

En esa inteligencia, debemos indagar si T pudo y debió representarse (en ese orden) la muerte de O, lo que se conoce como cognoscibilidad individual del resultado o simplemente, previsibilidad subjetiva. Este poder y deber reconocer, son el primer peldaño a escalar en la fundamentación del delito imprudente. En el presente caso, Hruschka sostiene que sí se pudo representar el resultado, ya que de los hechos se desprende que T, por descuido, disparó a O.

5. *Ibidem*, p. 404.

6. También traducido como conexión final objetiva, designa un término que nada tiene que ver con la "acción final" de Welzel sino, más bien, es otra forma para ilustrar lo que actualmente se conoce como la creación de un riesgo jurídicamente reprobado, que no es sino el primer paso de la denominada imputación objetiva que se verifica desde una perspectiva *ex ante*. Es decir, si la conducta peligrosa era apta *ex ante* para provocar el resultado. O si, a la inversa, el resultado puede ser visto objetivamente como su finalidad, esto es, reconducido hacia el hecho. En cambio, la constatación de la causalidad es algo que Hruschka realiza desde la perspectiva *ex post*.

7. *Ibidem*, p. 2.

8. Código Orgánico Integral Penal, Ecuador (COIP) R.O. Suplemento 180 del 28 de enero de 2014.

9. Hruschka, *Op. Cit.* 3, p. 2.

Además, sobre T recae una incumbencia ¹⁰ (Obliegenheit) de reconocer el peligro inherente al uso de un arma de fuego, especialmente el riesgo para la vida de O que comporta dicha acción.

Esto es fundamentado a través de la idea subyacente de que, detrás de toda prohibición o mandato, existe la incumbencia de todo ciudadano, como destinatario de la prohibición, de reconocer en el momento de su comportamiento la posibilidad de realización objetiva de un delito. De esta manera, se fundamenta un deber de cuidado y, en esa virtud, T no solo podía sino debía prever la peligrosidad de su comportamiento. Se infringe un deber de cuidado, y dicha infracción es también la explicación del resultado, toda vez que se concreta en aquel. Quedaría fundamentando un delito resultativo en tipicidad subjetiva con arreglo al COIP, pues: "Actúa con culpa la persona que infringe el deber objetivo de cuidado, que personalmente le corresponde, produciendo un resultado dañoso".¹¹

Ahora bien, ¿tiene algo que ver el principio de simultaneidad con este caso? La respuesta es absolutamente, ya que este principio es la estructura transversal con la que se resuelve.

En efecto, el principio de simultaneidad está presupuesto en la definición tanto del delito de homicidio simple (art. 144 del COIP) como del homicidio calificado, o simplemente asesinato (art. 140 del COIP), los cuales son conductas típicamente definidas como dolosas. Estas tienen elementos esenciales propios, tanto objetivos como subjetivos; si dichos elementos no se verifican de forma simultánea, no podemos hablar de ellos de manera semánticamente relevante.

En realidad, ambas definiciones no son letra muerta, sino que imponen una forma específica de entender los términos 'homicidio' y 'asesinato'. Estos, al ser confrontados con los hechos, deben cumplir con sus características definitorias de forma ordenada y simultánea, para poder hablar de un homicidio doloso o asesinato con sentido semántico.

En esa inteligencia, del mismo modo que carece de sentido semántico hablar de una mesa cuando designamos un florero, o hablar de una mesa cuando, a destiempo, hemos observado varios de sus elementos dispersos, también supone una contradicción designar un homicidio doloso cuando no se ha cumplido, en el caso concreto, con sus elementos objetivos y subjetivos coexistentes. Si una definición tiene elementos esenciales, entonces previamente los mismos deben ser cumplidos de forma simultánea para poder, con sentido semántico, expresarse sobre ese término; de ahí el nombre principio de simultaneidad.

De esta manera, aun cuando tomemos en cuenta el plan previo de T como hecho relevante, el mismo no logra identificarse con el término homicidio doloso, en específico con el elemento del dolo, por ser un irrelevante *dolus antecedens*. Es decir, se pretende encontrar un elemento del dolo, pero a destiempo, no de forma simultánea al hecho. Por lo tanto, ese óbice impide expresarse con sentido semántico al utilizar el término "homicidio doloso". En cambio, sí resulta posible expresarse con propiedad al referirse al término "homicidio imprudente".

Como puede verse, el principio de simultaneidad se aplica a cualquier afirmación o expresión determinada cuya definición contenga varios elementos.¹² Estas pueden ir desde afirmaciones sencillas, como "mesa roja", hasta otras más complejas, como "legítima defensa", e incluso, si se abstrae aún más, al concepto mismo de infracción penal con todos sus elementos. En última instancia, el principio de simultaneidad encuentra su raigambre en el

10. Ibidem, p. 417- 418. El contenido del término incumbencia no puede ser abordado en el presente trabajo porque escapa a sus fines, pero sí debemos indicar que Hruschka utiliza este término y no "deber de cuidado" porque precisamente distingue la incumbencia del deber, esta última, ocupa el núcleo de lo que el autor denominará imputación extraordinaria. No obstante, para los efectos de este trabajo, podemos afirmar que este término ocupa el lugar de la infracción del deber objetivo de cuidado o que, en todo caso, lo fundamenta.

11. Art 27, COIP.

12. Hruschka, Op. Cit. 3, p. 6.

principio fundamental lógico denominado principio de identidad,¹³ mismo que reza que si se sienta una proposición es esa, y solo esa, la proposición que debe afirmarse.¹⁴ Esto es, toda cosa es igual a sí misma y en ese sentido, si $A=A$ entonces no se puede afirmar que $A= -A$ porque emergería el segundo principio de la lógica denominado principio de contradicción.

A partir del principio de simultaneidad, Hruschka concluye con la siguiente máxima: “Para suponer una infracción penal, el juez debe afirmar que se cumplen al mismo tiempo todas las características relevantes para el supuesto de dicha infracción”.¹⁵ Por lo tanto, no podemos afirmar que existe un delito desde la tipicidad a la antijuricidad, pero no desde la antijuricidad a la culpabilidad. Esto comportaría afirmar un delito parcial, pero tal cosa no existe, como no existe parcialmente una mesa. En todo caso, es, semánticamente, un sinsentido. El delito tiene elementos definitorios que en el caso de la normativa ecuatoriana están previstos en los primeros cinco capítulos del primer título del libro primero del COIP. Tener este principio en cuenta nos ayuda a comprender al Derecho Penal como un sistema¹⁶ y evitar soluciones *ad-hoc*.

Sobre el principio de referencia

El principio de referencia, como el principio de simultaneidad, es también un presupuesto regulador del discurso con sentido y ambos principios deben comprenderse como complementarios. Este principio establece que los elementos constitutivos de un delito (o de una proposición) no solo deben coincidir en el tiempo, esto es, en sincronía, como lo exigía el principio de simultaneidad, sino que también deben estar relacionados entre sí. El mismo exige una conexión o relación integradora¹⁷ entre la concreción de los elementos de la definición.

En ese sentido, los elementos del término deben ser comprendidos en un contexto integrador, de manera que sus características efectivamente formen, en el ejemplo antes citado, una mesa y no otra cosa. A saber: si dividimos una superficie plana y se colocan las patas de forma absolutamente desordenada, de tal manera que el resultado se asemeja más a una obra de arte abstracto (sin menospreciar en absoluto dicha forma de arte) que a una mesa, ¿podemos seguir hablando de una mesa? ¿Un conjunto de aserrín es todavía un árbol en su sentido definitorio? En ambos casos, debemos responder negativamente, el *definiens*¹⁸ no solo muestra un conjunto de elementos a satisfacer, sino que señala una relación integradora que da lugar al *definiendum*.¹⁹ Mantengamos esta idea y función del principio de referencia al que regresaremos. Hruschka propone un caso práctico: “*T apunta a O1 y aprieta el gatillo. Sin embargo, no da en el blanco sino en O2, al que ni siquiera ha visto*”²⁰. ¿Qué imputación merece T con respecto a O1 y O2?

Quien lea estas líneas sospechará, con suspicacia, que se trata de un caso que podría encuadrarse bajo el rótulo de *aberratio ictus*. Sin embargo, eso, de momento, no nos interesa. En efecto, como en cualquier caso, lo que debemos preguntarnos —incluso desde un punto de vista metodológico— es cómo se individualizan los actos. En concreto: ¿qué delito ha cometido T frente a O1, por una parte, y frente a O2, por otra? Hruschka empieza analizando

13. Ibidem.

14. José Ferrater, “Qué es la Lógica” (Buenos Aires: Columba, 1965): p.28.

15. Hruschka, Op. Cit. 3, p. 7.

16. Joachim Hruschka, “¿Puede y debería ser sistemática la dogmática jurídico-penal? Hruschka,” en *Imputación y Derecho Penal: Estudios sobre la teoría de la imputación* (Buenos Aires: B de f, 2009): p. 333–368.

17. Hruschka, Op. Cit. 3, p. 21.

18. Conjunto de palabras o conceptos integrados, utilizados para definir al *definiendum*.

19. El término sujeto a definición.

20. Hruschka, Op. Cit. 3, p. 8.

el comportamiento de a quien efectivamente le ha alcanzado el disparo, esto es, a O2. Así podríamos afirmar —en idéntico sentido al caso esbozado supra— la imputación del resultado a la acción de T respecto de O2; esto es, el resultado (la muerte de O2) es atribuible a la conducta de T bajo la idea antes expuesta de relación (o conexión) final objetiva.²¹ El tipo subjetivo, sin embargo, no parece estar muy claro: ¿se ha realizado un homicidio doloso?

Nuestro autor responderá negativamente. Recordemos que, para hablar normativamente de dolo, este deberá referirse al conocimiento del agente. Tal conocimiento recaerá sobre la realización de los elementos del tipo penal. Esta palabra, ‘realización’ (*Verwirklichung*) de los elementos del tipo, es a la que le pone atención Hruschka, para entender que aquellos conjuntos de realidad exigidos por el tipo como ‘elementos’ son evaluados desde la perspectiva de un tercero en relación con el conocimiento que el agente tuvo en ese momento y contrastados con las exigencias del tipo.

Esto también implicaría que el dolo se refiere al hecho concreto y no a conjuntos abstractos, pues no se refiere al tipo en el sentido de un presupuesto de una sanción,²² sino como la valoración de la ejecución de un comportamiento, frente a las exigencias del tipo. He ahí la palabra ‘realización’ de los elementos objetivos del tipo.

Esto desactivaría un argumento según el cual, en los casos de *aberratio ictus*, el autor quiso matar a una persona y a una persona mató; por lo tanto, para los efectos del tipo penal, no habría desviación alguna.²³ Sin embargo, a la luz del principio de referencia, dicha solución no resulta satisfactoria, toda vez que confunde la concreción de los hechos exigidos para los efectos del homicidio doloso con una exigencia en abstracto del tipo.

En esa línea de ideas, en los delitos de resultado material, el resultado es también un elemento esencial del tipo y, por lo tanto, del dolo. Luego, la muerte de O2 debió haber estado también abarcada por el dolo, pero, en la especie, aquello no sucede. Esta conclusión no debe cambiar por el hecho de que T quería matar a O1, precisamente por lo anotado en líneas superiores, las porciones de realidad escogidas para la valoración del dolo respecto de O2 no incluyen las representaciones que, respecto de O1, tenía T. Ahora bien, el delito de homicidio en su modalidad imprudente le parece más plausible, aunque no necesariamente concluyente. Hruschka entiende que el caso no proporciona suficiente información para poder afirmar un comportamiento imprudente,²⁴ aunque considera razonable dicha calificación.

Respecto de O1, es evidente que T tenía el conocimiento y la voluntad de ejecutar un tipo de injusto consistente en su asesinato. No obstante, T falla y no logra matarlo. Dado que el dolo permanece intacto, subsiste el delito tentado respecto de O1. Tendríamos, entonces, una imputación final respecto de T: homicidio imprudente en perjuicio de O1 en concurso con una tentativa de asesinato respecto de O2.

Pero, nuevamente, ¿qué tiene que ver esto con el indicado principio de referencia? Decíamos en líneas anteriores que no solo es necesario que los elementos del *definiens* se satisfagan de forma sincronizada (principio de simultaneidad), sino también que exista una relación integradora entre los elementos definitorios, de manera que se pueda expresar con sentido respecto del *definiendum*.

En el caso que acabamos de citar, en realidad no se transgrede el principio de simultaneidad porque los elementos de dolo se cumplen en sincronía, es decir, T se representa que su disparo matará y en realidad termina matando, por lo tanto, desde la simultaneidad, no habría nada que objetar. Entonces: ¿por qué no imputamos a título de dolo el actuar de T?

21. Véase *supra*, nota al pie 6.

22. *Ibidem*, nota al pie 15.

23. Puppe Ingeborg, “Zur Revision Der Lehre Vom Konkreten Vorsatz Und Der Beachtlichkeit Der Aberratio Ictus,” *Goldammer’s Archiv Für Strafrecht (GA)*, 1981, 1–20.

24. Hruschka, Op. Cit. 3, p. 9.

Porque, en abstracto, parecería que se cumplen los elementos definitorios del dolo, pero no de una forma concreta e integrada, es decir, el *definiens* del dolo no exige una muerte en abstracto, sino aquella efectivamente representada por el autor. Los elementos definitorios del dolo deben referirse (de ahí el nombre del principio) al concreto y efectivo actuar del autor, mismo que incluye, entre otras cosas, su representación.

La relación integradora que exige el principio de referencia entre los elementos que componen una definición conlleva que no podamos expresarnos, en sentido semántico, respecto de un término si el objeto al cual se refiere carece de dicha relación. Tomando un ejemplo propuesto por Hruschka: *"la afirmación "¿Esto es un árbol!" sólo tiene sentido semántico si significa que el tronco, la corteza, las raíces, las ramas y las hojas forman un contexto integrador"*.²⁵ En idéntico sentido, mal podríamos expresarnos con sentido semántico respecto del término dolo si el autor presenta una desviación esencial en su representación; es decir, si el objeto de referencia no coincide entre la exigencia normativa y lo que acontece en la realidad. En ese caso, falta el contexto integrador. Tenía una representación de matar a O1, pero falla y termina matando a O2. Aquello hace que no se pueda imputar a título de dolo la muerte de O2 pues no existe representación de su muerte, por lo tanto, no se cumple el principio de referencia.

Conclusiones

Los dos principios esbozados se presentan como herramientas de análisis del lenguaje mismo, y a la vez, como instrumentos de evaluación lógica de los enunciados, por tener su raigambre en el principio lógico de identidad. A lo largo de las líneas precedentes, se ha mostrado la capacidad de rendimiento de ambos principios para el estudio y solución de problemas en el Derecho Penal.

El primer principio muestra la necesidad de tomar en cuenta la sincronía en la que se cumplen los elementos que conforman una definición, de manera que no nos quedemos con un concepto 'parcial'. Esta situación suele suceder en el Derecho Penal cuando se cumplen ciertas categorías de delito, pero no otras, o bien cuando se parte de un concepto disperso de infracción penal. En cualquier caso, el concepto de delito no estaría satisfecho.

El segundo principio no solo exige sincronía, sino también interrelación: un contexto integrador que permita comprender correctamente la definición del concepto, de modo que no exista una visión amorfa o inarmónica del mismo, o en este caso, del delito. Ambos principios coadyuvan a una comprensión sistemática del delito, que podría ser de mucha ayuda para evitar contradicciones en las soluciones propuestas.

25. Ibidem, p. 22.

Referencias

- Ecuador. *Código Orgánico Integral Penal (COIP)*. Registro Oficial, Suplemento 180, 28 de enero de 2014.
- Ferrater Mora, José. *Qué es la lógica*. Buenos Aires: Columba, 1965.
- Gutiérrez, Pablo Sánchez-Ostiz. "Joachim Hruschka (1935-2017)." InDret, 2018.
- Hruschka, Joachim. "¿Puede y debería ser sistemática la dogmática jurídico-penal?" En *Imputación y derecho penal: estudios sobre la teoría de la imputación*, 333–68. Buenos Aires: B de F, 2009.
- . "Reglas de comportamiento y reglas de imputación." En *Imputación y derecho penal: estudios sobre la teoría de la imputación*. Buenos Aires: B de F, 2009.
- . *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode: Systematisch entwickelte Fälle mit Lösungen zum allgemeinen Teil*. Berlín: Walter de Gruyter, 2011.
- Puppe, Ingeborg. "Zur Revision der Lehre vom konkreten Vorsatz und der Beachtlichkeit der *Aberratio ictus*." *Goldammer's Archiv für Strafrecht* 129 (1981): 1–20.

PBP Pérez
Bustamante
& Ponce

TENEMOS LA EXPERIENCIA

DURINI & GUERRERO

ABOGADOS

Una discusión sobre la legitimidad democrática de la justicia constitucional: aproximación al caso ecuatoriano

A Discussion on the Democratic Legitimacy of Constitutional Justice: An Approach to the Ecuadorian Case

Juan Sebastián López Moscoso
juanse23589@gmail.com

Resumen

El presente artículo busca reflexionar e incursionar en el debate sobre la legitimidad democrática de la justicia constitucional. El trabajo se estructura en una introducción que plantea diferentes conceptos de legitimidad, así como las preguntas que serán respondidas a lo largo del texto. Posteriormente, se presenta una discusión sobre la legitimidad democrática de la justicia constitucional, seguida de una visión comparada de los diferentes contextos en los que se ha optado por un robustecimiento de la institución de revisión judicial y, sobre todo, de la nueva institución de la elección popular de jueces en países como Bolivia y México. Por su parte, en el contexto ecuatoriano surge la interrogante de si la elección popular de jueces sería una opción viable o si desgastaría aún más la institucionalidad del país. Además, se hace referencia a la renovación de la Corte Constitucional en 2019, y a sus fallos emblemáticos, destacando cómo esta se ha caracterizado por la carga argumentativa presente en sus decisiones. Finalmente, en las reflexiones finales, el artículo plantea respuesta a las preguntas presentadas en un inicio para de esta manera proporcionar una visión amplia y clara sobre la legitimidad democrática de la justicia constitucional.

Abstract

This article seeks to reflect on and contribute to the debate on the democratic legitimacy of constitutional justice. The paper is structured in an introduction that raises different concepts of legitimacy, as well as the questions that will be answered throughout the text. Subsequently, a discussion on the democratic legitimacy of constitutional justice is developed, followed by a comparative analysis of various contexts in which the institution of judicial review has been strengthened—particularly the new institution of popular election of judges in countries such as Bolivia and Mexico. In the Ecuadorian context, the question arises as to whether the popular election of judges would be a viable option or whether it would further wear down the country's institutionalism. The article also addresses the 2019 renewal of the Constitutional Court and its emblematic rulings, highlighting how the Court has been characterized by the argumentative depth present in its decisions. Finally, in the concluding reflections, the article offers answers to the initial questions, aiming to provide a broad and clear understanding of the democratic legitimacy of constitutional justice.

Palabras clave

Corte Constitucional, legitimidad democrática, elección popular de jueces, debate democrático, democracia constitucional

Keywords

Supreme Court, democratic legitimacy, popular election of judges, democratic debate, constitutional democracy

Introducción

Según Max Weber la legitimidad es la aceptación de la autoridad basada en fundamentos racionales.¹ A diferencia de Jürgen Habermas que establece como la base de la legitimidad democrática la necesaria existencia de procesos deliberativos y el consenso público.² Estas posturas doctrinarias guardan paralelismos y confluyen en la esencia de la legitimidad, siendo la razón de su existencia la necesaria participación de la voluntad soberana.

Así, la legitimidad democrática de las instituciones encuentra su fundamento en la confianza que han depositado los ciudadanos en su gobierno a través de una elección popular. Por tanto, resulta razonable que estas mismas instituciones, al encontrar su origen en la soberanía popular, sean las encargadas y las primeras en respetar y aceptar a los individuos que gobiernan.

A su vez, la llamada legitimidad democrática encuentra una segunda base en la cual apoyarse: la administración pública. En este ámbito, el Estado asume el rol de principal prestador de servicios, dejando de ser únicamente una autoridad que impone un orden determinado, para convertirse en un garante de derechos, ante el cual los ciudadanos esperan, valoran y exigen racionalidad y eficiencia.³

Esta discusión, a la luz de la legitimidad democrática y sus instituciones, encuentra una nueva arista en relación con la legitimidad de la revisión judicial. De hecho, ríos de tinta han corrido en torno a la “dificultad contra-mayoritaria”, que en su momento fue un término acuñado por Alexander Bickel,⁴ que resalta que el fundamento de la legitimidad de las cortes supremas reside en la prudencia y moderación presente en sus fallos. Lo que resulta en detalles indispensables para la preservación de los principios democráticos y de los derechos fundamentales. Las cortes supremas tienen el deber de respetar la voluntad democrática que emana de quienes esperan, por parte del órgano democrático, la retribución del mandato que en él fue depositado.

Precisamente el órgano jurisdiccional en materia constitucional es la Corte Constitucional. Se ha cuestionado su legitimidad de origen apelando a la expresión “pecado original”, debido a su creciente actividad e intervención sobre normas emitidas por un órgano democrático, como lo es el parlamento, y teniendo en cuenta que los jueces que integran la Corte no obtienen su legitimidad a través de un origen democrático. El nuevo papel de las cortes en el juego democrático, con su progresiva expansión, las ha llevado a ser más que un árbitro dentro del partido constitucional. Han pasado de ser el guardián de la constitución hasta el punto de tomar un papel de legislador positivo de manera provisional.

A su vez, la discusión acerca de legitimidad de la revisión judicial, según Cristina Lafont,⁵ encuentra su génesis en la existencia de supuestos que dan la impresión que, en igualdad de condiciones, las democracias constitucionales que cuentan con la institución de revisión judicial de la legislación son menos democráticas. Con un enfoque juricéntrico, esta situación se juzga exclusivamente en función del funcionamiento interno de los tribunales, sin tener en cuenta el contexto político en el que estos desarrollan su papel.

1. Weber Max, *Economía y sociedad* (Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2004), 30.

2. Habermas Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa* (Madrid: Taurus, 1987), 146.

3. García Roberto, “La legitimidad democrática: Imparcialidad, reflexividad, proximidad”, Scielo, enero de 2013, párr. 6, https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1665-20372013000100010

4. Carbonell Miguel, “Una aproximación a la postura de Alexander Bickel sobre el control jurídico de las leyes”, Centro de Estudios Jurídicos Carbonell, 30 de abril de 2024, párr. 2, <https://miguelcarbonell.me/2024/04/30/una-aproximacion-a-la-postura-de-alexander-bickel-sobre-el-control-judicial-de-las-leyes/#:~:text=Bickel%20enfatisa%20la%20necesidad%20de,salvaguardia%20de%20los%20derechos%20constitucionales.&text=Un%20elemento%20central%20del%20an%C3%A1lisis,cimientos%20del%20Estado%20de%20derecho.>

5. Lafont Cristina, *Democracia sin atajos* (Madrid: Trotta, 2021), 302.

En este panorama, el rol de los ciudadanos queda desplazado y relegado a únicamente ser sujetos a la ley, debido a que este deber se ha designado al poder legislativo o judicial. Sin embargo, se tiene que recurrir a las raíces fundamentales del ideal democrático de autogobierno en donde los ciudadanos toman un papel como autores de las leyes que posteriormente van a obedecer y que estas cumplan con sus expectativas e ideales.

De esta manera, surgen las preguntas: ¿qué arreglo institucional se debería implementar para el efectivo funcionamiento de un debate democrático en el que participen los ciudadanos? ¿Deberían los jueces que toman decisiones acerca de las normas emitidas por el pueblo encontrar su origen en otro punto de partida? ¿La elección democrática de jueces es una opción viable? Este artículo pretende incursionar en la discusión y proporcionar una aproximación sobre la legitimidad democrática de aquellos encargados de impartir justicia dentro del juego democrático.

Discutiendo sobre la legitimidad democrática de la justicia constitucional

El origen de la justicia constitucional es la causa del nacimiento y la expansión de diferentes modelos de constitucionalismo, en los que el concepto de Constitución y su valor normativo responden a contextos históricos distintos. En el caso de Estados Unidos, el proceso de independencia surge cuando las trece colonias se separan de la Corona británica, transformando así el anglocentrismo y el centro de poder que hasta entonces recaía en la Corona y el Parlamento británico. Por tanto, la transformación del principio de soberanía parlamentaria, junto con la Declaración de los Derechos de Virginia en 1787, dio lugar a un nuevo modelo basado en la soberanía popular.⁶

Así, el pueblo norteamericano afirmó la transición del principio de legalidad al principio de constitucionalidad. Esto derivó en que la constitución adquirió fuerza normativa desde un inicio.

El contexto histórico europeo resultó un tanto diferente al norteamericano. La existencia de una Constitución escrita, entendida como fruto de la voluntad popular soberana y orientada por la razón —en tanto consecuencia de movimientos como el Renacimiento y la Ilustración, impulsores de la Revolución Francesa—, no implicaba necesariamente una fuerza normativa efectiva ni una aplicación directa. Por el contrario, la Constitución solía reducirse a un documento político o a un pacto programático, supeditado a la voluntad del legislador. No resultaba extraño, por tanto, que en el Estado liberal la fuente jurídica por excelencia fuera la ley y no la Constitución.

Entender la postura de Víctor Ferreres Comella resulta sustancial con la finalidad de comprender cómo un juez constitucional puede desarrollar su tarea interpretativa, respetando los marcos en los que debe desarrollarse una democracia constitucional.

Son tres las circunstancias que dan nacimiento a lo que se conoce como la “dificultad contra-mayoritaria”: (1) la menor legitimidad democrática de origen del juez constitucional; (2) la rigidez constitucional; (3) la controvertida tarea interpretativa de la Constitución.⁷ La circunstancia en la que se desarrollará el marco de esta discusión no será otra que la menor legitimidad democrática de origen del juez constitucional. En este sentido, Ferreres Comella explica la existencia de grados de intensidad, en relación a que el Parlamento goza de una mayor legitimidad democrática que la del juez constitucional.

6. López Sebastián, *Reflexiones acerca de la legitimidad democrática de la justicia constitucional en Ecuador*, (Tesis doctoral, Universidad Andina Simón Bolívar, 2018), 3. <https://www.uasb.edu.ec/publicacion/reflexiones-acerca-de-la-legitimidad-democratica-de-la-justicia-constitucional-en-ecuador/>

7. Ferreres Comella Víctor, *Justicia constitucional y democracia* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012), 44.

De esta manera, si el juez constitucional es designado por órganos políticos representativos gozará de una mayor legitimidad democrática, lo cual no sucedería si fuese elegido de otro modo. Esto ocurre igualmente cuando el juez constitucional ejerce su cargo de manera temporal y limitada, en lugar de hacerlo de forma vitalicia. En los dos casos se presenta un menor grado de intensidad de objeción democrática.

La existencia de mecanismos que contribuyan a atenuar la intensidad de la objeción democrática resulta fundamental para justificar la razón de ser de la institución de la revisión judicial. Esto cobra especial relevancia en aquellas sociedades donde el legislador democrático no cumple adecuadamente con sus competencias.

En los sistemas democráticos actuales, resulta necesario señalar que la defensa de la revisión judicial depende del contexto en el que esta se ejerza. Superar la dificultad contramayoritaria exige delimitar dicho contexto, lo cual permite una mejor comprensión de en qué casos conviene apostar por una revisión judicial más intensa y un constitucionalismo robusto.

“En el ámbito de las “sociedades bien ordenadas” se espera que la objeción al control judicial tenga mayor relevancia, debido al riesgo que se produciría en el marco de competencias del legislador democrático”.⁸ De tal forma que los contextos en los cuales se justifica una opción robusta de revisión judicial son: democracias “nuevas” o políticamente inestables, sociedades marcadas por el pluralismo y la diversidad, y sociedades fracturadas.

En lo que se refiere a democracias inestables o “nuevas”, una revisión judicial más intensa pretende desempeñar un papel relevante en contextos donde se evidencian carencias en las condiciones básicas para el funcionamiento del juego democrático, a diferencia de lo que ocurre en democracias ya consolidadas.⁹

En cuanto a las sociedades marcadas por el pluralismo y la diversidad, la revisión judicial podría llegar a comprender la razón de su existencia, especialmente en democracias inestables. En las mismas, los canales de participación y representación para minorías étnicas es reducido, además existe una marcada desconfianza hacia el legislador y el gobierno hiperpresidencialista. En contraste, en contextos plurales con democracias estables, el órgano democrático suele evidenciar valores de participación y representación más sólidos.

De manera que, en contextos donde existen sociedades más igualitarias y homogéneas —más que diversas— y un parlamento con una representación amplia, se abre una puerta a la existencia de un órgano de revisión que complementa un Estado plural y permita mayores mecanismos de participación para minorías que carecen de los mismos.¹⁰

En el contexto de las sociedades fracturadas, una revisión judicial más robusta resulta una solución para un sistema democrático que no puede florecer del todo y, por tanto, no despega su potencial a partir del bloqueo de los canales de participación. De esta manera, existe una limitación de los derechos fundamentales en este tipo de sociedades, por lo que esta institución encontraría su legitimidad y justificación al actuar como un espacio de protección y reivindicación de derechos.

Aun así, se resalta que en el momento en que estas sociedades alcancen un nivel consolidado de democracia y hayan pasado esta etapa de transición, se debe reconsiderar el papel que llegaría a tomar la institución de revisión judicial en estos nuevos contextos.¹¹

8. López Sebastián, *Reflexiones acerca de la legitimidad democrática de la justicia constitucional en Ecuador*, 91. <https://www.uasb.edu.ec/publicacion/reflexiones-acerca-de-la-legitimidad-democratica-de-la-justicia-constitucional-en-ecuador/>

9. López Sebastián, *Reflexiones acerca de la legitimidad democrática de la justicia constitucional en Ecuador*, 92. <https://www.uasb.edu.ec/publicacion/reflexiones-acerca-de-la-legitimidad-democratica-de-la-justicia-constitucional-en-ecuador/>

10. *Ibíd.*, 95.

11. *Ibíd.*, 94.

En ese camino, este mecanismo contramayoritario, en contraste con el contexto en el que se aplica, refleja la siguiente situación: cuanto menor es el funcionamiento y mayor es la debilidad de las instituciones democráticas, mayor debe ser la intervención de las cortes, que así pueden convertirse en una herramienta correctora del sistema.¹²

De esta manera, se busca conciliar el principio de legitimidad democrática y supremacía constitucional. Así como garantizar la supremacía constitucional con la existencia de una forma mixta de democracia, entendida como una democracia de la ley corregida por una fuerte intervención judicial. En un Estado constitucional democrático la función del juez es ampliada para hacer efectivas las normas de carácter constitucional. Esto podría implicar que, a mayor transformación social, debería existir también una mayor intervención judicial; no como una limitación de los derechos, sino como una forma de efectivizarlos. En este sentido, las cortes supremas se configuran como órganos políticos que adoptan decisiones de carácter político, aunque dentro de los cánones jurídicos.

La justicia constitucional y su legitimidad de origen: una visión comparada

Desde una perspectiva global, la discusión sobre la legitimidad de la justicia constitucional ha sido la fuente que ha dado paso a caudalosos cuestionamientos sobre si las cortes supremas están cumpliendo con su rol. Desde una perspectiva comparada, y tomando el caso de México, en mayo de 2018 Andrés Manuel López Obrador cuestionó el funcionamiento de la Corte Suprema mexicana al preguntar a los ciudadanos si esta había hecho algo en beneficio del pueblo mexicano.

Han pasado siete años desde una pugna de poderes entre el ejecutivo y el judicial que, finalmente, parece ver una luz atenuada al final del túnel. En este momento, Claudia Sheinbaum es la encargada de llevar a cabo la reforma constitucional, sin embargo, parece que esta pequeña luz no es más que el futuro de una colisión institucional en la que se envolverá México más adelante.

La elección popular de jueces traerá consigo una transformación total del aparataje judicial. Cabe señalar que México no es el primer país en implementar este tipo de institución, ya lo hizo Bolivia en el gobierno de Evo Morales. Pero, ¿qué sucede cuando se implementa este tipo de institución en democracias débiles como Bolivia y México?

De primera mano, se puede atender a que esta reforma resulta una herramienta que busca impulsar un sistema democrático más robusto. Sin embargo, el propio sistema democrático se fagocita a sí mismo a través del desgaste de las instituciones con la implementación de mecanismos que resultan en una respuesta satisfactoriamente corta.

La experiencia de Bolivia constituye un precedente que podría anticipar el escenario al que se enfrenta México. Desde la aprobación de su nueva Constitución, Bolivia ha experimentado una profunda transformación institucional. El gobierno de Evo Morales propuso la elección popular de los miembros del sistema judicial con el objetivo de cambiar la imagen de una justicia previamente percibida como corrupta y de fortalecer la confianza ciudadana en dicho sistema.

Para la elección de los jueces se prohibió que los candidatos hicieran campaña, lo que dejaba en manos de las autoridades informar a los votantes sobre las cualificaciones de los candidatos. Se tachó a este sistema de carecer de un debate democrático, lo que resultaba contradictorio con el objetivo que se tenía en un principio. La erosión de la confianza pública

12. López Sebastián, *Reflexiones acerca de la legitimidad democrática de la justicia constitucional en Ecuador*, 94. <https://www.uasb.edu.ec/publicacion/reflexiones-acerca-de-la-legitimidad-democratica-de-la-justicia-constitucional-en-ecuador/>

en el sistema judicial, así como la exposición del poder judicial a influencias políticas que comprometen su imparcialidad, representan los retos a los que se enfrenta Bolivia y que también podría enfrentar México.¹³

Algunos doctrinarios como Tania Groppi y Roberto Gargarella presentan a esta reforma constitucional como un retroceso democrático, en el cual se socava la independencia del poder judicial y se limita el actuar de la Corte Suprema. Para Groppi, estos procesos institucionales de regresión democrática no persiguen otro fin que romper con uno de los pilares sustanciales de la democracia: el sistema de pesos y contrapesos. Además de constituir un ejemplo de *democratic backsliding*, representan un claro caso de constitucionalismo abusivo, en el que una constitución con cláusulas de rigidez —fundadas en un proceso de reforma que exige la aprobación por mayoría calificada en ambas cámaras del Congreso— termina operando, en la práctica, como si fuera flexible y fácilmente modificable, especialmente cuando el partido del presidente controla la mayoría legislativa.¹⁴

De tal manera, incluso la palabra “reforma” resulta totalmente insuficiente e inapropiada, siendo más un tipo de “reemplazo constitucional”, en palabras de Groppi. Además, esta reforma trae consigo un tribunal de disciplina judicial que sometería a los jueces de la Corte Suprema a un control político, algo totalmente contradictorio a las bases fundamentales de un Estado de derecho y de la democracia constitucional.

En este nuevo sistema de elección también se reducen los requisitos, así solo basta ser abogado, tener cinco años de experiencia profesional y una carta de recomendación. En cuanto a la Suprema Corte, esta estará compuesta por nueve ministros en lugar de los once actuales, quienes serán elegidos por un periodo de doce años. De ahí que, una vez más, esta reforma sea señalada como un mecanismo de retroceso democrático que debilita el propio sistema institucional.

En términos generales, Roberto Gargarella plantea que la democracia es la capacidad que tienen los ciudadanos para dialogar, decidir e influir. Señala esto refiriéndose a los canales institucionales efectivos que tienen las personas para influir sobre un juez, un legislador o un presidente. De esta manera, la elección popular de jueces elimina estos canales institucionales que tienen los ciudadanos, así como elimina la confianza institucional.

Frente a esta reforma constitucional se plantean distintas soluciones, con el fin de evitar la colisión institucional que México tendrá que enfrentar. Para hacer frente a esta situación, una de las herramientas que se presenta en el derecho comparado es la inconstitucionalidad de las reformas constitucionales. Esta figura se presenta como uno de los mecanismos de auto-defensa de las cortes constitucionales, cuyo propósito es proteger la democracia constitucional en contextos donde el debilitamiento de dichas cortes implica una mayor concentración de poder en el ejecutivo, bajo el argumento de construir un México más justo e igualitario.

¿Es posible la elección democrática de jueces en el contexto ecuatoriano?

En el contexto ecuatoriano, la evolución del control de constitucionalidad ha variado significativamente a lo largo del tiempo. Desde 1851 hasta 1945 existió el Tribunal de Garantías Constitucionales; en 1946 se eliminó dicho tribunal y se creó el Consejo de Estado; en 1967 se restableció el Tribunal de Garantías Constitucionales; en 1998 se instauró el Tribunal Constitucional; y, finalmente, en 2008 se estableció la actual Corte Constitucional.

13. Devia Nicolas, “¿Justicia por Voto? Lecciones para México de las elecciones judiciales en Bolivia” USIP, 14 de noviembre de 2024, párr. 3, <https://www.usip.org/publications/2024/11/justicia-por-voto-lecciones-para-mexico-de-las-elecciones-judiciales-en>

14. Groppi Tania, “¿Qué está pasando en México? Reforma judicial y Retroceso Democrático”, IberiCONect, 30 de septiembre de 2024, párr. 6, <https://www.ibericonnect.blog/2024/09/simposio-reforma-constitucional-al-poder-judicial-mexicano-parte-i-que-esta-pasando-en-mexico-reforma-judicial-y-retroceso-democratico/>

En Ecuador, a su vez, han existido tres etapas del control de constitucionalidad: (1) soberanía parlamentaria (1830–1945); (2) surgimiento y desarrollo (1945–1996); (3) desafíos de institucionalización (1996–presente).¹⁵

La funcionalidad de la elección popular de jueces puede variar según el contexto democrático en el que se implemente. Paradójicamente, un sistema diseñado para democratizar la justicia y aumentar la confianza de los ciudadanos en las instituciones puede derivar en una entrada para la captura política del poder judicial en sistemas democráticamente débiles.

En efecto, en países como Ecuador resulta inviable la elección popular de jueces debido a un déficit de la confianza ciudadana en las instituciones. Gobiernos represivos, autoritarios y violadores de derechos fundamentales han erosionado sustancialmente dicha confianza. Debido a esto, es necesario resaltar la importancia de contar con un órgano independiente que actúe como garante de la democracia. Aunque, en un primer momento, pueda parecer cuestionable que dicho órgano esté conformado por jueces no electos popularmente —y que puedan ser percibidos como una minoría aristocrática que decide sobre el órgano de expresión de la voluntad soberana—, la Corte Constitucional cumple precisamente con ese rol: garantizar la democracia y ejercer un papel fundamental dentro del sistema democrático.

En este contexto, y especialmente desde la renovación de la Corte Constitucional en 2019, esta ha sido reconocida como un ejemplo que ha sabido limitar al poder ejecutivo en situaciones de abuso de los estados de excepción, y que ha resuelto casos históricos y emblemáticos en materia de derechos fundamentales. Entre estos destacan: el caso del matrimonio igualitario, que representó un avance significativo en los derechos de la comunidad LGBT; el fallo a favor de la muerte digna, que sentó un precedente en la defensa de la dignidad humana y del derecho a decidir sobre el final de la propia vida; y las decisiones relacionadas con la protección de territorios indígenas, que fortalecieron los derechos de las comunidades originarias y la protección del medio ambiente.

De esta manera, la forma de proteger las democracias es impedir que las mayorías ocasionales no modifiquen las reglas del juego democrático. Como plantea Stephen Holmes, la democracia, si quiere preservarse como tal, debe atarse las manos para así proteger las reglas del juego democrático. De manera que, si se desea preservar las reglas del juego democrático, debe surgir un guardián de dicho juego, así como de la constitución, como lo planteó Kelsen en su momento. Este guardián debe ser independiente de las mayorías políticas, como un árbitro de fútbol en un partido. Los jueces constitucionales no deberían tener origen democrático, sino mantener su independencia, y cumplir con su papel como garantes de la constitución y del juego democrático.¹⁶

Conclusiones

Las preguntas planteadas a lo largo del artículo: ¿Deberían los jueces que toman decisiones acerca de las normas emitidas por el pueblo encontrar su origen en otro punto de partida? ¿La elección democrática de jueces es una opción viable? ¿Qué arreglo institucional se debería implementar para el efectivo funcionamiento de un debate democrático en el que participen los ciudadanos? Han encontrado respuesta en el marco de los argumentos planteados.

La justicia constitucional actúa como garante del pacto constitucional, lo cual implica el respeto a los derechos fundamentales, a las reglas del juego democrático y a los principios de supremacía y democracia constitucional. Todas estas reglas constituyen los presupuestos

15. López Sebastián, “El modelo de control concreto de constitucionalidad en la Constitución ecuatoriana de 2008”, Scielo, julio de 2022, párr. 23, http://scielo.senescyt.gob.ec/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2631-24842022000200029

16. Yepes Rodrigo, “La Corte Constitucional como garante de la democracia”, *Dejusticia*, 1 de marzo de 2010, párr. 6, <https://www.dejusticia.org/la-corte-constitucional-como-garante-de-la-democracia/>

y bases del funcionamiento de una democracia. Así como en un reloj cada engranaje cumple una función específica, en el juego democrático las manecillas deben apuntar hacia un mismo norte: garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos.

En efecto, la legitimidad de la justicia constitucional se caracteriza por la prudencia y moderación en sus fallos. En democracias no consolidadas o marcadas por la diversidad y el pluralismo, optar por una mayor revisión judicial para que esta actúe como estabilizador institucional resulta la razón de la existencia de la institución.

Sin embargo, cabe resaltar que optar por una mayor revisión judicial en este tipo de democracias no significa que la elección popular de jueces sea una opción viable. Como se mencionó anteriormente, este nuevo tipo de institución causaría un desajuste en la confianza pública en el sistema judicial, tanto así, que los precedentes de Bolivia y próximamente de México serán el ejemplo de cómo se da un paso atrás en la historia de la democracia.

Ecuador, con la renovación de la Corte Constitucional en 2019, ha resultado en un tipo de Corte Institucional que se ha caracterizado por la carga argumentativa presente en sus fallos. La legitimidad de la Corte se ha visto reflejada en sentencias emblemáticas que han sentado precedentes importantes en la progresión de los derechos fundamentales.

En cuanto a la pregunta que se planteó en un principio: ¿qué arreglo institucional se debería implementar para el efectivo funcionamiento de un debate democrático en el que participen los ciudadanos? Cristina Lafont¹⁷ plantea que “el antídoto democrático para la cuestión ilícita de las cuestiones constitucionales no es el aislamiento del debate, sino la constitucionalización del discurso político”.

De manera que consolidar la justicia constitucional resulta imprescindible, así como respetar y comprender su papel en una democracia. Independientemente de que esta sea nueva o consolidada, el rol de las cortes debe estar comprometido con la defensa del orden constitucional, la protección de los derechos fundamentales y el deber de constitucionalizar el discurso político, entendido este como un discurso pleno en derechos fundamentales y respaldado por mecanismos efectivos de participación.

17. Lafont Cristina, *Democracia sin atajos* (Madrid: Trotta, 2021), 302

Referencias

- Carbonell, Miguel. "Una aproximación a la postura de Alexander Bickel sobre el control jurídico de las leyes". Centro de Estudios Jurídicos Carbonell, 30 de abril de 2024. <https://miguel-carbonell.me/2024/04/30/una-aproximacion-a-la-postura-de-alexander-bickel-sobre-el-control-judicial-de-las->
- Devia Nicolas. "¿Justicia por Voto? Lecciones para México de las elecciones judiciales en Bolivia" USIP, 14 de noviembre de 2024. <https://www.usip.org/publications/2024/11/justicia-por-voto-lecciones-para-mexico-de-las-elecciones-judiciales-en>
- Ferreres Comella Víctor. *Justicia constitucional y democracia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.
- García Roberto. "La legitimidad democrática: Imparcialidad, reflexividad, proximidad", Scielo, enero de 2013. https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1665-20372013000100010
- Groppi Tania. "¿Qué está pasando en México? Reforma judicial y Retroceso Democrático", IberICONect, 30 de septiembre de 2024. <https://www.ibericonnect.blog/2024/09/simposio-reforma-constitucional-al-poder-judicial-mexicano-parte-i-que-esta-pasando-en-mexico-reforma-judicial-y-retroceso-democratico/>
- Habermas Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*. Madrid: Taurus, 1987.
- Lafont Cristina, *Democracia sin atajos*. Madrid: Trotta, 2021.
- López Sebastián. *Reflexiones acerca de la legitimidad democrática de la justicia constitucional en Ecuador*. Tesis doctoral, Universidad Andina Simón Bolívar, 2018 <https://www.uasb.edu.ec/publicacion/reflexiones-acerca-de-la-legitimidad-democratica-de-la-justicia-constitucional-en-ecuador/>
- López Sebastián. "El modelo de control concreto de constitucionalidad en la Constitución ecuatoriana de 2008", Scielo, julio de 2022. http://scielo.senescyt.gob.ec/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2631-24842022000200029
- Weber Max. *Economía y sociedad*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2004.
- Yepes Rodrigo. "La Corte Constitucional como garante de la democracia". Dejusticia, 1 de marzo de 2010. <https://www.dejusticia.org/la-corte-constitucional-como-garante-de-la-democracia/>

FB
PH | FLOR
BUSTAMANTE
PIZARRO
HURTADO
ABOGADOS

Del retorno a la democracia a la Asamblea Constituyente de Montecristi: análisis de la concepción de ciudadanía en Ecuador en las Constituciones de 1979 a 2008

From the Return to Democracy to the Constituent Assembly of Montecristi: Analysis of the Conception of Citizenship in Ecuador in the Constitutions from 1979 to 2008

Lucía Eugenia Abad Quevedo
idu049117@usal.es

Resumen

El concepto de ciudadanía ha experimentado una evolución significativa a lo largo de la historia, ajustándose a las transformaciones sociales, políticas y jurídicas de cada época. Este trabajo se centra en analizar la noción de ciudadanía en las constituciones de Ecuador promulgadas entre 1979 y 2008, un período clave para la consolidación democrática del país. Durante estas tres décadas, Ecuador vivió la transición de regímenes autoritarios a una democracia, influenciada en gran medida por los movimientos sociales, especialmente el movimiento indígena. A través del análisis de las constituciones de 1979, 1998 y 2008, se busca identificar el modelo teórico de ciudadanía predominante en cada período, considerando los cambios en los derechos y la participación política. El estudio se basa en un enfoque cualitativo, utilizando el análisis de contenido de los textos constitucionales y el método de estudio de caso. Al final, se determinarán las características predominantes de los modelos de ciudadanía —liberal, republicano y comunitario— y su impacto en la configuración de la ciudadanía en Ecuador, con especial énfasis en la influencia del modelo comunitario en la reforma constitucional de 2008.

Abstract

The concept of citizenship has undergone significant evolution throughout history, adapting to the social, political, and legal transformations of each era. This paper focuses on analyzing the notion of citizenship in Ecuador's constitutions enacted between 1979 and 2008, a key period for the country's democratic consolidation. Over these three decades, Ecuador transitioned from authoritarian regimes to democracy, strongly influenced by social movements, particularly the indigenous movement. Through the analysis of the 1979, 1998, and 2008 constitutions, the study aims to identify the predominant theoretical model of citizenship during each period, considering changes in rights and political participation. The research adopts a qualitative approach, employing content analysis of constitutional texts and a case study methodology. Ultimately, the study will determine the dominant features of the citizenship models—liberal, republican, and communitarian—and their impact on shaping citizenship in Ecuador, with a special focus on the influence of the communitarian model in the 2008 constitutional reform.

Palabras clave

Ciudadanía, liberalismo, republicanismo, comunitarismo, reforma constitucional

Keywords

Citizenship, liberalism, republicanism, communitarianism, constitutional reform

Introducción

La noción de ciudadanía ha evolucionado constantemente, adaptándose a las transformaciones sociales, políticas y jurídicas en distintos contextos históricos. Desde las antiguas ciudades-Estado griegas hasta la actualidad, este concepto ha sido objeto de múltiples análisis que buscan comprender su significado y sus implicaciones en la organización política de las sociedades.¹

En este contexto, el presente trabajo examina la concepción de la ciudadanía en las constituciones ecuatorianas promulgadas entre 1979 y 2008. Durante estas tres décadas, Ecuador pasó de regímenes autoritarios a una democracia liberal, con una marcada incidencia de movimientos sociales, especialmente el movimiento indígena, en la configuración del orden constitucional. La tercera ola de democratización impactó profundamente en las instituciones político-jurídicas de América Latina, influyendo también en la evolución del concepto de ciudadanía.

El documento busca responder a la pregunta: ¿Cuál ha sido el modelo teórico contemporáneo de ciudadanía con mayor presencia en las constituciones ecuatorianas promulgadas entre 1979 y 2008? Para ello, se analizará la manera en que cada una de estas cartas magnas ha definido la ciudadanía. Este periodo se caracteriza por cambios significativos en el reconocimiento de derechos y la participación política, lo que hace relevante la exploración de los modelos de ciudadanía presentes en los textos constitucionales.

Este trabajo contribuye al análisis de la evolución del concepto de ciudadanía en Ecuador. Al contrastar los principios normativos presentes en las constituciones con los modelos teóricos de ciudadanía —liberal, republicano y comunitario—, se podrá determinar cuál ha sido la teoría predominante en cada periodo. Además, este análisis permite identificar la influencia de actores políticos y sociales en la configuración del concepto de ciudadanía, especialmente en el proceso constitucional de 2008.

La investigación adopta un enfoque cualitativo basado en el análisis de contenido de los textos constitucionales de 1979, 1998 y 2008. Se emplea el estudio de caso como método principal, permitiendo un examen detallado de la evolución del concepto de ciudadanía en el marco constitucional ecuatoriano. Además, se incorporan elementos del *process tracing* para rastrear la evolución histórica de la ciudadanía en Ecuador y su relación con los modelos normativos contemporáneos. La comparación entre los textos constitucionales y los modelos teóricos permitirá determinar las características predominantes de cada periodo y su impacto en la configuración de la ciudadanía en Ecuador.

El documento se organiza de la siguiente manera: en primer lugar, se desarrollará el marco teórico, abordando los modelos contemporáneos de ciudadanía y sus características esenciales. A continuación, se analizará cada modelo de ciudadanía —liberal, republicano y comunitario— en contraste con las constituciones de 1979, 1998 y 2008, identificando su presencia en cada una de ellas. Finalmente, se presentarán las conclusiones, resaltando los elementos más recurrentes en las constituciones ecuatorianas y la influencia del modelo de ciudadanía comunitaria en la reforma constitucional de 2008.

1. Luciano Andrenacci, "Un ensayo sobre la historia de la ciudadanía en América Latina desde una perspectiva a largo plazo," *Cadernos EBAPE.BR*, 2019, <https://doi.org/10.1590/1679-395174321>

Modelos de ciudadanía contemporánea: liberalismo, republicanismo y comunitarismo

La literatura señala que las teorías contemporáneas de la ciudadanía se agrupan principalmente en tres grandes corrientes: el republicanismo, el liberalismo y el comunitarismo.² Estas perspectivas han generado amplios debates sobre los alcances y límites de la ciudadanía, influyendo en el desarrollo de marcos normativos y moldeando su comprensión según sus respectivos enfoques teóricos. En este sentido, se destaca que “en el liberalismo, el fundamento es legal, mientras que en el republicanismo es político y en el comunitarismo es moral”.³

En este contexto, la ciudadanía liberal se entiende como “aquel estatus que se concede a los miembros de pleno derecho de una comunidad. Sus beneficiarios son iguales en cuanto a los derechos y obligaciones que implica”.⁴ De este modelo se derivan tres ámbitos: el civil (derechos y libertades del individuo frente al Estado), el político (derechos de votar y ser votado) y el social (derecho del individuo a un mínimo de bienestar).⁵

Dentro del marco del liberalismo, la ciudadanía se caracteriza fundamentalmente como un estado que involucra un conjunto de derechos, responsabilidades y deberes. En tanto doctrina política enfocada en la libertad individual, la ciudadanía se conceptualiza principalmente como un estatus jurídico. De esta manera, el principio fundamental en el modelo de ciudadanía liberal es la garantía de libertades básicas iguales para todos los individuos considerados ciudadanos.⁶

En este sentido, las características del ciudadano incluyen su condición como ser libre e igual. El estatus de igualdad ciudadana se refleja en la garantía de libertades básicas idénticas, una igualdad equitativa de oportunidades y un acceso mínimo a bienes primarios, como recursos y riqueza, especialmente para aquellos en situaciones más desfavorecidas. Además, se destaca el deber de civilidad y la promoción de virtudes políticas que fomenten la cooperación social. En consecuencia, la definición de ciudadanía liberal se basa en la idea del “ciudadano libre e igual, que disfruta de un estatus de igual ciudadanía y coopera a lo largo de su vida en una sociedad bien ordenada”.⁷

Frente a ello, en el modelo de ciudadanía republicana la ciudadanía no solo implica la tutela de ciertos derechos y obligaciones de la persona, sino fundamentalmente su participación en el espacio público: “un aspecto toral en el modelo republicano son los ciudadanos, los cuales serán activos, se preocuparán y participarán en el gobierno de sus ciudades, lo que para ellos será un honor”.⁸

La propuesta entiende la sociedad como una asociación de ciudadanos libres e iguales que forman una comunidad jurídica que se gobierna a sí misma. En este modelo, los destinatarios del derecho son también sus autores, dando vida a la idea de la autolegislación

2. Andrenacci, “Un ensayo sobre la historia de la ciudadanía” y Manuel Ignacio Martínez Espinoza, “Itinerarios para el estudio de la ciudadanía de los pueblos indígenas en América Latina,” *Iberoforum. Revista de Ciencias Sociales de la Universidad Iberoamericana* 13, no. 25 (2018): 114-146, <https://www.iberomx/iberoforum>

3. Martínez Espinoza, “Itinerarios para el estudio de la ciudadanía de los pueblos indígenas en América Latina”, 122.

4. Marshall citado en Martínez Espinoza, “Itinerarios para el estudio de la ciudadanía de los pueblos indígenas en América Latina”, 119.

5. *Ibid.*

6. María Benita Benítez Romero, *La ciudadanía en la teoría política contemporánea: modelos propuestos y su debate* (Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2004).

7. Benítez Romero, *La ciudadanía en la teoría política contemporánea*, 158.

8. Martínez Espinoza, “Itinerarios para el estudio de la ciudadanía de los pueblos indígenas en América Latina”, 120

ciudadana. De esta manera, la manifestación común de la opinión y la voluntad ciudadana se producirá en los numerosos espacios públicos informales y formales que institucionaliza la democracia o política deliberativa.⁹

El estado de derecho, según esta perspectiva, debe institucionalizar el proceso de formación de la opinión y la voluntad política, donde los ciudadanos acuerden los objetivos y normas en beneficio común. A diferencia del ciudadano liberal, el ciudadano republicano se enfrenta a la exigencia de orientarse más allá de sus intereses individuales, sino en búsqueda del entendimiento y la coordinación de acciones sociales. Además, el modelo liberal que se veía conformando considera prioritario favorecer el desarrollo de las facultades morales y del plan de vida libremente elegido por cada ciudadano; el modelo republicano, por su parte, afirma una vida política participativa, con la reivindicación, de nuevo, de las virtudes cívicas, propias de un ciudadano que, junto a la prosecución de sus intereses privados, refuerza también su ámbito público.¹⁰

La definición de la ciudadanía republicana se entiende como aquella en la que “el ciudadano libre e igual acuerda discursivamente en los espacios públicos informales y formales las condiciones de la convivencia de la comunidad jurídica”.¹¹ Así, “la participación política, por encima del tutelaje legal de los derechos y obligaciones del individuo, es el principio básico de la ciudadanía republicana”.¹²

Un tercer modelo de ciudadanía contemporánea es la ciudadanía comunitaria que se distingue por la construcción de la identidad a través de la afirmación de una concepción del bien ligada a una comunidad específica. Esta identidad comprende elementos tanto universales como particulares y su reconocimiento desempeña un papel crucial en los ámbitos privados y sociales. Cada individuo se inserta en una comunidad histórica única, considerada como un bien intrínseco que proporciona un horizonte compartido de significado, fortaleciendo así los lazos sociales.

La identidad moderna implica la participación en la esfera pública, que engloba principios políticos universales como los derechos individuales, así como la política de la diferencia, que reconoce el valor igual de identidades diversas mediante derechos de grupo. Esto incluye la afirmación de derechos individuales, como las libertades públicas y los derechos sociales; así como derechos colectivos, como la autodeterminación, la autonomía, el autogobierno y la representación. La participación política abarca tanto el ámbito institucional, como parlamentos y administración, como el ámbito social, que incluye escuelas, universidades y asociacionismo. Valorar la diversidad profunda y la fusión de horizontes contribuye a forjar una unión social entre distintas culturas que coexisten en una única comunidad política. Estas condiciones se enraízan en un sistema federal, una democracia multicultural y una sociedad moderna.

Así, el reconocimiento e igual valor de las diferentes identidades individuales y colectivas de los miembros de la comunidad política es el principio básico de la ciudadanía comunitaria.¹³ En la definición de la ciudadanía comunitaria se entiende que “el ciudadano es el miembro libre e igual de la sociedad política que se identifica y relaciona con ella como si fuera una comunidad”.¹⁴

9. *Ibíd.*

10. *Ibíd.* y Benítez Romero, *La ciudadanía en la teoría política contemporánea*.

11. Benítez Romero, *La ciudadanía en la teoría política contemporánea*, 225.

12. Martínez Espinoza, “Itinerarios para el estudio de la ciudadanía de los pueblos indígenas en América Latina”, 121.

13. Benítez Romero, *La ciudadanía en la teoría política contemporánea*, 293.

14. *Ibíd.*, 261.

En el centro del debate actual sobre la ciudadanía se encuentra la evaluación de la autonomía, tanto privada como pública, generando discusiones intensas, especialmente entre las corrientes liberal y republicana. A lo largo de la evolución histórica, la ciudadanía liberal ha dado prioridad a las libertades y derechos subjetivos que respaldan la autonomía privada, mientras que la ciudadanía republicana ha enfatizado la importancia de las libertades políticas vinculadas a la autonomía pública. La contienda entre liberales y comunitarios se centra principalmente en la ciudadanía, sobre todo en lo que respecta a los derechos que deben reconocerse en sociedades caracterizadas por la multiculturalidad. A continuación, se sintetizan los aportes principales de los modelos de ciudadanía estudiados en esta sección:

Elemento constitutivo	Ciudadanía liberal	Ciudadanía republicana	Ciudadanía comunitaria
Definición general	Estatus concedido a los miembros de pleno derecho de una comunidad. Sus beneficiarios son iguales en cuanto a derechos y obligaciones. ¹⁵	Involucra la participación activa en el espacio público, más allá de derechos y obligaciones individuales. Se espera que los ciudadanos sean activos, preocupados y participativos en el gobierno. ¹⁶	Construcción de identidad basada en la afirmación de un bien común ligado a una comunidad específica. El reconocimiento es crucial en ámbitos privados y sociales, con inserción en una comunidad histórica única. ¹⁷
Aspecto fundamental	Garantía de libertades básicas iguales para todos. ¹⁸	Participación política como principio esencial. ¹⁹	Reconocimiento e igual valoración de identidades individuales y colectivas. ²⁰

Tabla 1: Modelos contemporáneos de ciudadanía

Fuente: Elaboración propia

Análisis y discusión

Ecuador se constituyó como república independiente en 1830, tras la disolución de la Gran Colombia. Desde entonces, ha atravesado diversas transformaciones institucionales, adoptando un total de 20 constituciones.²¹ De ellas, 17 fueron promulgadas entre 1830 y 1967, y 3 entre 1979 y 2008. Las constituciones ecuatorianas desarrolladas entre 1979 y 2008 han

15. Marshall citado en Martínez Espinoza, "Itinerarios para el estudio de la ciudadanía de los pueblos indígenas en América Latina", 119.

16. *Ibíd.*, 120.

17. Benítez Romero, *La ciudadanía en la teoría política contemporánea*, 261.

18. *Ibíd.*, 293.

19. Martínez Espinoza, "Itinerarios para el estudio de la ciudadanía de los pueblos indígenas en América Latina", 121.

20. Benítez Romero, *La ciudadanía en la teoría política contemporánea*, 261.

21. Enrique Ayala Mora, *Ecuador Patria de todos: identidad nacional, interculturalidad e integración*, 5ª ed. (Quito: Corporación Editora Nacional, 2017).

experimentado una evolución significativa en el concepto de ciudadanía.²² Esta evolución refleja una consolidación de un diseño político-jurídico institucional, considerado más democrático debido a su enfoque inclusivo.

A lo largo de los procesos constituyentes en Ecuador, los años 1979, 1998 y 2008 marcaron hitos cruciales en la evolución del concepto de ciudadanía. Tras una década de dictadura, el nuevo orden político de 1979 inauguró una etapa de transición democrática, principalmente orientada hacia la protección de las libertades individuales y colectivas. Como se observa en la Tabla 2, en 1979 el concepto de ciudadanía estaba centrado en la idea abstracta de “igualdad formal”, en la que el único requisito para acceder a la ciudadanía (y, por ende, ejercer derechos) era tener 18 años.²³ Esto significó un avance respecto a exigencias históricas en el constitucionalismo ecuatoriano, como el conocimiento de lectura y escritura para ser considerado ciudadano y poder ejercer derechos.

La Constitución de 1998, por su parte, reflejó un contexto político marcado por el surgimiento del movimiento indígena como actor político clave. Esta transformación influyó significativamente en la inclusión de cláusulas constitucionales que ampliaron el acceso a la ciudadanía, considerando que ser ciudadano (entendido como la membresía para ejercer derechos) no debía depender de criterios como la edad, la etnia o la situación económica.²⁴ De esta forma, la constitución de 1998 amplió la ciudadanía sin restricciones, reafirmando el compromiso con la igualdad de derechos y la inclusión de diversos sectores de la sociedad.

Frente a ello, la Constitución de 2008 llevó la evolución de la ciudadanía a un nivel más complejo. Aunque en su articulado se delimita el concepto de ciudadanía, otros principios a lo largo del texto constitucional integran diversas perspectivas de modelos de ciudadanía, extendiendo su comprensión a otros artículos. Esta constitución marcó un cambio trascendental al adoptar los principios de ciudadanía universal y latinoamericana,²⁵ reflejando un compromiso con la igualdad de derechos más allá de las fronteras nacionales. Además, el reconocimiento de derechos fundamentales para personas en movilidad, incluidos los extranjeros, subraya un enfoque de ciudadanía que trasciende las limitaciones de la nacionalidad.

Tras esta breve reflexión general, se procederá a analizar qué aspectos de los modelos teóricos contemporáneos de ciudadanía han sido recogidos en los textos constitucionales. Para ello, se contrastará el contenido de la Tabla 1 con las disposiciones constitucionales bajo las consideraciones de codificación metodológica mencionadas con anterioridad, configurando de este modo una tabla comparativa de las características de cada modelo —liberal, republicano y comunitario— frente a cada uno de los textos constitucionales.

En primer lugar, el modelo de ciudadanía liberal se encuentra presente en los tres textos constitucionales en Ecuador, como se observa a continuación:

22. Mayuri Castro, “Una (breve) guía a todas las Constituciones del Ecuador,” *gk.city*, 16 de diciembre de 2021, <https://gk.city/2021/12/14/constituciones-ecuador-historia/> y Alex Valle Franco y Andrea Vargas Ordóñez, “Análisis histórico del derecho al voto de los ecuatorianos y migrantes en el Ecuador como un ejercicio de participación política,” *Democracias* 9 (2021): 93-116, <https://doi.org/10.54887/27376192.67>.

23. Enrique Ayala Mora, *Ecuador Patria de todos: identidad nacional, interculturalidad e integración* y Asamblea Nacional Constituyente, *Constitución Política de la República del Ecuador*, Decreto Supremo 000, Registro Oficial 800, 27 de marzo de 1979.

24. *Ibíd.* y Asamblea Nacional Constituyente, *Constitución Política de la República del Ecuador*, Decreto Legislativo No. 000, Registro Oficial 1, 11 de agosto de 1998.

25. Asamblea Nacional Constituyente, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.

Aspecto fundamental	Ciudadanía liberal	Constitución de 1979	Constitución de 1998	Constitución de 2008
Igualdad de derechos	Igualdad de derechos y obligaciones para todos los miembros		X	X
Ámbitos de ciudadanía	Ámbitos civil, político y social	X	X	X
Libertad individual	Garantía de libertades básicas de quienes se consideran iguales	X	X	X
Identidad y comunidad	-	-	-	-

Tabla 2: Elementos de la ciudadanía liberal en las constituciones de 1979-1998-2008

Fuente: Elaboración propia

La concepción liberal de ciudadanía se entiende como aquel estatus que se concede a los miembros de pleno derecho de una comunidad, quienes son iguales en cuanto a los derechos y obligaciones que adquieren bajo el estatus de ciudadanos.²⁶ En este sentido, en Ecuador, las diferentes constituciones han adaptado la idea de ciudadanía como conferencia de estatus legal que da acceso a derechos y otorga prerrogativas normativas (protección legal) las cuales, a su vez, configuran obligaciones por parte de los ciudadanos con el Estado y con otros individuos.

En la Constitución de 1979, con la eliminación del requisito de lectura y escritura para acceder a la ciudadanía, se evidenció un intento de eliminar barreras educativas y promover la igualdad de oportunidades,²⁷ reflejando un aspecto central de la ciudadanía liberal. Asimismo, la introducción del voto facultativo para las personas analfabetas y obligatorio para quienes sepan leer y escribir, conforme al artículo 33 de la Constitución de 1979, podría interpretarse como un intento de ampliar la participación ciudadana, aunque conservando ciertos elementos liberales de elección individual en el ejercicio del sufragio.

En la Constitución de 1998, la extensión de la ciudadanía sin límite de propiedad o edad reflejó un enfoque más amplio y equitativo, alineándose con los principios de igualdad de derechos para todos los miembros de la comunidad política, propios de la ciudadanía liberal. Este periodo consolidó la idea de que la ciudadanía no debería estar condicionada por características específicas, buscando garantizar derechos fundamentales para un espectro más amplio de la población.

En el 2008, la adopción de principios de ciudadanía universal y latinoamericana marcó un cambio paradigmático. La ciudadanía liberal, con su énfasis en derechos individuales, se fusionó con una perspectiva más global y regional, reconociendo derechos más allá de las fronteras nacionales. Si bien se destaca que el texto constitucional de 2008 reconoce que las personas en situación de movilidad, incluyendo a extranjeros, tendrán los mismos derechos y obligaciones que los ciudadanos ecuatorianos, no los reconoce expresamente como

²⁶. Martínez Espinoza, "Itinerarios para el estudio de la ciudadanía de los pueblos indígenas en América Latina".

²⁷. Enrique Ayala Mora, *Ecuador Patria de todos: identidad nacional, interculturalidad e integración*.

ciudadanos, es decir como miembros *iguales* de la comunidad política.²⁸ Sin embargo, se entiende que esta “extensión” de derechos (fundada principalmente en preceptos de derechos humanos como el principio *pro persona*) tienen un revestimiento de proteger la libertad de los individuos a través de garantías básicas.

La ciudadanía liberal ha sido un tipo ideal presente en la evolución constitucional de Ecuador, promoviendo la igualdad de derechos y la eliminación de barreras discriminatorias. Sin embargo, esta concepción ha evolucionado y se ha fusionado con perspectivas más amplias y globales, especialmente durante el proceso constituyente de 2008.

El modelo de ciudadanía republicana encuentra mayor presencia de sus elementos en los textos constitucionales de 1979 y 2008 como se observa a continuación:

Aspecto fundamental	Ciudadanía republicana	Constitución de 1979	Constitución de 1998	Constitución de 2008
Igualdad de derechos	Participación activa en el espacio público y autolegislación ciudadana	-	X	X
Ámbitos de ciudadanía	Formación racional discursiva de opinión y voluntad política	-	-	-
Libertad individual	Orientación más allá de intereses individuales	X	-	X
Identidad y comunidad	-	-	-	-

Tabla 3: Elementos de la ciudadanía republicana en las Constituciones de 1979-1998-2008

Fuente: Elaboración propia

El republicanismo postula que la participación es un elemento esencial para la definición de la ciudadanía. Por tanto, esta debe ser activa tanto en los espacios de toma de decisiones como en aquellos no institucionales que permiten un diálogo democrático entre actores políticos, gubernamentales y la sociedad civil.

En cuanto a la participación en el espacio público, la Constitución de 1979 enfatiza que, si bien no es un requisito saber leer y escribir para ser ciudadano, el ejercicio del voto —una de las dimensiones clave de dicha participación— se vería condicionado en el caso de las personas analfabetas. Esta limitación impediría una integración plena en los procesos electorales, ya que, para lograrla, el Estado debería desplegar diversas iniciativas que promuevan su participación efectiva en el espacio público. Estas iniciativas deberían estar vinculadas, por ejemplo, a los procesos electorales, con el fin de garantizar puedan participar en la toma de decisiones —formales e informales— en condiciones de igualdad con respecto a quienes poseen alfabetización. En ausencia de estas medidas, los analfabetos quedarían marginados tanto de la elaboración de políticas públicas como de los espacios burocráticos de participación política. Esta situación exigiría medidas inclusivas que impidan su exclusión del diálogo político y, en última instancia, pone en duda la presencia efectiva de uno de los requisitos troncales del modelo de ciudadanía republicana: la participación activa e igualitaria en la vida pública.

En la Constitución de 2008 uno de los cambios más importantes en la estructura de norma es el cambio de “derechos políticos” por “derechos de participación”.²⁹ Si bien esta inferencia del léxico empleado no tiene una relación explícita con el concepto de ciudadanía, se deduce

²⁸. Asamblea Nacional Constituyente, *Constitución de la República del Ecuador*, 20 de octubre de 2008.

²⁹. *Ibíd.*

el valor amplio relacionado al ejercicio de derechos políticos con la membresía y la participación de los ciudadanos en la vida pública del país, especialmente en espacios institucionales.

En este marco, la ciudadanía republicana ha influido en el proceso constitucional ecuatoriano, fomentando la participación activa y la deliberación en la toma de decisiones. No obstante, la implementación plena de estos principios puede requerir un análisis más detallado de los mecanismos institucionales y prácticas políticas para evaluar la efectividad de la ciudadanía republicana en la construcción de la voluntad política en Ecuador.

El modelo de ciudadanía comunitaria encuentra mayor presencia de sus elementos en la constitución de 2008 como se observa a continuación:

Aspecto fundamental	Ciudadanía comunitaria	Constitución de 1979	Constitución de 1998	Constitución de 2008
Igualdad de derechos	Construcción de identidad ligada a una comunidad específica	-	X	X
Ámbitos de ciudadanía	Valoración de diversidad y fusión de horizontes	-	-	X
Libertad individual	-	-	-	-
Identidad y comunidad	Identidad a través de concepción del bien ligada a comunidad	X	X	X

Tabla 4: Elementos de la ciudadanía comunitaria en las Constituciones de 1979-1998-2008

Fuente: Elaboración propia

En los textos constitucionales de 1998 y 2008, en Ecuador, se manifiesta un reconocimiento explícito de la interculturalidad como un elemento fundamental para fomentar los intereses colectivos de diversos grupos humanos. Este reconocimiento va más allá de la mera consideración de derechos individuales, extendiendo la concepción de ciudadanía para incluir a los colectivos en espacios de diálogo y participación política. Sin embargo, la valoración de la diversidad y la fusión de horizontes en la Constitución de 1998 no fue tan explícita como en el texto de 2008. La presencia de concepciones comunitarias se manifiesta con mayor fuerza en la Constitución de 2008, especialmente en la construcción de la identidad vinculada a una comunidad específica —como las nacionalidades indígenas o las comunidades migrantes—, lo que constituye un núcleo central en la concepción comunitarista. Por ello, el análisis de este modelo de ciudadanía se centrará en el estudio del enfoque comunitarista desarrollado en el constitucionalismo ecuatoriano a partir del año 2008.

Tanto la Constitución de 1998 como la de 2008 reconocen la interculturalidad como un elemento constitutivo del Estado ecuatoriano. Sin embargo, es la Constitución de 2008 la que incorpora el carácter plurinacional como un eje transversal de las diversas instituciones estatales, al reconocer la coexistencia de múltiples nacionalidades ancestrales en el territorio y permitir la conformación de identidades ligadas a comunidades diversas. Para evitar que el concepto de nacionalidad ecuatoriana resulte excluyente o contradictorio con estas identidades, se hace imperativo establecer definiciones claras. Estas definiciones reflejaron, en su momento, la necesidad de reconocer una suerte de doble nacionalidad interna. En este sentido, la nacionalidad ecuatoriana se define como un vínculo jurídico-político entre las personas y el Estado. No obstante, esta pertenencia no debe menoscabar ni entrar en conflicto con la identidad de las distintas nacionalidades indígenas presentes en el Ecuador plurinacional.

América Latina ha sido la región donde más se han realizado modificaciones legales para incorporar los derechos de los pueblos indígenas en las normas fundamentales. Además, dado el rol protagónico del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en cuanto a la defensa de los derechos indígenas en el siglo XXI,³⁰ se han fortalecido los debates nacionales en diversos países sobre la importancia de construir identidades nacionales con base en la diversidad. En este sentido, en Ecuador se ha materializado el reconocimiento de las identidades colectivas, dándoles protagonismo participativo en la esfera pública y valorando la diversidad y horizontes en la construcción de la ciudadanía ecuatoriana. Dado que la asunción de los derechos de los pueblos indígenas implica dejar de percibirlos como objetos de políticas para concebirlos como sujetos políticos, su participación se ha concebido como fundamento prioritario para la efectividad de sus derechos.

En adición, el rol que el proceso constituyente de 2008 dio a los migrantes ecuatorianos en el exterior fue muy importante para construir una identidad nacional en el territorio extranjero, que de igual forma esté ligada al estatus de ciudadano ecuatoriano. Es decir, en rango constitucional se extiende la ciudadanía a aquellas personas que, naciendo en el territorio extranjero, tengan vínculo sanguíneo con un ciudadano ecuatoriano, ampliando la noción de estatus más allá del territorio y anclando la adquisición de la ciudadanía a una identidad comunitaria identificada como ecuatoriana, que puede estar ligada —o no— al territorio-espacio físico del Estado. .

En este contexto, la ciudadanía en Ecuador ya no estaba anclada a factores homogeneizadores, trascendiendo la noción tradicional de nacionalidad como requisito previo para la ciudadanía. La inclusión del reconocimiento histórico de las luchas de los pueblos y nacionalidades indígenas, la desnacionalización de derechos, en este contexto, cobra matiz propio al reafirmar las identidades de las naciones indígenas, reconociendo su lucha histórica sin condicionar la ciudadanía a factores homogeneizadores.

El proceso constituyente ecuatoriano no solo transformó las estructuras jurídicas, sino que también influyó en la propia percepción y configuración de los ciudadanos, resaltando valores universales y principios éticos en un esfuerzo por construir una sociedad más inclusiva y democrática. La desnacionalización de los derechos emerge como conceptos fundamentales en la reconfiguración de la ciudadanía, promoviendo la convivencia de identidades diversas y la adopción de valores universales en un marco democrático y de derechos humanos.

Aunque se observan avances hacia una ciudadanía más comunitaria en Ecuador, persisten desafíos. La identificación de la ciudadanía con la nacionalidad aún puede limitar la plena realización de una concepción comunitaria que trascienda las fronteras. La implementación efectiva de principios como la ciudadanía universal y la plurinacionalidad puede requerir acciones adicionales para fortalecer la conexión entre los ciudadanos y sus comunidades más allá de los límites nacionales.

En síntesis, las distintas constituciones ecuatorianas han incorporado elementos tomados de los modelos contemporáneos de ciudadanía. Sin embargo, pueden identificarse, en cada una, una mayor o menor presencia de elementos propios de determinadas concepciones, lo cual responde tanto al contexto político en el que fueron desarrolladas como a la influencia de actores políticos afines a las corrientes ideológicas que sustentan dichas concepciones. En este sentido, se observa que los principales avances han estado relacionados con las comunidades históricamente excluidas y que el concepto de ciudadanía ha dejado de entenderse únicamente como un precepto legal o una facultad política, para concebirse como un constructo complejo que tiene consecuencias directas en la estructuración de otras instituciones políticas y jurídicas.

30. Rodríguez-Piñero citado en Martínez Espinoza, "Itinerarios para el estudio de la ciudadanía de los pueblos indígenas en América Latina", 133.

Conclusiones

Este trabajo de investigación buscaba responder a la pregunta: ¿Cuál ha sido el modelo teórico contemporáneo de ciudadanía con mayor presencia en las constituciones ecuatorianas promulgadas entre 1979 y 2008? Posterior al análisis realizado, se puede afirmar que el modelo contemporáneo de ciudadanía liberal aparece como el enfoque teórico transversal en los tres textos constitucionales. Esto podría estar relacionado con la estrecha vinculación entre la concepción de democracia liberal —modelo adoptado por Ecuador desde el retorno a la democracia— y los principios que configuran la ciudadanía liberal, ya que ambos tienen como base los valores de libertad, igualdad y justicia en la vida social. De este modo, tanto la ciudadanía liberal como la democracia liberal se erigen como pilares esenciales en la construcción de sociedades formalmente igualitarias.

El modelo de ciudadanía liberal da primacía a su contenido como fundamento legal, una característica que ha estado presente en los textos constitucionales analizados. Mientras que la ciudadanía republicana, cuya definición es esencialmente política, no se ha visto plenamente reflejada en los modelos de ciudadanía desarrollados en Ecuador.

La preeminencia del modelo de ciudadanía comunitaria se sustenta en el fundamento moral de la construcción de la identidad, que en el caso ecuatoriano responde a los intereses simbólicos de reconocimiento de los diversos pueblos y nacionalidades —actores políticos clave en la historia del país—, cuyas luchas sociales y políticas se vieron reflejadas en el proceso constituyente, en un panorama político que permitió el surgimiento de la Asamblea Constituyente.

Empero, dado que en la actualidad en Ecuador se encuentra vigente la Constitución de Montecristi, elaborada en el año 2008, destaca su enfoque comunitario, que —como se mencionó anteriormente— respondió a un contexto político y social que abogaba por instituciones más incluyentes, entre ellas la ciudadanía. Estas instituciones buscaban reconocer, aunque fuese de manera formal a través de cláusulas constitucionales, la diversidad existente en Ecuador como inicio para el ejercicio efectivo de diversos derechos en el país.

Los modelos contemporáneos de ciudadanía en Ecuador se configuran a partir de diversos elementos tomados de los tipos ideales estudiados, los cuales han sido moldeados por las distintas ideologías presentes en los procesos constituyentes. Aunque no se observa un modelo perfectamente plasmado en el país, esta diversidad refleja la complejidad política y jurídica del contexto ecuatoriano. Los tipos ideales ofrecen la posibilidad de ajustar, de forma más efectiva, los principios de la ciudadanía a la realidad nacional, permitiendo un estudio más profundo de las consecuencias de dichas adaptaciones, así como la identificación de posibles mejoras para fortalecer el sistema.

Las adaptaciones necesarias para fortalecer el ejercicio efectivo de la ciudadanía en Ecuador involucran la creación de políticas públicas que promuevan mecanismos reales de participación e integración de los pueblos indígenas, nacionales y campesinos en la toma de decisiones. Este desafío se manifiesta claramente en el ámbito electoral, donde las propuestas de planes de gobierno a menudo pasan por alto estas dimensiones cruciales de la ciudadanía, a pesar de su mandato constitucional. Es necesario que las políticas públicas aborden estas omisiones y garanticen el ejercicio activo de la ciudadanía, tanto a través del sufragio pasivo como activo, considerando la diversidad de individuos reconocidos como ciudadanos en Ecuador.

Referencias

- Andrenacci, Luciano. 2019. "Un ensayo sobre la historia de la ciudadanía en América Latina desde una perspectiva a largo plazo" *Cadernos EBAPE.BR*. <https://doi.org/10.1590/1679-395174321>.
- Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de la República del Ecuador. Decreto Supremo 000. Registro Oficial, nº 800, 27 de marzo de 1979.
- Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de la República del Ecuador. Decreto Legislativo nº 000. Registro Oficial, nº 1, 11 de agosto de 1998.
- Asamblea Nacional Constituyente. Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial, nº 449, 20 de octubre de 2008.
- Ayala Mora, Enrique. Ecuador patria de todos: identidad nacional, interculturalidad e integración. 5ª ed. Quito: Corporación Editora Nacional, 2017.
- Benítez Romero, María Benita. La ciudadanía en la teoría política contemporánea: modelos propuestos y su debate. Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2004.
- Castro, Mayuri. 2021. "Una (breve) guía a todas las Constituciones del Ecuador." *gk.city*, 16 de diciembre. <https://gk.city/2021/12/14/constituciones-ecuador-historia/>.
- Martínez Espinoza, Manuel Ignacio. "Itinerarios para el estudio de la ciudadanía de los pueblos indígenas en América Latina." *Iberofórum. Revista de Ciencias Sociales de la Universidad Iberoamericana* 13, nº 25 (2018): 114–146. <https://www.iberomx.com/iberoforum>.
- Valle Franco, Alex, y Andrea Vargas Ordóñez. "Análisis histórico del derecho al voto de los ecuatorianos y migrantes en el Ecuador como un ejercicio de participación política." *Democracias* 9 (2021): 93–116. <https://doi.org/10.54887/27376192.67>.



Centro de Arbitraje y Mediación
CÁMARAS DE LA PRODUCCIÓN DEL AZUAY



A B O G A D O S

CORDERO
& asociados

La resolución de la excepción previa de existencia de convenio arbitral frente al principio *kompetenz-kompetenz*: ¿Cuáles son las limitaciones y obligaciones del juez?

The resolution of the preliminary objection to the existence of an arbitration agreement versus the *kompetenz-kompetenz* principle: What are the limitations and obligations of the judge?

Juan Francisco Mora Mogrovejo
juanfrancisco.mora@yahoo.com

Resumen

En el marco de un proceso, el juez es el encargado de sustanciar las excepciones previas propuestas por las partes, permitir que estas se pronuncien al respecto y, de ser posible, resolverlas en la misma audiencia. La excepción previa de existencia de convenio arbitral es un medio de defensa procesal que cumple una doble función: una positiva, que otorga competencia a los árbitros para resolver la controversia; y una negativa, que impide a las partes signatarias del convenio someter su conflicto a la justicia ordinaria. Bajo el principio *kompetenz-kompetenz* la facultad de juzgar un conflicto en el que medie una cláusula arbitral es exclusiva de los árbitros. El juez ordinario, ante la existencia de un convenio o compromiso arbitral, debe inhibirse del conocimiento de la causa y remitir a las partes a arbitraje para proteger la garantía de su derecho de ser juzgados por un juez competente. Sin embargo, la justicia y el derecho reclaman lo suyo, y exigen del juzgador el deber primordial de velar por la seguridad jurídica. No es suficiente una inhibición automática para resolver la excepción; es necesario permitir que las partes gocen de su derecho a la contradicción y a la defensa en una audiencia debidamente celebrada, que pueda conducir al juez a una resolución motivada.

Abstract

Within the framework of a legal proceeding, the judge is responsible for substantiating the preliminary objections raised by the parties, allowing them to present their arguments and, if possible, resolving them during the same hearing. The preliminary objection regarding the existence of an arbitration agreement serves as a procedural defense with a dual function: a positive one, which grants jurisdiction to arbitrators to resolve the dispute; and a negative one, which prevents the signatory parties from submitting their conflict to the ordinary courts. Under the *kompetenz-kompetenz* principle, the power to adjudicate a dispute involving an arbitration clause lies exclusively with the arbitrators. The ordinary judge, when faced with the existence of an arbitration agreement or clause, must refrain from hearing the case and refer the parties to arbitration, in order to safeguard the guarantee of their right to be judged by a competent authority. However, justice and the law assert their role and require the judge to fulfill the fundamental duty of upholding legal certainty. An automatic inhibition is not sufficient to resolve the objection; rather, the parties must be guaranteed the right to contradiction and defense in a properly held hearing that enables the judge to issue a reasoned decision.

Palabras clave

Excepción previa, convenio arbitral, juez, competencia, árbitro, proceso, sustanciación

Keywords

Prior exception, arbitration agreement, judge, jurisdiction, arbitrator, process, substantiation

Introducción

Uno de los principios rectores del sistema procesal es el derecho de audiencia, de contradicción o de bilateralidad. La base de este principio se funda en la imposibilidad del órgano judicial de dictar una resolución sin que, previamente, hayan tenido la oportunidad de ser oídas las personas que pudieran verse afectadas por ella.¹ El legítimo contradictor tiene la facultad de oponerse a las pretensiones del demandante a través de las excepciones previas, que sirven como un medio de defensa y que tienen como función sanear el proceso para evitar nulidades, así como permitir el normal desarrollo y conclusión de la litis.

La excepción previa de existencia de convenio arbitral constituye una situación particular por su trascendencia y complejidad jurídica. Ciertamente se sale de los límites de la justicia ordinaria, al punto de hablar de una inhibición automática por parte de los jueces naturales, quienes quedan vedados de conocer aquellos conflictos en los que medie una cláusula arbitral, viéndose obligados a ordenar el archivo de la causa en caso de acoger la excepción.² Ante esto surge la interrogante: ¿Es suficiente el archivo de la causa bajo peligro de dejar en indefensión los intereses de las partes?

El propósito de este artículo es dilucidar el adecuado accionar del juez ante la existencia de un convenio arbitral dentro de un proceso. Por tal razón, será necesario ahondar en el convenio arbitral, como aquel hontanar del cual deviene el proceso arbitral, las patologías que pueden llegar a invalidarlo y las situaciones particulares que giran en torno a este negocio jurídico. Además, bajo la necesidad de comprender los límites de la competencia de los órganos del sistema de justicia y buscando evitar el menoscabo de atribuciones entre ellos, se hará un análisis del principio *kompetenz-kompetenz* bajo el paraguas constitucional y su aplicación práctica en nuestro sistema, en conjunto con las sentencias que lo han dotado de riqueza y profundidad jurídica.

Finalmente, se analizará el problema que surge cuando los principios y las normas de ambas ramas del derecho colisionan en una misma controversia; esto es, cuando la justicia ordinaria se encuentra con un conflicto arbitral y nace el desconcierto de cómo debe actuar el juez ordinario ante esta excepción previa. ¿Debe inhibirse de forma automática o debe sustanciar la excepción hasta que se resuelva? Ciertamente se ha generado confusión al respecto por la doble regulación existente en el Código Orgánico General de Procesos (COGEP) y la Ley de Arbitraje y Mediación (LAM). Tal confusión es aún mayor en los estudiantes de pregrado, para quienes se ha formado una disyuntiva en cuanto a qué principio debe primar y qué normas deben aplicarse para este supuesto. En este artículo, nuestro análisis se centrará en la tarea del juez de proteger la seguridad jurídica y tutelar los derechos de las partes en litigio, garantizando la inmediación y la bilateralidad del debate, sin rebasar su competencia, observando su obligación de administrar justicia.

Las excepciones previas: aturaleza jurídica y tipos

Resulta pertinente iniciar con un análisis sucinto de las excepciones previas. Las cuales son medios de defensa legal que sirven para agilizar el trámite o desarrollo de un proceso judicial o para evitarlo. El demandado tiene la oportunidad de presentarlas al momento de contestar la demanda, donde está contenida su posición jurídica respecto a las pretensiones del demandante.

Las excepciones pueden ser procesales o materiales. Son procesales o dilatorias aquellas que alegan la existencia de un impedimento de carácter meramente procesal que impide al

1. Enrique Palacio, "Manual de Derecho Procesal Civil", Carlos Enrique Camps, tomo 1, 5a ed. (Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2021), 197.

2. Aceptada la excepción deberá ordenarse el archivo de la causa, en caso contrario, ejecutoriada el auto dictado por el juez, se sustanciará el proceso según las reglas generales (Ecuador, Ley de Arbitraje y Mediación, Registro Oficial 417, 14 de diciembre de 2006), art.8.

juez conocer el fondo del asunto, en otras palabras, abordan asuntos procesales diferentes al fondo. Por otro lado, encontramos las excepciones materiales, sustanciales o perentorias, que se refieren al fondo del asunto puesto en conocimiento del juez y cuya estimación conduce a una sentencia favorable a la pretensión del demandado.³

Cuando el accionado ha deducido las excepciones que considera le asisten y estas han sido admitidas por el juez, ello delata la ausencia de algún presupuesto procesal. Dichos presupuestos son aquellas condiciones necesarias para que exista una relación jurídica procesal válida, que permita el desarrollo normal del proceso hasta la obtención de una sentencia exigible.

Para Eduardo Couture, los presupuestos procesales pueden definirse como “aquellos antecedentes necesarios para que el juicio tenga existencia jurídica y validez formal”.⁴ Sin estos requisitos, no es posible que el órgano jurisdiccional emita una sentencia válida y, por ende, la falta de alguno de ellos convierte en nula la sentencia, pudiendo tal nulidad declararse de oficio, incluso en casación.

En nuestro sistema, las excepciones previas están recogidas de forma taxativa en el artículo 153 del COGEP y su resolución, aunque incompleta, se encuentra en el artículo 295 del mismo Código. El COGEP no se da la tarea de categorizar a las excepciones según su naturaleza ni carácter pero, como hemos explicado anteriormente, las excepciones pueden versar sobre temas meramente procesales o atacar el fondo del asunto, como las excepciones materiales o perentorias.

El momento procesal para tratar las excepciones es en audiencia preliminar, en procedimiento ordinario; y en aquellos procedimientos de audiencia única, en la primera fase,⁵ donde las partes podrán presentar sus alegatos respecto a las excepciones propuestas, de tal manera que permitan que el juez forme su convicción. Existen dos tipos de excepciones previas: las subsanables y las no subsanables. Las excepciones subsanables son aquellas que no acarrearán la terminación anticipada del proceso, ya que permiten al juez otorgar a la parte actora la oportunidad de corregir o convalidar lo necesario para continuar con la tramitación de la causa. Por otro lado, las excepciones no subsanables son aquellas cuya aceptación implica la terminación anticipada del proceso, al representar una imposibilidad temporal o definitiva para el desarrollo de la litis. En caso de que el juez acepte una excepción insubsanable, se declarará sin lugar la demanda y se ordenará su archivo (art. 295, núm. 1, COGEP).

La Corte Nacional⁶ ha establecido que las excepciones que versan sobre cuestiones meramente procesales se resuelven a través de autointerlocutorio y aquellas excepciones que refieren a cuestiones sustanciales del proceso se resuelven mediante sentencia. Una vez que hemos realizado un breve análisis de las excepciones previas, regresaremos al punto de partida y propósito de este artículo.

La existencia de convenio o compromiso arbitral

El sistema arbitral es un método alternativo de solución de conflictos al que las partes pueden someter, de común acuerdo, las controversias susceptibles de transacción, sean estas existentes o futuras (art. 1, LAM). Esta excepción tiene como fundamento la decisión

3. Oswaldo Navas Tapia, “Teoría General del Proceso”, 2a ed. (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones (CEP), 2023), 379.

4. Eduardo Couture, “Fundamentos del Derecho Procesal Civil”, 3a ed. Póstuma (Buenos Aires: Roque Depalma, 1958), 102-103.

5. Instalada la audiencia, la o el juzgador solicitará a las partes se pronuncien sobre las excepciones previas propuestas. De ser pertinente, serán resueltas en la misma audiencia (Ecuador, Código Orgánico General de Procesos, Registro Oficial Suplemento 506, 22 de mayo de 2015), art. 294, núm. 1.

6. Corte Nacional de Justicia, Resolución No. 12-2017.

de las partes para excluir de la justicia ordinaria un eventual litigio, señalando otros medios de solución de conflictos, que han sido reconocidos constitucionalmente⁷ como medios alternativos con plena autonomía e independencia.⁸

La libertad que tienen las partes para someter sus disputas al arbitraje o a otros medios de solución de conflictos consagra uno de los grandes principios del arbitraje, el principio de alternabilidad. El convenio arbitral es un acuerdo que debe formalizarse por escrito⁹ por ser un contrato *ad solemnitatem* y se entiende que las partes se someten al arbitraje, no solo por un documento firmado, sino también mediante un intercambio de cartas o cualquier medio de comunicación escrito que deje constancia documental de dicha voluntad.¹⁰

El convenio arbitral cumple con una doble función: una positiva, en cuanto faculta a los árbitros para pronunciarse sobre su propia competencia y obliga a las partes a acatar aquello que los árbitros resuelvan a través de laudo; y una función negativa, en cuanto obliga a las partes a no llevar sus disputas a la justicia ordinaria e impone un deber de no hacer para los jueces, quienes quedan imposibilitados de resolver cualquier asunto que las partes, mediante acuerdo escrito, hayan decidido someter a arbitraje.

El efecto principal que se deriva de la existencia de un convenio arbitral es la exclusión del juez natural del conocimiento de la causa, respetando la voluntad de las partes contenida en dicho instrumento jurídico.¹¹ Como todo negocio jurídico, el convenio arbitral debe cumplir la estructura de uno y son los árbitros los encargados de verificar que el mismo cumpla con estos requisitos de validez y eficacia.¹²

El convenio arbitral es un documento autónomo, pues es capaz de subsistir por sí mismo sin la necesidad de otro negocio jurídico; incluso si el contrato en el que está contenida la cláusula arbitral es nulo, la cláusula subsiste por el principio de separabilidad. El convenio arbitral debe redactarse de tal manera que la voluntad de las partes de someter sus controversias a arbitraje sea inequívoca. Las falencias que puedan generar confusión respecto de la aplicabilidad del convenio son conocidas como patologías. Entre estas se encuentran los acuerdos inoperantes o inejecutables, las cláusulas carentes de certeza y los acuerdos de arbitraje optativos, especialmente cuando no excluyen de forma clara a la justicia ordinaria.

Las patologías en un convenio arbitral impiden que este produzca efectos vinculantes para las partes contratantes, que dote de competencia a los árbitros para la resolución del conflicto, que excluya la intervención de la justicia ordinaria antes de la emisión del laudo arbitral (que luego debe ser ejecutado por el juez natural), y que brinde las condiciones necesarias para el desarrollo de un procedimiento adecuado que concluya con un laudo. El resultado de una cláusula patológica puede derivar en un arbitraje no idóneo y, además, generar la nulidad, invalidez o inexistencia del convenio arbitral.

La excepción previa de existencia de convenio o compromiso arbitral es una excepción insubsanable pues, de encontrarse procedente, opera la inhibición de jurisdicción, es decir, la imposibilidad de los órganos de la justicia ordinaria de conocer y resolver las controversias

7. Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir (Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008), art. 190.

8. Los Centros de Arbitraje y Mediación y los tribunales arbitrales tendrán plena independencia y autonomía y no está sometidos a orden, disposición o autoridad alguna que menoscabe sus atribuciones (Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación (RLAM), 26 de agosto de 2021), art.1, núm. 1.

9. Ley de Arbitraje y Mediación, art. 5, inc. 2.

10. *Ibidem*, art. 6.

11. *Ibidem*, art. 7.

12. Fernando Vidal Ramirez, "El Convenio Arbitral" (Lima: Derecho, PUCP, 2003), 573-574.

que se encuentran sometidas a otro medio de solución de conflictos.¹³ No implica una cuestión meramente procesal, sino una de carácter sustancial, pues acogerla conlleva la inhibición de los jueces para conocer y resolver la causa. Por ser de tal naturaleza, debe resolverse mediante sentencia que genera cosa juzgada.

El principio *kompetenz-kompetenz*: naturaleza jurídica

Un convenio arbitral válido dota de competencia a los árbitros, ante quienes se presenta la demanda arbitral, para sustanciar y resolver la controversia puesta a su conocimiento. Este documento da origen a la jurisdicción de los árbitros desde la presentación y admisión de la demanda arbitral hasta la expedición del laudo, y los faculta para pronunciarse sobre la veracidad y eficacia del mismo.

Los árbitros son los encargados de verificar que el convenio arbitral no sea patológico y que el objeto de la demanda se encuentre dentro de los límites de su competencia. La justicia ordinaria no puede, en ningún caso, menoscabar la competencia de los árbitros para sustanciar controversias que deban ser resueltas mediante arbitraje, ni indagar sobre el alcance o la validez del convenio; los jueces están limitados únicamente a constatar su existencia. Este principio reconoce el poder de los árbitros para ser los primeros en decidir y resolver sobre su propia jurisdicción.

Regulación en Ecuador

El alcance de este principio puede variar dependiendo del sistema de derecho en que se aplique. Según la Corte Constitucional, nuestro sistema tiene una aplicación absoluta. Esto quiere decir que cuando un juez constate la existencia de una cláusula arbitral está obligado, de forma automática, a remitir inmediatamente a las partes a arbitraje, sin importar que una de ellas alegue la nulidad del convenio o la intransigibilidad de la materia, pues no le compete al juez natural resolver tales asuntos.

La Sentencia 2342-18 de la Corte Constitucional explica que el principio *kompetenz-kompetenz* autoriza a los árbitros a analizar tanto la arbitrabilidad objetiva —que consiste en comprobar si la materia sometida a arbitraje es de naturaleza transigible— como la arbitrabilidad subjetiva, que implica verificar si existe consentimiento expreso de las partes para someter su disputa al arbitraje, y, por tanto, que la renuncia a la justicia ordinaria refleje la voluntad de ambas.¹⁴ Una vez que los árbitros hayan decidido sobre su competencia, tal decisión se entiende concluyente e indiscutible, sin posibilidad de una revisión posterior. En palabras de los jueces de la Corte Constitucional, sería un despropósito que habiéndose acordado resolver el conflicto fuera de la justicia ordinaria, sea esta última la que revise el fondo de la decisión arbitral.¹⁵

La Corte Constitucional ha reiterado la imposibilidad de los jueces naturales de pronunciarse sobre la validez y eficacia de un convenio arbitral cuando se alegue su existencia como excepción previa. La misma limitación recae sobre los tribunales de apelación y casación en caso de que el debate sobre la excepción suba a segunda instancia por la interposición de un recurso vertical.¹⁶

13. Corte Nacional de Justicia, “Resolución No. 12-2017”, pág. 27, https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/resoluciones_obligatorias/2017/17-12_Excepciones_previas.pdf

14. Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia 2342-18-EP/23”, *Caso 2342-18-EP*, 13 de septiembre de 2023, párr. 25, (i),(ii).

15. Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia 2520-18-EP/23”, 24 de mayo de 2023, párr. 28. Revisar CCE, “Sentencia 31-14-EP/19”, 19 de noviembre de 2019, párr. 60.

16. Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia 1010-18-EP/23”, 22 de noviembre de 2023, párr. 35-39. Revisar CCE, “Sentencia 707-16-EP/21”, 08 de diciembre de 2001, párr. 38.

Aun cuando el juez considere que las cláusulas de un convenio arbitral son patológicas, no tiene competencia para revisar su fondo, alcance, validez o eficacia. En su lugar, debe remitir la disputa al tribunal arbitral correspondiente, para que este decida sobre su propia competencia.¹⁷ El deber primordial del juez ante la excepción de existencia de un convenio arbitral es constatar su existencia, de forma que permita que las partes puedan pronunciarse sobre sus afirmaciones y tengan la oportunidad de probarlas en una audiencia.

Resolución de la excepción de existencia de convenio o compromiso arbitral

Regulación del COGEP y la LAM

Hemos aclarado varios puntos. Primero, la excepción previa de existencia de convenio arbitral es un medio de defensa procesal para inhibir a los órganos de justicia ordinaria de conocer y resolver asuntos en los que medie una cláusula arbitral, y debe ser resuelta por un juez en el marco de un proceso. Segundo, el convenio arbitral faculta a los árbitros para decidir sobre su propia competencia; además, impide que el conflicto sea llevado a los jueces naturales para su resolución. Sin embargo, ¿qué sucede cuando en una controversia llevada ante un órgano judicial media una cláusula arbitral y se propone como excepción previa?

Según el COGEP, las excepciones previas se tramitan o resuelven en audiencia preliminar o en la primera fase en aquellos procedimientos de audiencia única, en lo que denominamos fase de saneamiento y convalidación. Si la parte demandada ha deducido la excepción de existencia de convenio o compromiso arbitral, quiere decir que la misma se resolverá en audiencia y el juez no puede simplemente dar por terminado el proceso y archivar la causa. Esto sucede por tres razones: (1) el demandado ya ha deducido sus excepciones en la contestación a la demanda, se ha calificado la misma y se ha admitido a trámite, convocando a las partes a audiencia en la que debe sustanciarse la resolución de la excepción; (2) la excepción de existencia de convenio arbitral denota ciertos cuestionamientos que el juez debe considerar y responder, tales como verificar la existencia del convenio arbitral, comprobar que no exista una renuncia expresa de ambas partes al convenio, y en caso de que se alegue tal renuncia, que la misma pueda probarse; y (3) parafraseando a Zavala Egas,¹⁸ la defensa no se garantiza si no se otorga a las partes la posibilidad de realizar sus afirmaciones y alegaciones en una audiencia en la que se les permita reunir todos los medios de prueba que respalden sus alegaciones, y desarrollar toda la actividad necesaria para probarlas, con el objeto de presentar una hipótesis corroborada al juez sobre la cual basar su decisión.

Por su parte, la LAM establece que, si se presenta la existencia de un convenio arbitral como excepción, el órgano judicial debe sustanciarla y resolverla, corriendo traslado a la parte que la ha alegado y otorgando un plazo de tres días para que pueda probar sus afirmaciones. Además, dispone que de aceptarse la excepción, el juez debe archivar la causa y, en caso de no aceptarla, el proceso debe continuar bajo las reglas generales.¹⁹ Esto constituye una especie de subtrámite destinado a determinar la existencia del convenio que el juez está obligado a observar.²⁰ Ahora bien, es importante recordar que la LAM fue expedida en el año 2006 y que el COGEP entró en plena vigencia en 2016, reconociendo expresamente la existencia de un convenio o compromiso arbitral como una excepción previa. En el anterior CPC, esta figura constituía una causal de incompetencia del juzgador. Por ello, se entiende que

17. Corte Constitucional del Ecuador, "Sentencia 707-16-EP/21", Voto Salvado, párr. 22-23.

18. Jorge Zavala Egas, Introducción al COGEP. La prueba. Fuentes, medios, valoración y estándares probatorios. (Lima: UAZE, Unidad Académica Zavala Egas, 2016), 38.

19. Ley de Arbitraje y Mediación, art. 8.

20. Corte Constitucional, "Sentencia 707-16-EP/20", párr.18.

las disposiciones de la LAM respecto a este trámite han quedado tácitamente derogadas, primando la norma posterior.²¹ Sin embargo, no se ha eliminado la imperiosa obligación del juzgador de sustanciar y resolver dicha excepción.

Con la nueva regulación procesal no es necesario sustanciar una especie de trámite independiente para corroborar la existencia del convenio arbitral, sino que la excepción debe ser resuelta en la fase de saneamiento o convalidación de la audiencia preliminar o audiencia única. Es importante recordar nuevamente que no se trata de verificar la validez del convenio, mucho menos de conocer el fondo del mismo, sino de la tarea del juez de cerciorarse de que el convenio arbitral exista, corroborando la alegación del accionado y garantizando los derechos de las partes en el marco del debido proceso.

Sustanciación

En la audiencia preliminar o primera fase de la audiencia única, una vez instalada, el juez debe solicitar a las partes que se pronuncien sobre las excepciones previas, en este caso, la excepción de existencia de convenio arbitral. Para este punto, el demandado ha deducido la excepción al momento de contestar la demanda. Si no lo hubiera hecho en dicho escrito, puede hacerlo posteriormente mediante un escrito de reforma de excepciones, siempre que sea antes de que el juez convoque a las partes a la audiencia preliminar o única. En caso de que se presente una reforma de excepciones, se notificará a la parte actora concediéndole el término de diez días para anunciar prueba nueva.²²

En la audiencia, el juez debe resolver la excepción previa a partir de ciertos cuestionamientos, entre ellos: ¿realmente existe el convenio arbitral? Corresponde al demandado probar su existencia. La única prueba admisible para tal alegación es el convenio entre las partes formalizado por escrito, que es un requisito *sine qua non* de este negocio jurídico, junto con el resto de requisitos que la ley prescribe para su validez.²³ El accionado tiene la carga de la prueba sobre la celebración del convenio y, para probarlo, deberá valerse únicamente del convenio, instrumentado en el contrato en forma de cláusula, o en cualquier otro medio que deje constancia documental de la voluntad de las partes de someterse a arbitraje.²⁴

¿Las partes han renunciado al convenio arbitral? Una vez probada la existencia del convenio, es posible que la parte actora alegue su renuncia. Esta puede ser expresa, cuando las partes, de común acuerdo y por escrito, renuncian al convenio arbitral previamente celebrado, permitiendo así que cualquiera de ellas acuda con su reclamación a la justicia ordinaria; o tácita, cuando, existiendo una cláusula arbitral, una de las partes presenta la demanda ante un órgano judicial y el demandado, al contestarla, no plantea la excepción de existencia de convenio arbitral, aceptando de este modo que la disputa sea resuelta por la vía judicial.²⁵

Es posible que exista una renuncia expresa al convenio arbitral, por lo que le corresponde al actor demostrar que ambas partes han renunciado al acuerdo por escrito, presentando la documentación pertinente que establezca de forma inequívoca la renuncia. El único momento procesal que tiene el accionante para poder presentar el escrito que contiene la renuncia

21. Reglas de solución de antinomias.- Cuando existan contradicciones entre normas jurídicas, se aplicará la competente, la jerárquicamente superior, la especial, o la posterior (Ecuador, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Registro Oficial Suplemento 52, 21 de septiembre de 2009), art. 3, núm. 1.

22. COGEP, art. 151, inc. 3. La prueba nueva es la oportunidad que tiene el actor de adjuntar prueba respecto de hechos nuevos o desconocidos.

23. LAM, art. 5, inc. 2.

24. *Ibidem*, art. 6.

25. *Ibidem*, art. 8.

al arbitraje es el término de diez días que se otorga a la parte actora, luego de calificada la contestación para anunciar 'nueva prueba', que se refiera exclusivamente a los hechos de la contestación.²⁶

Una vez que el juez haya forjado su convicción, en cuanto a la veracidad y existencia del convenio arbitral y de que no existe renuncia al mismo, debe acoger la excepción mediante sentencia, por ser una cuestión sustancial. La sentencia pone fin al proceso y constituye cosa juzgada material respecto al órgano competente para juzgar la controversia, obligando a las partes a remitir su disputa a los tribunales arbitrales. Al contrario, si se prueba que el convenio arbitral no surte efecto por existir renuncia expresa de ambas partes, el juez debe rechazar la excepción previa a través de autointerlocutorio y continuar con el juzgamiento.

El juez debe motivar²⁷ su decisión con base en lo que las partes hayan o no probado en la audiencia. Por tal razón, no puede limitarse a archivar la causa ante la existencia de un acuerdo arbitral bajo la excusa de una inhibición automática. La garantía de defensa de las partes obliga al juez a permitir que estas sean escuchadas en una audiencia en la que pueda promoverse un debate sobre la materia en litigio, y se les otorgue la posibilidad de probar sus alegaciones o contradecir la posición de la parte contraria. Esto no solo responde a la protección de sus propios intereses, sino también a la necesidad de garantizar un adecuado juzgamiento, sin menoscabar la competencia de los demás órganos del sistema de justicia. Este es el deber del juez: permitir que las partes sean oídas y resolver la controversia conforme a derecho.

Conclusiones

Se ha analizado la excepción previa de existencia de convenio o compromiso arbitral y su resolución en el marco de un proceso, advirtiéndose la imposibilidad de que los jueces excedan su competencia, en respeto al principio *kompetenz-kompetenz*, sin dejar de cumplir su deber de garantizar un adecuado juzgamiento. Este equilibrio permite procurar la tutela de los derechos de las partes a ser juzgadas por un juez competente, entablando así una estrecha colaboración entre los sistemas procesal y arbitral.

Para alcanzar una conclusión, se han realizado varias consideraciones. En primer lugar, se ha destacado la trascendencia de las excepciones previas como mecanismos de defensa procesal que, en caso de ser propuestas, evidencian la ausencia de los presupuestos mínimos necesarios para una relación jurídico-procesal válida y, por tanto, la imposibilidad de iniciar o continuar un proceso hasta que estas hayan sido dirimidas. De aquí que la existencia de un convenio arbitral sea de tal importancia que su sola presencia en un juicio ordinario acarrea la terminación del mismo, obligando al juez a remitir a las partes a arbitraje.

Se ha ahondado, además, en el principio *kompetenz-kompetenz*, entendido como una facultad exclusiva de los árbitros para conocer y resolver aquellas controversias en las que medie una cláusula arbitral, impidiendo a los jueces pronunciarse sobre su contenido, validez o eficacia, incluso bajo el pretexto de que esta sea patológica. A continuación, se ha desarrollado la manera en que debe resolverse la excepción en el marco de un proceso, bajo las normas procesales del COGEP y de la LAM. Este análisis revela que la inhibición automática del juez, como muchos sostienen, no es suficiente para garantizar una resolución adecuada en la que están en juego derechos sustanciales de las partes, y que dicho accionar podría derivar en una verdadera indefensión de sus derechos e intereses. El deber del juez

26. COGEP, art. 151, inc. 4. La nueva prueba es la oportunidad que se le da a la parte actora para adjuntar prueba única y exclusivamente respecto de los hechos de la contestación.

27. Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos (CR, art. 76, núm. 7, lit. 'I'). Revisar "Sentencia No. 1158-17-EP/21", CC.

es constatar que el convenio arbitral existe, que es legítimo y que no ha mediado una renuncia posterior por parte de las partes. No le es dado entrar a valorar su validez o eficacia, so pena de incurrir en una extralimitación de sus funciones y menoscabar las atribuciones propias de los tribunales arbitrales.

Con estos conceptos claros, se concluye que el deber del juez es lograr que se respete el debido proceso y su obligación es garantizar que la controversia sea adecuadamente encausada hacia el juez encargado de dirimirla. Habiendo acogido esta excepción, el juez debe procurar la primacía de los principios del arbitraje, tales como el principio *pro arbitri* y el principio *kompetenz-kompetenz*, para remitir a las partes a arbitraje. No obstante, antes de hacerlo, debe despejar cualquier duda sobre la existencia del convenio arbitral y la ausencia de renuncia por las partes. Por ello, resulta necesaria una audiencia en la que estas puedan ser escuchadas y el juez pueda arribar a una resolución motivada, plasmada en una sentencia que proteja los intereses de ambas partes y garantice la seguridad jurídica del sistema. Por lo tanto, se recomienda una reforma necesaria a la LAM, en su artículo 8, que obliga al juez llevar a cabo una especie de trámite para resolver la excepción previa de existencia de convenio arbitral. Este trámite resulta inoperante en la actualidad, ya que las excepciones deben resolverse en la audiencia preliminar o en la primera fase de la audiencia única, según las normas procesales del COGEP, evitando confusión y reafirmando la estrecha vinculación de ambas ramas del derecho.

Referencias

- Aguirre Guzmán, Vanessa. "Nulidades en el proceso civil". *Foro: revista de derecho*, No. 6. (2006). <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=90071543006>
- Barchi Velaochaga, Luciano. "El convenio arbitral en el Decreto Legislativo 1071". *Ius et Praxis*. No. 44. (2013). <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2013.n044.76>
- Condo Jaya, Karla Saneli. "El kompetenz-kompetenz en el derecho comparado: un lindero desdibujado". Instituto Ecuatoriano de Arbitraje. 15 de agosto de 2023. <https://iea.ec/articulos/el-kompetenz-kompetenz-en-el-derecho-comparado-un-lindero-desdibujado/>
- Corte Nacional de Justicia, "Resolución No. 12-2017". 2017. https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/resoluciones_obligatorias/2017/17-12_Excepciones_previas.pdf
- Corte Constitucional del Ecuador, "Sentencia 1010-18-EP/23". *Caso 1010-18-EP*. 22 de noviembre de 2023. https://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcnBldGE6j3RyYW1pdGUUnLCB1dWlkOidmMTlhZDExMy1mNjBjLTQ5NWUtyWUwMy03ZTd-hOGJhNWFmZTkucGRmj30=
- Corte Constitucional del Ecuador, "Sentencia 2342-18-EP/23". *Caso 2342-18-EP*. 13 de septiembre de 2023. https://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcnBldGE6j3RyYW1pdGUUnLCB1dWlkOic2ZTIwMGExZS1kNzUxLTQ2YtEtOWI5NS-1IOWViODIjM2FiMDQucGRmj30=
- Corte Constitucional del Ecuador, "Sentencia 2520-18-EP/23". *Caso 2520-18-EP*. 24 de mayo de 2023. https://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcnBldGE6j3RyYW1pdGUUnLCB1dWlkOidINWM4Mzc0OC1kYjA2LTQwOWYtODMyMiOzZTkxNz-QxNTZmNGEucGRmj30=
- Corte Constitucional del Ecuador, "Sentencia 1754-18-EP/23". *Caso 1754-18-EP*. 30 de agosto de 2023. https://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcnBldGE6j3RyYW1pdGUUnLCB1dWlkOidIZjYzODhIZS1INDQ4LTQ4OTktOTI3ZC04OTU5MjY4M-GE5OTcucGRmj30=
- Corte Constitucional del Ecuador, "Sentencia No. 707-16-EP/21". *Caso 707-16-EP*. 08 de diciembre de 2001. https://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcnBldGE6j3RyYW1pdGUUnLCB1dWlkOic3YTZlOTdlZS1mOWI4LTQ5YzctOGFIZS02YzhHm-mUzMDkxOGlucGRmj30=
- Cuadros Añazco, Alfredo. "Cuestiones procesales sobre la excepción previa de existencia de convenio o compromiso arbitral". Blog jurídico (y algo más). 17 de febrero de 2022. <https://alfredocuadros.com/2022/02/17/cuestiones-procesales-sobre-la-excepcion-previa-de-existencia-de-convenio-o-compromiso-arbitral/>
- Del Brutto, Oscar. "Kompetenz-kompetenz". Coronel & Pérez. Accedido el 27 de enero del 2025. <https://coronelperez.com/blog-coronel-perez-ecuador/administrativo-y-constitucional/kompetenz-kompetenz/>
- Dominguez, Eustorgio. "Los Presupuestos Procesales del Proceso Civil". Lex Diarium. Accedido el 25 de Enero del 2025. <https://www.lexdiarium.com/civil/los-presupuestos-procesales-del-proceso-civil>
- Ecuador, *Código Orgánico General de Procesos*. Registro Oficial Suplemento 506, 22 de mayo de 2015. <https://www.lexis.com.ec/biblioteca/cogep>
- Ecuador, *Ley de Arbitraje y Mediación*. Registro Oficial 417, 14 de diciembre de 2006. <https://www.lexis.com.ec/biblioteca/ley-arbitraje-mediacion>
- Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008. <https://www.lexis.com.ec/biblioteca/constitucion-republica-ecuador>

Ecuador, Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Registro Oficial Suplemento 52, 22 de octubre de 2009. <https://www.lexis.com.ec/biblioteca/ley-organica-garantias-jurisdiccionales-control-constitucional>

Navas Tapia, Oswaldo. *Teoría General del Proceso*. Segunda edición. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones CEP, 2023.

Vidal Ramírez, Fernando. "El convenio arbitral". Lima: Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003.

Von Bülow, Oscar. *Los Presupuestos Procesales*. Traducido por Miguel Angel Rosas Lichtschein. Lima: Instituto Pacífico, 2015.

TR.

TORRES & RODAS
ABOGADOS

La proporcionalidad administrativa en las infracciones ambientales en el ordenamiento jurídico ecuatoriano

Administrative Proportionality in Environmental Infractions in the Ecuadorian Legal System

César Andrés Vélez Andrade
cvelez@casagrande.edu.ec

Resumen

El derecho administrativo sancionador permite a la administración pública ejercer la potestad pública de control y sanción ante una conducta u omisión calificada como infracción administrativa, configurándose los principios de tipicidad y legalidad. Desde la óptica del derecho ambiental, el Código Orgánico de Ambiente ha recogido diversas infracciones ambientales, clasificadas según su impacto en leves, graves y muy graves; cada una de ellas contempla, como consecuencia jurídica por incumplimiento, la imposición de una sanción. Actualmente, en los casos que implican una sanción económica, debe realizarse un cálculo matemático para determinar la multa, el cual se basa en los ingresos brutos generados por el presunto responsable durante el año anterior, conforme a lo establecido por la autoridad competente. La finalidad del presente trabajo es conocer, de manera legal y práctica, cómo funciona lo establecido en la normativa vigente y la afectación al principio de proporcionalidad reconocido en el derecho administrativo. Asimismo, se busca proponer alternativas normativas dirigidas al legislador, que permitan atender la problemática jurídica identificada y contribuir a su solución.

Abstract

The sanctioning administrative procedure allows the public administration to exercise its public authority of control and sanction in response to conduct or omissions classified as administrative infractions, thereby establishing the principles of typicity and legality. From the perspective of environmental law, the Organic Environmental Code has incorporated various environmental infractions, which are classified according to their impact as minor, serious, or very serious. Each category entails a sanction as a legal consequence of non-compliance. Currently, in cases involving an economic sanction, a mathematical calculation must be carried out to determine the fine to be imposed by the competent authority, based on the gross income generated by the alleged offender in the previous year. The purpose of this study is to analyze, from both a legal and practical perspective, how the provisions of the current regulations operate and how they affect the principle of proportionality recognized in administrative law, with the aim of proposing legislative alternatives to address the identified legal issue.

Palabras clave

Derecho administrativo, derecho ambiental, procedimiento administrativo sancionador, infracción, proporcionalidad

Keywords

Administrative law, environmental law, sanctioning administrative procedure, infraction, proportionality

Introducción

El derecho público ha evolucionado paulatinamente en correspondencia con las diferentes temáticas que involucran la relación entre las administraciones públicas y los administrados o ciudadanos. En este contexto, el derecho administrativo se presenta como una ciencia fundamental para concebir y desarrollar la estructura orgánica y dogmática del Estado, así como la de los órganos que integran sus diferentes funciones, los cuales están regidos, de manera general, por los principios de seguridad jurídica y juridicidad.

Asimismo, la administración pública, para lograr el cumplimiento de sus fines, ha sido amparada por la ley para ejercer sus competencias en los distintos ámbitos, al igual que las potestades que la misma norma le concede como actor principal, a través del ejercicio de dichas competencias.

En particular, la potestad sancionadora de la administración constituye una facultad especial que le permite imponer sanciones administrativas a los administrados cuando incurrir en una falta. Esta se configura como una conducta u omisión que genera responsabilidad administrativa y que se enmarca en un presupuesto normativo que contiene una consecuencia jurídica expresamente prevista en la ley.

Las sanciones administrativas tienen como finalidad proteger el ordenamiento jurídico, al permitir que la administración controle objetivamente las actuaciones u omisiones que ocurren en el ámbito del derecho público. Este control debe ejercerse sin vulnerar los derechos fundamentales ni implicar un abuso del derecho, ya que las sanciones están debidamente tipificadas en la ley y aprobadas por el legislador.

Por otro lado, la normativa ambiental ecuatoriana, con la entrada en vigencia del Código Orgánico del Ambiente en el año 2017 y su reglamento general en 2019, ha marcado una diferenciación importante respecto de la dispersa normativa ambiental preexistente, permitiendo normar diversos conceptos y establecer mecanismos de protección, prevención y preservación dentro de su ámbito de aplicación.

En efecto, el Código Orgánico del Ambiente contempla un capítulo específico que regula de forma especial el procedimiento sancionador. Esto implica que se han tipificado infracciones administrativas leves, graves y muy graves, debidamente clasificadas según su impacto en el medio ambiente y considerando los criterios que la autoridad pública competente debe seguir para su imposición, conforme al principio de proporcionalidad.

A su vez, el Reglamento al Código Orgánico del Ambiente desarrolla con mayor detalle el procedimiento sancionador y su caracterización, especialmente para la imposición de sanciones de índole económica, sin perjuicio de otras sanciones aplicables en casos específicos, según el tipo de infracción administrativa que se logre identificar.

Por su parte, el Código Orgánico Administrativo, que entró en vigencia en 2018, se ha convertido en la normativa adjetiva general que regula el procedimiento sancionador y los principios aplicables al mismo. No obstante, la normativa ambiental anteriormente descrita se ha alineado con este cuerpo normativo, con la finalidad de configurarse como norma supletoria que permita suplir posibles vacíos legales.

Finalmente, el presente ensayo pretende explicar los conceptos preliminares del régimen sancionador desde un enfoque normativo, doctrinario y jurisprudencial, que permita entender su naturaleza y la aplicación de sus principios rectores dentro del derecho administrativo, así como su extensión a la materia ambiental. Todo ello con el propósito de arribar a una respuesta clara e imparcial sobre la proporcionalidad de las sanciones contempladas en esta normativa especial.

Procedimiento administrativo

De manera general, la definición de la palabra procedimiento es: “el conjunto de actos, diligencias y resoluciones que comprenden la iniciación, instrucción, desenvolvimiento, fallo y ejecución en una causa”¹. Por lo tanto, son las diferentes actuaciones que se siguen, ya sea, para un trámite judicial o administrativo que tienen un inicio y un fin con consecuencias jurídicas.

En cuanto al procedimiento administrativo podemos establecer que es aquel que se sustancia fuera del poder judicial, por lo que es conocido por órganos administrativos donde sus decisiones son impugnables en la vía judicial. Lo que quiere decir que son sustanciados por las administraciones públicas en el ámbito de sus competencias bajo un debido procedimiento administrativo y con las garantías establecidas en la Constitución de la República, el cual finaliza con la expedición de un acto administrativo debidamente fundamentado.

Procedimiento administrativo sancionador

La potestad sancionadora que emana del Estado surge de la autoridad que este tiene para administrar y gobernar dentro de un Estado de derecho, donde no se reputan penas ni delitos sino sanciones a los administrados. Dicha potestad radica en el *ius puniendi* o poder de castigar o reprimir el incumplimiento de los deberes de todo individuo con base en las normas preestablecidas en el ordenamiento jurídico, que le pertenece de manera exclusiva al Estado.

El propósito del procedimiento administrativo sancionador es proteger el interés general de manera indirecta y la finalidad es que los ciudadanos no realicen aquellas conductas que puedan provocar lesión a los derechos de los demás o lesión a los intereses colectivos². En consecuencia, la imposición de una sanción conforme al derecho administrativo sancionador implica un resultado lesivo concreto, ya sea por acción u omisión del administrado.

El ejercicio de la potestad sancionadora del Estado está sujeto al cumplimiento de varios principios constitucionales, unos correspondientes a la propia estructura del sistema sancionador y otros relativos a su dinámica. Como principios relativos a la propia estructura del sistema sancionador, a partir del reconocimiento de la potestad sancionadora a la administración, se encuentran los principios de legalidad, de tipicidad y de seguridad jurídica³.

La doctrina actual coincide en que el ejercicio de la potestad sancionadora está ligado a varios principios, muy próximos a los que rigen el derecho penal. Entre ellos se encuentra el principio de legalidad, en virtud del cual solo puede sancionarse una conducta cuando la ley ha descrito previamente, de forma genérica, las conductas sancionables, sus tipos y las sanciones aplicables a cada caso.

Principio de legalidad

La importancia del principio de legalidad en el derecho administrativo es indiscutible, ya que constituye su fundamento esencial. Todas las autoridades que integran el Estado deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y el derecho, dentro del marco de las facultades que les han sido atribuidas, con el fin de cumplir los objetivos que de estas se derivan.

“El principio de legalidad significa que los actos y comportamientos de la administración deben estar justificados en una ley previa, que preferible pero no necesariamente ha de ser de carácter general. Se trata, desde luego, del sometimiento en primer lugar a la Constitución y a la Ley del Poder Legislativo, pero también al resto del ordenamiento jurídico, por ejemplo, a las normas reglamentarias emanadas de la propia administración,

1. Guillermo Cabanellas, Diccionario jurídico elemental (Buenos Aires: Helastia, 2014), 24.

2. Carlos Gómez, Dogmática del Derecho Disciplinario (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019), 88.

3. Juan Santamaría Pastor, Principios del Derecho Administrativo (Buenos Aires: Astrea, 1978), 93.

lo que ha sido dado en llamar el 'bloque de la legalidad' o principio de juridicidad de la administración. Se ha evocado también la idea, no de un bloque, sino de una pirámide, lo que resulta adecuado en tanto resalta la necesaria jerarquía normativa existente entre las distintas fuentes del derecho que integran el ordenamiento jurídico administrativo y que consagran los diversos sistemas"⁴.

El autor precitado explica extensamente, y de manera acertada, la concepción del principio de legalidad y el debido respeto, tanto a la Carta Magna como a la ley, en el ejercicio de cualquier actividad administrativa por parte de quienes la integran.

En este sentido, el desarrollo histórico del principio de legalidad se apoya en la seguridad jurídica, en la medida en que ninguna autoridad pública puede sustraerse a la subordinación de sus actos a las leyes vigentes. Podemos decir que:

"El derecho administrativo moderno introdujo cambios sustanciales, que contribuyeron a 'civilizar' al poder. Este ya no puede concebirse como atributo personal de los gobernantes, sino como una función de éstos, función de naturaleza vicaria o comisaria, consistente en ejecutar los mandatos del Pueblo. Por eso, la administración está por definición misma al servicio del interés general"⁵.

En esta línea, se justifica el contenido vigente del artículo 76, numeral 3 de la Constitución de 2008⁶ y su importancia constitucional y normativa que alimenta al ordenamiento jurídico ecuatoriano. Este precepto resulta concordante con la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁷ y ha sido ratificado por la Corte Constitucional del Ecuador durante el periodo de transición, mediante sentencia de jurisprudencia vinculante N° 001-10-PJO-CC, dentro del caso N° 0999-09-JP, en el cual se señaló: "El principio de legalidad se sustenta en el respeto a las normas jurídicas y la administración efectiva de las mismas por parte de quienes ejercen autoridad".

En este sentido, el principio de legalidad ha tenido un desarrollo histórico y pragmático dentro del derecho administrativo, especialmente en relación con el ejercicio de la potestad sancionadora por parte de los poderes públicos. En el marco de los procedimientos administrativos sancionadores, dicho principio no puede ser ignorado, ya que constituye un elemento sustancial que coexiste con el derecho administrativo y es fundamental para su aplicación práctica.

Principio de tipicidad

El principio de tipicidad es otro pilar fundamental del procedimiento administrativo sancionador, sin el cual no sería posible determinar infracciones administrativas y su correspondiente sanción. La tipicidad consiste en la adecuación de la conducta u omisión del administrado a un presupuesto normativo que contempla una consecuencia jurídica, esto es, la sanción administrativa.

4. Agustín Gordillo, Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas (Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2012), 120-121.

5. José Valdivia, Manual de Derecho Administrativo (Madrid: Tirant Blanch, 2018), 55.

6. Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.

7. Artículo 9. Principio de Legalidad y de Retroactividad.- Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

“La tipicidad es, pues, la descripción legal de una conducta específica la que se conectará a una sanción administrativa. La especificidad de la conducta a tipificar viene de una doble exigencia: del principio general de libertad, sobre el que se organiza todo el Estado de derecho, que impone que las conductas sancionables sean excepción a esa libertad y, por tanto, exactamente delimitadas, sin ninguna indeterminación (y delimitadas, además, por la representación democrática de pueblo mediante las leyes; y, en segundo término, a la correlativa exigencia de la seguridad jurídica, que no se cumpliría si la descripción de lo sancionable no permitiese un grado de certeza suficiente para que los ciudadanos puedan predecir las consecuencias de sus actos. No caben, pues, cláusulas generales o indeterminadas de infracción, que no permitirían al órgano sancionador actuar con un extensivo arbitrio y no con el prudente y razonable que permitiría una especificación normativa”⁸.

Como lo explica acertadamente el autor precitado, la tipicidad permite a la autoridad competente, en un procedimiento administrativo sancionador, determinar si una conducta u omisión se configura como una infracción administrativa que merece sanción. En caso contrario, si la conducta no se adecúa al tipo o existen eximentes de responsabilidad debidamente demostrados, no corresponderá la imposición de una sanción administrativa.

El principio de tipicidad deviene de una concepción constitucional que también es reconocida en el artículo 76, numeral 3 de la Carta Magna, al igual que en el artículo 29 del Código Orgánico Administrativo, que reza:

“Artículo 29.- Principio de tipicidad. Son infracciones administrativas las acciones u omisiones previstas en la ley.

A cada infracción administrativa le corresponde una sanción administrativa.

Las normas que prevén infracciones y sanciones no son susceptibles de aplicación analógica, tampoco de interpretación extensiva”.

Como se describe, este principio se traduce en que no habrá una sanción sin una ley previa en la cual se encuentre especificada una conducta atípica por parte del administrador o del administrado.

Junto al principio de tipicidad se encuentra el principio de irretroactividad, que, a su vez, forma parte del procedimiento administrativo sancionador jugando un rol fundamental donde se deberá aplicar la norma que más favorezca al administrado. Esto es, la sanción menos grave o no sancionar cuando no se tipifique la infracción. Bajo esta premisa, ningún administrado podrá ser sancionado por una infracción administrativa que, al momento de su comisión, no se encontraba tipificada en el ordenamiento jurídico, aun cuando dicha conducta haya sido tipificada con posterioridad. El Código Orgánico Administrativo en su artículo 30 señala:

“Artículo 30.- Principio de irretroactividad. Los hechos que constituyen infracción administrativa serán sancionados de conformidad con lo previsto en las disposiciones vigentes en el momento de producirse.

Las disposiciones sancionadoras producen efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor”.

“Por otro lado, llama la atención el último inciso del artículo 30 que establece la posibilidad de aplicar retroactivamente las disposiciones sancionadoras en cuanto favorezcan al presunto infractor”⁹. La prohibición de la aplicación retroactiva de la norma jurídica, no solo

8. Eduardo García de Enterría y Fernández, *Curso de Derecho Administrativo* (Bogotá: Temis, 2008), 163.

9. Andrés Moreta, *Procedimiento Administrativo Sancionador en el COA* (Quito: Ediciones Continente, 2019), 260.

en materia sancionadora sino en todas las ramas del derecho, constituye una regla general, al tratarse de un principio ampliamente reconocido por la doctrina y el ordenamiento jurídico. Su sola invocación basta para que sea aplicable de forma directa, sin trabas de por medio.

Principio de proporcionalidad

Existen antecedentes del principio tanto en el pensamiento griego y romano como en el iusnaturalismo, el derecho inglés, el derecho americano y en los tribunales prusianos del siglo XVIII, los cuales buscaron limitar la potestad discrecional de la administración. También se encuentran antecedentes en los juristas alemanes del siglo XIX y principios del XX, quienes forjaron el derecho público de su país como una forma de proteger los derechos públicos subjetivos. Se sostiene, además, que fueron los tribunales alemanes, luego de la Segunda Guerra Mundial, quienes dieron forma definitiva al principio de proporcionalidad¹⁰.

En esta línea, el principio de proporcionalidad ha ido ganando espacio en el marco del derecho público, con el fin de proteger al administrado frente a posibles abusos que pudieran generarse por parte de la administración pública, lo cual se refleja en su desarrollo histórico.

En este contexto, resulta relevante comprender la noción de proporcionalidad, entendida como la exigencia de que la severidad de la sanción se adecúe a la gravedad de la infracción. Consecuentemente, para apreciar la proporcionalidad de una sanción, no solo debe analizarse la gravedad de la falta, sino también los objetivos de la sanción, considerando la importancia de los intereses que esta pretende proteger en cada caso concreto¹¹.

Es posible identificar la evolución maleable de este principio rector del procedimiento administrativo sancionador, ya que inicialmente se consideraba aplicable únicamente al ámbito penal. Sin embargo, los aportes jurisprudenciales del derecho continental europeo —particularmente del Consejo de Estado francés— facilitaron su incorporación al ámbito administrativo, en el ejercicio de las potestades estatales.

La doctrina ha contribuido a definir la pauta de la proporcionalidad como “aquello que guarda concordancia o equilibrio, es decir, que hay una correspondencia entre dos cosas”.¹² Dichas “dos cosas”, pueden entenderse como el hecho cometido y la sanción establecida como resultado directo de la infracción.

De esta manera, “el principio de proporcionalidad exige la existencia de un marco punitivo coherente y basado en una armónica articulación del total sistema de penas y medidas de seguridad en el estado que jacte de ser democrático de derecho y aspire a mantener el respeto a la constitucionalidad”¹³.

En el marco constitucional, nuestra Carta Magna en su artículo 76, numeral 6 establece:

“Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza”.

El Código Orgánico Administrativo en su artículo 16 preceptúa:

10. Pedro Jorge Corviello, El principio de proporcionalidad en el procedimiento administrativo, (Buenos Aires: Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina, 2011), 11.

11. Jacques Petit, “La proporcionalidad de las sanciones administrativas”, *Revista Digital de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia* 22, (2019): 367–397, [.https://www.redalyc.org/journal/5038/503860786014/html/102](https://www.redalyc.org/journal/5038/503860786014/html/102).

12. Josefa Fernández Nieto, J, El principio de proporcionalidad y derechos fundamentales: una visión desde el sistema europeo (Madrid: Dykinson, 2009), 95.

13. José Luna Castro, La proporcionalidad como principio limitador en la determinación e imposición de las penas, (Ciudad de México: UNAM, 2016) 12.

"Art. 16.- Principio de proporcionalidad. Las decisiones administrativas se adecúan al fin previsto en el ordenamiento jurídico y se adoptan en un marco del justo equilibrio entre los diferentes intereses. No se limitará el ejercicio de los derechos de las personas a través de la imposición de cargas o gravámenes que resulten desmedidos, en relación con el objetivo previsto en el ordenamiento jurídico".

La Corte Constitucional del Ecuador, mediante sentencia No. 2137-21-EP/21, se ha manifestado sobre la proporcionalidad:

"El principio de proporcionalidad constituye una de las garantías del debido proceso que actúa como un límite al poder punitivo, tanto al momento de configuración normativa de las distintas infracciones y sanciones, como en el de su aplicación durante el ejercicio concreto de la potestad sancionadora. En tal sentido, la proporcionalidad exige que exista una adecuada correspondencia entre la sanción y la conducta o categoría de conductas que se reprochan, para que esta no sea excesiva atendiendo a la gravedad de la infracción o innecesaria para la consecución de la finalidad de interés general".

De lo anterior se desprende que el principio de proporcionalidad exige, necesariamente, una correspondencia entre la infracción cometida y la sanción impuesta. Esto puede graficarse en el caso de una infracción leve, que debe conllevar una sanción de igual gravedad; imponer una sanción grave por una infracción leve resulta desproporcionado y contraviene tanto la línea jurisprudencial del máximo órgano de interpretación constitucional como la normativa previamente citada.

La proporcionalidad en la normativa ambiental ecuatoriana

El objeto del Código Orgánico del Ambiente es garantizar el derecho de las personas a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, así como proteger los derechos de la naturaleza para la realización del buen vivir o *sumak kawsay*¹⁴.

En consecuencia, el ejercicio de la potestad sancionadora busca el fortalecimiento de la gestión ambiental prevista en el Sistema Nacional Descentralizado de Gestión Ambiental, así como la correcta aplicación de la política pública ambiental. Para ello, se determinarán las infracciones administrativas, sus respectivas sanciones y el procedimiento administrativo que corresponda.

El artículo 300 del Código Orgánico del Ambiente dispone:

"Art. 300.- Proporcionalidad de las sanciones administrativas. La imposición de sanciones guardará la debida proporcionalidad entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada. A efecto de imponer la sanción correspondiente se tomará en cuenta el impacto o magnitud de la infracción, la capacidad económica del infractor y las atenuantes o agravantes existentes" (*énfasis añadido*).¹⁵

El artículo precedente dispone la aplicación directa de la proporcionalidad en las sanciones administrativas que derivan del régimen sancionador en materia ambiental. Adicionalmente, abarca otras variables como: impacto o magnitud de la infracción, capacidad económica del infractor y atenuantes o agravantes que procedan. La discrecionalidad de la administración queda reducida y, en estos casos ambientales, el órgano que ejerza la potestad sancionadora debe considerarlas para la imposición de las sanciones predefinidas en el propio cuerpo legal.

En este punto, se torna necesario comprender la metodología que se aplica por parte del funcionario sancionador al momento de dictar un acto administrativo donde se reconozca la responsabilidad administrativa ambiental. Para ello, deberá considerar los siguientes aspectos:

14. Ecuador, Código del Ambiente, Registro Oficial Suplemento 983 de 12 de abril de 2017, art. 1.

15. Ecuador, Código del Ambiente, Registro Oficial Suplemento 983 de 12 de abril de 2017, art. 1.

1. Tipo de infracción: leve, grave o muy grave.
2. Correlacionar la sanción administrativa procedente con el tipo de infracción administrativa imputable.
3. Conocer la capacidad económica del presunto responsable mediante consulta en línea al Servicio de Rentas Internas (SRI), para conocer los ingresos brutos correspondientes al ejercicio fiscal del año anterior del supuesto cometimiento de la infracción.
4. Valorar atenuantes o agravantes contemplados en la misma ley.

Las infracciones administrativas ambientales son toda acción u omisión que implique violación a las normas ambientales contenidas en este código. La propia normativa orgánica ha clasificado las infracciones administrativas en leves, graves o muy graves.

A saber, de manera ejemplificativa citamos lo señalado en el artículo 318, numeral 11:

“Art. 318.- Infracciones muy graves. Las siguientes infracciones se considerarán muy graves y se les aplicará, además de la multa económica, las siguientes:

11. El incumplimiento de los límites permisibles sobre vertidos, descargas y emisiones. Para esta infracción aplicará, según corresponda, la sanción contenida en el numeral 4 del artículo 320”.

El artículo 320, numeral 4 *ibídem* establece:

“Art. 320.- Sanciones. Son sanciones administrativas las siguientes:

4. Suspensión temporal de la actividad o del aval oficial de actuación”.

En el caso *sub examine*, se identifica que el administrado u operador de la actividad habría incumplido la normativa específica sobre los límites establecidos en el marco de vertidos, descargas y emisiones. Cabe puntualizar que esto va a depender de la actividad productiva que realice el operador y, en función de ello, y de lo determinado en su autorización ambiental, se verifica el posible incumplimiento.

La Autoridad de Control (autoridad ambiental competente) realiza el análisis técnico correspondiente y emite un informe, el cual es puesto en conocimiento del operador para que presente los descargos oportunos y adopte las medidas correctivas que correspondan. De igual manera, dicho informe se remite al funcionario instructor para valorar el posible inicio de un procedimiento administrativo sancionador.

En supuesto de que se inicie dicho procedimiento, deberán aplicarse las reglas especiales contenidas en el Código Orgánico del Ambiente y su reglamento. De manera supletoria, se podrá recurrir al procedimiento general previsto en el Código Orgánico Administrativo, con el fin de solventar posibles vacíos normativos y asegurar el cumplimiento de las solemnidades y garantías propias del debido procedimiento administrativo.

Durante la sustanciación del procedimiento sancionador, la administración pública deberá garantizar el derecho a la defensa y la seguridad jurídica del administrado. El desarrollo de cada etapa procesal —desde la comparecencia hasta la etapa probatoria y la expedición del dictamen— no debe vulnerar ni transgredir los derechos que le asisten.

Culminada la fase instructora, corresponde al órgano o autoridad sancionadora analizar y evaluar todo lo actuado, con el fin de estructurar su criterio jurídico respecto al procedimiento. En virtud de ello, podrá expedir el acto administrativo que imponga, o no, una sanción al administrado.

El funcionario sancionador, en los casos de imposición de multa económica —aplicable en la mayoría de las infracciones ambientales—, debe realizar un cálculo matemático utilizando una fórmula sencilla, pero de obligatorio cumplimiento, para determinar el valor económico de la sanción una vez reconocida la responsabilidad administrativa. A continuación, se explica brevemente:

1. El funcionario sancionador considera que existe responsabilidad administrativa.
2. La infracción administrativa imputada es haber sobrepasado el límite de parámetros en la descarga de efluentes de la actividad productiva, con sustento en el informe técnico correspondiente.
3. En este caso, son aplicables la multa económica y, de ser procedente, la suspensión de la actividad. Se trata, por tanto, de sanciones administrativas concurrentes.
4. Para el cálculo de la multa económica, el funcionario sancionador deberá aplicar los criterios de proporcionalidad establecidos en el artículo 300 del Código Orgánico del Ambiente. No existe margen para la discrecionalidad administrativa, ya que el legislador ha previsto que, en materia ambiental, la potestad sancionadora sea de carácter reglado. En este sentido, deberá:
 - a. Valorar el impacto de la infracción y la sanción correspondiente.
 - b. Clasificar al operador dentro de un grupo económico, según su capacidad económica, calculada en función de los ingresos brutos del año anterior al cometimiento de la infracción, conforme a la fracción básica gravada. Esta información será proporcionada por el Servicio de Rentas Internas (SRI), mediante los servicios en línea disponibles para cada caso.¹⁶
 - c. Considerar los atenuantes y agravantes que pudieran corresponder en el caso concreto. De manera general, estos se configuran al verificar si existe reincidencia en la infracción o si esta ha sido cometida por primera vez. En caso de proceder un atenuante, se reducirá el valor de la multa económica inicial en un 50%; en cambio, si se aplica un agravante, se incrementará en un 50 % dicho valor.

Consiguientemente, el funcionario sancionador tiene un rol fundamental en la motivación del acto administrativo que impone la sanción en materia ambiental, ya que debe seguir los lineamientos descritos en líneas anteriores para cumplir con la proporcionalidad. Para ello, debe estructurar sus argumentos de manera que el presupuesto fáctico guarde una relación coherente y directa con el presupuesto normativo, permitiendo así fundamentar jurídicamente su decisión.

El Reglamento al Código Orgánico del Ambiente en su artículo 830 dispone:

“Art. 830.- Finalidad del procedimiento sancionador.- El procedimiento administrativo sancionador tiene por finalidad:

a) Determinar y sancionar el cometimiento de infracciones ambientales, y;

b) Determinar la inexistencia o existencia de daño ambiental y, en este caso, ordenar la ejecución de las medidas de reparación integral necesarias”.

16. Art. 323 .- Capacidad económica. La capacidad económica se determinará en base de los ingresos brutos obtenidos por las personas naturales o jurídicas, registradas en la declaración del Impuesto a la Renta del ejercicio fiscal anterior al del cometimiento de la infracción y se ubicarán en alguno de los siguientes cuatro grupos:

1. Grupo A: cuyos ingresos brutos se encuentren entre cero a una fracción básica gravada con tarifa cero para el impuesto a la renta de personas naturales.
2. Grupo B: cuyos ingresos brutos se encuentren entre una a cinco fracciones básicas gravadas con tarifa cero para el impuesto a la renta de personas naturales.
3. Grupo C: cuyos ingresos brutos se encuentre entre cinco a diez fracciones básicas gravadas con tarifa cero para el impuesto a la renta de personas naturales.
4. Grupo D: cuyos ingresos brutos se encuentren en diez fracciones básicas gravadas con tarifa cero para el impuesto a la renta de personas naturales, en adelante.

Las personas naturales que no tengan la obligación legal de presentar la declaración del impuesto a la renta, serán parte del Grupo A.

El reglamento complementa de manera eficaz la normativa orgánica y, en la práctica, facilita la comprensión del mecanismo de aplicación de las multas económicas como sanciones administrativas en una materia tan específica y poco explorada. Además, permite entender de manera sucinta las consideraciones básicas para el cálculo de la multa por infracciones ambientales, a partir del artículo 840 y siguientes.

La normativa ambiental vigente contempla un régimen sancionador especial, al que se aplica supletoriamente el previsto en el Código Orgánico Administrativo. Este régimen ha acogido el principio de proporcionalidad como rector en el cálculo de las multas económicas por infracciones administrativas. Dicha determinación ha sido expresamente regulada por el legislador, limitando el ejercicio de la discrecionalidad por parte de la administración pública.

A diferencia de otros ámbitos en los que la autoridad puede elegir, entre varias alternativas, la que mejor satisfaga el interés público, en el régimen sancionador ambiental el cálculo de la multa es reglado. Esta restricción representa una diferencia relevante respecto de otros procedimientos sancionadores.

Conclusiones

El legislador ha precisado una metodología de imposición de sanciones administrativas ambientales no común en comparación a otras materias que norman el procedimiento administrativo sancionador. Esto amerita una preparación técnica y jurídica al funcionario sancionador quien debe desempeñar su cargo de manera precisa y valorar todo el trámite explicado para determinar la multa económica aplicable a cada caso.

En este estado, clasificar a los presuntos responsables en grupos económicos de acuerdo al total de sus ingresos brutos del año anterior del cometimiento de la infracción no es proporcional. Esto se debe a que los ingresos brutos no consideran los gastos, sino que se enfocan únicamente en el monto ingresado por la persona natural o jurídica, sin reflejar de manera adecuada su verdadera situación económica.

Por otro lado, a partir de lo expuesto en este trabajo, resulta remarcable la concepción que adquiere el procedimiento administrativo sancionador dentro del derecho ambiental, al incorporar principios fundamentales como la legalidad y la tipicidad dentro de su estructura normativa, en coherencia con el marco legal vigente y aplicable.

En conclusión, y en respuesta a la interrogante planteada al inicio de este ensayo, se sostiene que el régimen sancionador en materia ambiental no cumple con el principio de proporcionalidad, por las razones que han sido ampliamente desarrolladas y fundamentadas a lo largo del presente trabajo.

Por tanto, esta problemática invita a realizar precisiones jurídicas que permitan avanzar hacia reformas legislativas orientadas a corregir los desequilibrios identificados, especialmente tras siete años de vigencia del Código Orgánico del Ambiente y su reglamento. Si bien ambos cuerpos normativos han sido bien concebidos, la experiencia práctica demuestra que ha llegado el momento de reforzar el cumplimiento efectivo del principio de proporcionalidad previsto en el artículo 300 del Código Orgánico del Ambiente.

Referencias

- Cabanellas, G. *Diccionario jurídico elemental*. Helastia, 2014.
- Castro, L. *La proporcionalidad como principio limitador en la determinación e imposición de las penas*. 2016. http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20160408_03.pdf.
- Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 2137-21-EP/21 de 29 de septiembre de 2021. https://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBlD-GE6J3RyYW1pdGUnLCB1dWlkOic1NDAzMjFkOC00Y2MwLTQwMWQtOGM5Ni01MTU-2YWY2ZmVjZWUucGRmJ30=
- Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 001-10-PJO-CC de 21 de diciembre de 2010. Ecuador, Código Orgánico Administrativo. Suplemento No. 31 del Registro Oficial, 07 de julio de 2017.
- Ecuador, Código Orgánico del Ambiente. Suplemento No. 983 del Registro Oficial, 12 de abril de 2017.
- Ecuador, Constitución de la República del Ecuador. Suplemento No. 449 del Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.
- Ecuador, Reglamento al Código Orgánico del Ambiente. Suplemento No. 507 del Registro Oficial, 12 de junio de 2019.
- García de Enterría y Fernández, Eduardo. «Curso de Derecho Administrativo.» 163. Bogotá: Temis, 2008.
- Gómez, Carlos. *Dogmática del Derecho Disciplinario*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019.
- Gordillo, Agustín. *Fundación de Derecho Administrativo*. 1 de Julio de 2024. https://www.gordillo.com/pdf_tomo11/secc5/despues6.pdf.
- Jorge Corviello, Pedro. «El principio de proporcionalidad en el procedimiento administrativo.» Buenos Aires: Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina, 2011.
- Moreta, Andrés. «Procedimiento Administrativo Sancionador en el COA.» 260. Quito: Ediciones Continente, 2019.
- Fernández Nieto, J. *El principio de proporcionalidad y derechos fundamentales: una visión desde el sistema europeo*. Madrid: Dykinson, 2009.
- Petit, Jacques. «Revista Digital de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia.» 2019. <https://www.redalyc.org/journal/5038/503860786014/html/>.
- Santamaría Pastor, Juan. *Principios del Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Astrea, 1978.
- Valdivia, José. «Manual de Derecho Administrativo.» 43. Madrid: Tirant Blanch, 2018.



DEVOIR
ESTUDIO JURÍDICO

Naturaleza jurídica del servidor público de elección popular en Ecuador: el caso de Verónica Abad

Legal Nature of the Public Servant of Popular Election in Ecuador: The Case of Verónica Abad

Alex Santiago Calderón Cajamarca
acalderonc5@est.ups.edu.ec

Resumen

El análisis de la naturaleza jurídica de los servidores públicos en Ecuador, con énfasis en las autoridades de elección popular, permite esclarecer los límites y derechos que rigen sus funciones. La relevancia del caso examinado radica en la necesidad de interpretar con rigor estos principios, evitando distorsiones que puedan afectar la estabilidad institucional y el ejercicio legítimo del poder. A través de un enfoque interpretativo y analítico, se estudia la concepción funcional doctrinaria de quienes ejercen la función pública, así como las disposiciones constitucionales e internacionales pertinentes y la viabilidad de aplicar la normativa común de la administración pública a los funcionarios electos, mediante el análisis del caso de Verónica Abad. Los hallazgos muestran que su suspensión por resolución administrativa carece de validez y competencia, en contraste con mecanismos específicos como el juicio político y el referéndum revocatorio. Aunque la norma pertinente unifica el concepto de servidor público, las autoridades electas requieren un tratamiento diferenciado. Los procedimientos administrativos ordinarios no pueden extenderse de manera irrestricta a estos actores, en tanto que tales causales no están previstas como motivos de cesación o ausencia temporal del cargo. Se concluye que la aplicación indiscriminada de sanciones ajenas al marco constitucional compromete la seguridad jurídica y el debido proceso, exigiendo una interpretación que respete la naturaleza y los fines del derecho, sin distorsionarlo por conveniencia.

Abstract

The analysis of the legal nature of public servants in Ecuador, with a focus on popularly elected authorities, helps clarify the limits and rights that govern their roles. The significance of the case lies in the need for a rigorous interpretation of these principles, avoiding distortions that could undermine institutional stability and the legitimate exercise of power. Using an interpretive and analytical approach, the study explores the doctrinal-functional perspective of those who exercise public functions, as well as relevant constitutional and international provisions, and assesses the appropriateness of applying general public administration regulations to elected officials, through the case of Verónica Abad. The findings reveal that her suspension through an administrative resolution lacks legal validity and jurisdiction, contrasting with constitutionally established mechanisms such as impeachment and recall referendum. Although the applicable legislation unifies the concept of public servant, elected authorities require differentiated treatment. Ordinary administrative procedures cannot be indiscriminately applied to these actors, as such causes are not recognized as grounds for removal or temporary absence from office. The study concludes that the indiscriminate application of sanctions outside the constitutional framework undermines legal certainty and due process, calling for an interpretation that respects the nature and purpose of the law without distorting it for convenience.

Palabras Clave

Servidores públicos, Ley Orgánica de Servicio Público, Verónica Abad, elección popular, sanciones administrativas, marco normativo

Keywords

Public servants, Organic Law of Public Service, Verónica Abad, Popular election, Natural judge, legal framework

Introducción

La esencia del Estado, como forma de organización política, se funda en el carácter plural que cumple su articulación, donde los servidores públicos rinden un papel imprescindible. Así, la administración y gestión de las funciones estatales no pueden ser llevadas a cabo por una sola persona, ni siquiera en los regímenes en los que la igualdad no es un principio efectivo. Los servidores públicos no solo ejecutan tareas, sino que encarnan la operatividad de los principios que rigen sobre un Estado. Es decir, aseguran la continuidad del orden institucional y, a su vez, responden a necesidades públicas.¹

En los Estados constitucionales democráticos organizados en forma de repúblicas, como Ecuador, uno de los principios fundamentales es la desconcentración y separación del poder monopolístico.² Aquello resuena con la teoría del contrato social de Rousseau, en la que se pueden distinguir dos dimensiones inseparables: una activa, basada en el compromiso y la participación directa de los individuos en la política; y una pasiva, que implica la aceptación y el respeto al pacto colectivo. Desde esta perspectiva, el ciudadano tiene la posibilidad de acceder al poder y también el deber de contribuir activamente a su ejercicio. Nótese el rol de servicio en ambas posiciones, constituyéndose así la figura del servidor público.

El Estado ecuatoriano acoge estos principios, en tanto las instituciones del sector público se sostienen gracias a la labor de los servidores públicos. Los mismos, bajo el marco constitucional y el ordenamiento jurídico aplicable, asumen la responsabilidad de organizar, administrar y ejecutar las funciones esenciales del aparato estatal, reflejando los principios de servicio, participación y compromiso con el bien común. Empero, en toda legislación existe distinción entre los diferentes tipos de servidores públicos que, aunque necesaria para especificar y detallar un catálogo de sus derechos y deberes de acuerdo con el marco normativo al que pertenezcan, implica un ejercicio hermenéutico para atender las confusiones y controversias que surgen.

El controvertido caso de la suspensión de Verónica Abad, vicepresidenta constitucional del Ecuador (2023-2025),³ en virtud de la aplicación de una normativa unificada para el régimen de servidores públicos, ha suscitado interrogantes sobre la aplicabilidad de las mismas normativas a las autoridades electas por sufragio popular y a aquellas que no.⁴ Los hechos ocurridos y los problemas jurídicos que de ellos se derivan serán el objeto de un análisis estrictamente objetivo mediante una metodología interpretativa y analítica, con el fin de dilucidar las implicaciones jurídicas que este caso plantea.

De este modo, se pretende contribuir al debate sobre los alcances del régimen aplicable a los servidores públicos y la diferenciación de algunos de ellos, cuya naturaleza exige ser delimitada considerando las posibles tensiones entre legalidad, legitimidad y justicia en el ejercicio de sus funciones.

1. Félix Sarría, "Los funcionarios públicos", *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba* 20, n.o 5-6 (1933): 115, <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/REUNC/article/view/6525>

2. Rodrigo Borja, *Derecho Político y Constitucional* (Quito: Casa de la Cultura Ecuatoriana), 185.

3. Redacción El Universo, "Daniel Noboa y Verónica Abad, declarados oficialmente presidente y vicepresidenta de Ecuador", *El Universo*, 5 de noviembre de 2023, párr. 1, <https://www.eluniverso.com/noticias/politica/elecciones-presidenciales-ecuador-2023-daniel-noboa-azin-veronica-abad-rojas-presidencia-de-la-republica-consejo-nacional-electoral-tribunal-contencioso-electoral-electos-nota/>

4. Ana Cañizares, "Gobierno de Ecuador suspende a vicepresidenta Verónica Abad por 150 días en medio de una ola de críticas", *CNN en Español*, 9 de noviembre de 2024, párr. 1, <https://cnnespanol.cnn.com/2024/11/09/gobierno-de-ecuador-suspende-vicepresidenta-veronica-abad-orix>

Desarrollo

El enfoque adoptado es progresivo, lo que permite una comprensión integral de la cuestión jurídica en examen. Aquello exige iniciar con una indagación doctrinal que aclare acepciones, diferencias y distinciones esenciales entre definiciones. Tras este esclarecimiento preliminar, es imprescindible adentrarse en el andamiaje jurídico fundamental, explorando la proyección constitucional y supranacional. Finalmente, solo agotados estos elementos, es posible examinar la fundamentación y procedencia de las resoluciones adoptadas en el caso específico.

Aproximación doctrinal de la significación y clasificación de los servidores públicos

La noción de servidor público ha sido materia de múltiples designaciones teóricas y dogmáticas, reflejando tanto la diversidad de enfoques normativos como la evolución del aparato estatal y sus dinámicas de poder. En términos generales, suele identificarse como servidor o trabajador público a toda persona que ejerce funciones dentro del Estado de manera retribuida. Empero, la doctrina especializada ha desarrollado definiciones que buscan precisar roles dentro del aparato estatal.

Así, el término funcionario público se usa para referirse a quienes ejercen potestades estatales en virtud de la ley, mientras que empleado público se utiliza comúnmente para aquellos que desempeñan funciones dentro de la administración bajo un esquema reglado.⁵ A su vez, el término obrero comúnmente se reserva para quienes desempeñan labores manuales y productivas en el sector público, generalmente bajo un régimen laboral diferenciado.

En última instancia, estos términos guardan una estrecha relación y en ciertos contextos pueden considerarse sinónimos. Su uso responde a necesidades normativas de distinción, pero en general no se trata de diferencias ontológicas, sino de clasificaciones jurídicas funcionales. Lo relevante no es la denominación empleada, sino el régimen normativo al que están sujetos.

Desde una perspectiva analítica y teórica, la doctrina clasifica a los servidores públicos con base en dos elementos fundamentales: la legitimidad de origen y la naturaleza de las funciones que ejercen dentro del aparato estatal.⁶ En primer lugar, están los servidores con funciones exclusivamente técnicas y operativas, quienes acceden a la función pública mediante procesos de selección, nombramiento o designación. Su labor está orientada a la prestación de servicios, al funcionamiento y la ejecución o asistencia de procesos estatales.⁷ En segundo lugar, se hallan los servidores públicos investidos de representación popular, cuya legitimación proviene del sufragio. Su función esencial es la representación popular a través del ejercicio de sus atribuciones.

Esta distinción sugiere un tratamiento con las implicaciones específicas para cada grupo, esto es, normativas abismalmente diferentes entre ellas, especialmente en aquellos casos en los que su naturaleza institucional y sus atribuciones los sitúan fuera de los marcos ordinarios de regulación.

5. Félix Sarría, "Los funcionarios públicos", 116.

6. Legitimidad de origen se refiere a la forma en que un servidor público accede al cargo, ya sea por elección, concurso de méritos o nombramiento, asegurando que el acceso se realice conforme a la ley y los principios democráticos. Legitimidad de ejercicio alude a la manera en que dicho servidor desempeña sus funciones, cumpliendo con los principios que derivan de su legitimidad de origen y su régimen normativo laboral.

7. Xavier Bosch, "La diversidad de regímenes jurídicos de los empleados públicos: Especial referencia al personal laboral", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n.o 13 (2011): 132, <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5547437.pdf>

Marco jurídico fundamental en la regulación de los servidores públicos y la representación popular

El artículo 229 de la Constitución ecuatoriana define a los servidores públicos como “todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público”.⁸ La definición adoptada por el constituyente es amplia e inclusiva, y se alinea con la doctrina al agrupar a quienes ejercen funciones estatales, sin perjuicio de los regímenes específicos que correspondan según su naturaleza. Esto responde a la imposibilidad de encasillar en un único concepto a la diversidad de servidores vinculados a la administración pública bajo regímenes jurídicos diferenciados.

El marco jurídico de los servidores de elección popular emana directamente de la Constitución. Es decir, están sujetos a un conjunto de normas constitucionales taxativas y claramente delineadas, que regulan desde su proceso de elección hasta las responsabilidades y sanciones inherentes a su cargo. Esta precisión normativa refleja una distinción categórica frente a otros tipos de servidores públicos. Las disposiciones constitucionales implican un espíritu de especialidad que confiere jerarquía única y superior, distante de la normativa que rige a los servidores públicos sujetos a relaciones laborales más convencionales.

La heterogeneidad de los cargos públicos de elección popular exige un tratamiento diferenciado para quien ejerza la presidencia y vicepresidencia de la República en lo concerniente a su control, evaluación y sanción. Estas disposiciones encuentran su esencia en el “derecho al debido proceso en la garantía a ser juzgado por juez competente y natural, recogido en el artículo 76 numeral 3 y 7 literal k) de la Constitución”,⁹ donde se establece que toda persona debe ser juzgada por jueces previamente establecidos por la ley. Además, debe existir jurisdicción y competencia determinadas antes del inicio del proceso.¹⁰ Este principio resulta fundamental en el régimen normativo de quienes ejercen funciones de representación popular. El juez natural y competente de quien ejerce como presidente o vicepresidente de la República —y, en general, de todo servidor público elegido por sufragio— es el pueblo al que representan y dirigen, quien, a través de mecanismos democráticos como el referéndum revocatorio, ejerce su potestad sancionadora. También lo es la Asamblea Nacional, que, en su calidad de órgano representativo, tiene la facultad de ejercer control político y sancionar.

El artículo 106 de la Constitución regula el referéndum revocatorio, mientras que los artículos 129 y 130 el control y juzgamiento al presidente y vicepresidente por parte de la Asamblea Nacional.¹¹ Existen otras disposiciones constitucionales relativas a las funciones y sucesión presidencial; sin embargo, en lo que respecta a la sujeción a una autoridad para efectos de control y sanción, los casos mencionados son los relevantes.

A nivel supranacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha analizado el régimen normativo de los representantes de elección popular. En el caso *Petro Urrego vs. Colombia*, el Tribunal determinó que:

8. Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Suplemento del Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 229.

9. Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia No. 1758-15-EP/20”, *Caso No. 1758-15-EP*, 25 de noviembre de 2020, párr. 44, https://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/eyJjYXJwZXRhIjoidHJhbWl0ZSIsInV1aWQiOiI3YWZjMTJlYy04MDUyLTQyYjltOGMwNS03MGQyNzY5MDImM-GYucGRmIn0=

10. La jurisdicción es el poder único e indivisible del Estado para administrar justicia a través de sus jueces, sin que esta pueda ser fraccionada o repartida. En cambio, la competencia es la delimitación funcional de esa jurisdicción, estableciendo qué juez tiene la facultad de conocer y resolver un caso específico. De este modo, mientras todos los jueces poseen jurisdicción, no todos tienen competencia para intervenir en cualquier asunto, ya que esta se distribuye según normas previamente establecidas. Adolfo Alvarado, “Jurisdicción y Competencia”, *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal* 3, n.o 3 (2015): 36-37, https://gc.scalahed.com/recursos/files/r161r/w24803w/Jurisdiccion_y_Competencia_AAV.pdf

11. Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, arts. 106, 129 y 130.

las sanciones de destitución e inhabilitación de funcionarios públicos democráticamente electos por parte de una autoridad administrativa disciplinaria, en tanto restricciones a los derechos políticos no contempladas dentro de aquellas permitidas por la Convención Americana, son incompatibles no solo con la literalidad del artículo 23.2 de la Convención, sino también con el objeto y fin del mismo instrumento.¹²

El artículo citado por la CIDH, perteneciente a la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José), norma el ejercicio de los derechos políticos y oportunidades mediante la ley. Se establece que estos pueden ser regulados mediante razones que, en definitiva, no perjudiquen, aminoren o supriman su ejercicio.¹³ Así, los procedimientos establecidos por la Constitución para el control y sanción de los representantes electos responden, además, al correcto ejercicio de dichos derechos, lo que fundamenta su especialidad, que no puede ser ignorada ni sustituida.

Procedencia y aplicabilidad del régimen del servicio público general a dignatarios de elección popular a partir del caso específico

Verónica Abad fue suspendida de su cargo de vicepresidenta, temporalmente y sin goce de remuneración por 150 días,¹⁴ mediante una “resolución de sumario administrativo MDT-SS-CRSSP-DRSASP-SA2024-001 (0868) (‘resolución’), de 8 de noviembre de 2024, dictada por la directora de la Dirección de Recursos y Sumarios Administrativos del Servicio Público del Ministerio del Trabajo”.¹⁵ Esta sanción fue principalmente sustanciada bajo la Ley Orgánica de Servicio Público (LOSEP), la normativa ecuatoriana que regula el régimen laboral, los derechos y las obligaciones de los servidores públicos en el país. En su artículo 4, define a los servidores públicos de la misma manera que lo hace la Constitución, sin establecer una diferenciación específica entre los funcionarios de elección popular y aquellos que acceden a la función pública mediante nombramiento.¹⁶

Si bien la LOSEP menciona a los servidores de elección popular, no los regula de manera expresa. De hecho, los servidores del primer grupo —es decir, aquellos que ejercen funciones técnicas y operativas— están delimitados con mayor precisión, por ejemplo, en el artículo 17 de la norma, el cual establece los tipos de nombramientos: permanentes, provisionales, de libre nombramiento y remoción, y de período fijo.¹⁷

Sin embargo, aquello no determina un régimen normativo aplicable a todas las categorías de servidores, más bien sugiere una especialización en los del primer grupo. Empero, el artículo 83 de la LOSEP excluye de la carrera del servicio público a quienes ejercen funciones de dirección política y administrativa, a los dignatarios de elección popular, entre otros —esto implica que incluso en los funcionarios del primer grupo existen exclusiones—. Además, señala que estos funcionarios no están sujetos a los procesos de evaluación de desempeño

12. Corte Interamericana de Derechos Humanos, “SENTENCIA DE 8 DE JULIO DE 2020 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Petro Urrego Vs. Colombia*, 8 de julio de 2020, párr. 98, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_406_esp.pdf

13. Organización de los Estados Americanos, Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), 1969, art. 23.

14. Ecuador, *Resolución De Sumario Administrativo No. MDT-SSCRSSP-DRSASP-SA2024-001(0868)*, Plan V, 8 de noviembre de 2024, numeral 4, <https://planv.com.ec/wp-content/uploads/2024/11/BOLETA-RESOLUCION-Nro.-MDT-SSCRSSP-DRSASP-SAPE-2024-001-signed.pdf>

15. Corte Constitucional del Ecuador, “Auto Resolutivo de la Causa 85-24-IN”, *Acción Pública de Inconstitucionalidad*, 29 de noviembre de 2024, párr. 1, <https://www.corteconstitucional.gob.ec/wp-content/uploads/2024/12/85-24-IN.pdf>

16. Ecuador, *Ley Orgánica de Servicio Público*, Suplemento 294 del Registro Oficial, Suplemento, 06 de octubre de 2010, artículo 4.

17. *Ibid.*, artículo 17.

previstos en la LOSEP, sino a sus propias normativas.¹⁸ En una interpretación sistemática, el espíritu de esta disposición también sugiere que procedimientos disciplinarios y las causales de remoción de estas autoridades tampoco dependen prioritariamente de las normativas específicas establecidas para cada función o institución.

Este criterio responde al principio *lex specialis derogat legi generali*, según el cual una norma especial prevalece sobre una norma general. De lo contrario, admitir que una autoridad administrativa disciplinaria del Ministerio del Trabajo pudiera sancionar, por ejemplo, a un juez de los tribunales de justicia, transgrediría el principio de especialidad normativa. Esto no solo implicaría una usurpación de funciones del Consejo de la Judicatura, sino que además representaría una vulneración de la separación de poderes, elemento esencial de toda república. No obstante, la LOSEP puede aplicarse de manera complementaria y subsidiaria en aquellos aspectos no regulados expresamente por la normativa especial correspondiente.

Por ello, la LOSEP no puede considerarse un régimen normativo transversal para los servidores públicos electos mediante voto popular. Incluso su aplicación supletoria sería jurídicamente riesgosa, ya que permitiría a órganos administrativos interferir en la estructura institucional y en la estabilidad de los funcionarios electos. De la misma manera, otras normativas del mismo orden, como la Ley Orgánica de Servicio Exterior —aun cuando estos servidores ejerzan funciones relacionadas con dicha ley—, no tienen efectos vinculantes sobre ellos.

Los mecanismos sancionatorios aplicables a los funcionarios de elección popular son los mencionados en la sección previa, es decir, se encuentran detallados en la Constitución. La normativa infraconstitucional especifica estos procedimientos en la Ley Orgánica de la Función Legislativa, en la sección cuarta del capítulo octavo (artículos 86 al 95), que establece el procedimiento del juicio político.¹⁹ Por su parte, la Ley Orgánica Electoral, Código de la Democracia dispone el procedimiento de referéndum revocatorio en la sección cuarta del capítulo cuarto (artículos 199 al 201).²⁰ En consecuencia, estas son las únicas disposiciones que pueden aplicarse para determinar responsabilidades políticas y sanciones de quienes ejerzan la presidencia y vicepresidencia de la república.

Además, la Corte Constitucional del Ecuador, en respuesta a la consulta de norma sobre la posibilidad de iniciar un procedimiento sumario administrativo en contra de un funcionario público de elección popular de la Función Ejecutiva, concluyó que:

la creación de un procedimiento sumario administrativo a través del cual una autoridad administrativa tenga la facultad de suspender o destituir a funcionarios públicos de elección popular de la Función Ejecutiva es incompatible con el derecho a elegir y ser elegido (reconocido en el artículo 61 numeral 1 de la Constitución), con las causales taxativas de cesación de funciones y destitución de la o el presidente y vicepresidente de la República (establecidas en el artículo 145 en conexión con el artículo 149 de la Constitución) y con las causales taxativas de ausencia temporal de la o el presidente y vicepresidente de la República (establecidas en el artículo 146 en conexión con el artículo 150 de la Constitución).²¹

Así, la Corte ratificó que la destitución o suspensión de un funcionario electo mediante mecanismos administrativos vulnera los principios constitucionales y los derechos políticos fundamentales. Como resultado, este órgano decidió emitir sentencia aditiva del Acuerdo

18. *Ibid.*, artículo 83.

19. Ecuador, *Ley Orgánica de la Función Legislativa*, Suplemento 642 del Registro Oficial, 27 de julio de 2009, artículo 86-95.

20. Ecuador, *Ley Orgánica Electoral, Código De La Democracia*, Suplemento 578 del Registro Oficial, Suplemento, 27 de abril de 2009, artículo 199-201.

21. Corte Constitucional, "Sentencia No. 20-24-CN/25", *Caso No. 20-24-CN*, 09 de enero de 2025, párr. 74, https://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBlDGE6J3RyYW1pdGUUnLCB1dWlkOic1MzJkOGFjMS1kOGQ0LTRiNTEtODM2Yy04MTZjODIhZGYxNzUucGRmJ30=

Ministerial MDT2024-175, donde se excluye del ámbito de aplicación de dicho acuerdo a los funcionarios públicos de elección popular,²² expresando textualmente la diferenciación advertida durante este estudio.

Por ello, la aplicación del procedimiento administrativo disciplinario en este caso, con la consiguiente suspensión del cargo sin goce de remuneración, no solo constituye una extralimitación competencial del órgano que emitió la resolución, sino que también contradice el diseño constitucional del régimen de responsabilidades de las autoridades de elección popular. Además, esta medida afecta el ejercicio efectivo de los derechos políticos, vulnerando la seguridad jurídica, tanto en el respeto a la Constitución como en la exigencia de normas previas, claras y públicas.²³ Asimismo, transgrede el debido proceso, particularmente en su garantía de ser juzgado por un juez natural y competente.²⁴

Conclusiones

La naturaleza jurídica de los servidores públicos que acceden a sus funciones por elección popular exige un tratamiento diferenciado y especial en la interpretación y aplicación del régimen normativo. Tanto la Constitución ecuatoriana como la Ley Orgánica de Servicio Público (LOSEP) establecen un marco general que, si bien unifica el concepto de servidor público, no puede ser entendido de manera absoluta ni aplicada de forma homogénea. El principio de especialidad impone la necesidad de regímenes diferenciados, fundamentados en la forma de acceso al cargo y las funciones que cada servidor desempeña dentro del aparato estatal, en concordancia a las demandas doctrinales y jurisprudenciales, que buscan garantizar la efectividad de los sistemas democráticos y el respeto por los derechos fundamentales, atendidos de manera nacional e internacional.

El análisis normativo ha demostrado que los procedimientos administrativos, como el utilizado en el caso de Verónica Abad, no pueden ser aplicados de manera irrestricta a las autoridades electas por sufragio popular. Estas autoridades se encuentran sujetas a mecanismos de control específicos que son establecidos por la Constitución y otras leyes orgánicas, como la Ley Orgánica de la Función Legislativa y la Ley Orgánica Electoral. De hecho, en la normativa constitucional se establece que la potestad sancionadora recae sobre el pueblo y la Asamblea Nacional, quienes, mediante procedimientos como el referéndum revocatorio o el juicio político, ejercen su control de manera explícita y dentro de los marcos legales previstos para ello.

El hecho de que las causales de cesación de funciones y destitución, así como de la ausencia temporal de estos dignatarios, estén estrictamente delimitadas en la Constitución, excluyendo sanciones administrativas como las aplicadas en el caso de Abad, subraya la incompatibilidad de dicha aplicación con el orden constitucional. Ignorar estas disposiciones fundamentales, que garantizan la seguridad jurídica, el debido proceso y la separación de poderes, comprometería seriamente los principios democráticos establecidos en la Carta Magna, afectando no solo los derechos políticos de estos servidores públicos, sino también la estabilidad institucional del país.

La decisión de la Corte Constitucional de emitir una consulta de norma, en la que excluye explícitamente a los funcionarios de elección popular del régimen administrativo general de la LOSEP, refuerza la necesidad de reconocer y respetar el régimen especial para estos servidores, cuya legitimidad emana directamente del sufragio popular. Esto implica un tratamiento jurídico distinto y la aplicación de un control político más estricto, que no puede ser reemplazado por procedimientos administrativos ordinarios. Esta diferenciación, lejos de ser una mera formalidad, es un mecanismo clave para garantizar la representatividad y la efectividad de la democracia.

22. Corte Constitucional, "Sentencia No. 20-24-CN/25", párr. 2 (Decisión).

23. Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 82.

24. *Ibid.*, art. 76.

La controversia generada en torno al caso de Verónica Abad no solo refleja un conflicto de interpretación legal, sino que plantea interrogantes sobre la idoneidad y las posibles consecuencias de los mecanismos disciplinarios previstos en la legislación ecuatoriana. Si bien el derecho y la ley son fundamentales para el orden, el uso de estos mecanismos no debe transformar la justicia en una herramienta de persecución política ni en un medio para erosionar la separación de poderes. Las leyes deben ser un medio para la justicia y el bien común, no para la represión o el clientelismo político. El poder debe ser ejercido con integridad y coherencia con los principios constitucionales, evitando prácticas que desvirtúen la esencia del Estado de Derecho.

En última instancia, el caso de Verónica Abad evidencia la necesidad urgente de una reflexión crítica sobre el sistema normativo y las interpretaciones legales, especialmente cuando se trata de autoridades electas, cuya legitimidad proviene de la voluntad popular. Asegurar que los procedimientos sancionadores respeten la Constitución y los derechos políticos fundamentales de los ciudadanos es indispensable para preservar la confianza en las instituciones democráticas y garantizar un ejercicio político legítimo y transparente.

Referencias

- Alvarado, A. "Jurisdicción y Competencia". *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal* 3, n.o 3 (2015): 26-47. https://gc.scalahed.com/recursos/files/r161r/w24803w/Jurisdiccion_y_Competencia_AAV.pdf
- Borja, Rodrigo. *Derecho Político y Constitucional*. Tomo 1. 1ª ed. Quito: Casa de la Cultura Ecuatoriana, 1971.
- Bosch, Xavier. "La diversidad de regímenes jurídicos de los empleados públicos: Especial referencia al personal laboral". *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n.o 13 (2011): 129-169. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5547437.pdf>
- Cañizares, Ana. "Gobierno de Ecuador suspende a vicepresidenta Verónica Abad por 150 días en medio de una ola de críticas". *CNN en Español*. 9 de noviembre de 2024. <https://cnnespanol.cnn.com/2024/11/09/gobierno-de-ecuador-suspende-vicepresidenta-veronica-abad-orix>
- Corte Constitucional del Ecuador. "Auto Resolutivo de la Causa 85-24-IN". *Acción Pública de Inconstitucionalidad*. 29 de noviembre de 2024. <https://www.corteconstitucional.gob.ec/wp-content/uploads/2024/12/85-24-IN.pdf>
- Corte Constitucional del Ecuador. "Sentencia No. 1758-15-EP/20". *Caso No. 1758-15-EP*. 25 de noviembre de 2020. https://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/eyJjYXJwZXRhbjoidHJhbWl0ZSIsInV1aWQiOiI3YWZjMTJlYy04MDUyLTQyYjltOGMwNS03MGQyNzY5MDImMGYucGRmIn0=
- Corte Constitucional del Ecuador. "Sentencia No. 20-24-CN/25". *Caso No. 20-24-CN*. 9 de enero de 2025. https://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2N-hcnBldGE6J3RyYW1pdGUUnLCB1dWlkOic1MzJkOGFjMS1kOGQ0LTRiNTEtODM2Yy04MTZ-jODlhZGYxNzUucGRmJ30=
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. "SENTENCIA DE 8 DE JULIO DE 2020 (Excepciones Preliminares, Fondo. Reparaciones y Costas)". *Caso Petro Urrego Vs. Colombia*. 8 de julio de 2020. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_406_esp.pdf
- Ecuador. *Constitución de la República del Ecuador*. Suplemento del Registro Oficial 449. 20 de octubre de 2008.
- Ecuador. *Ley Orgánica de la Función Legislativa*. Suplemento 642 del Registro Oficial. 27 de julio de 2009.
- Ecuador. *Ley Orgánica de Servicio Público*. Suplemento del Registro Oficial 294. 6 de octubre de 2010.
- Ecuador. *Ley Orgánica Electoral. Código De La Democracia*. Suplemento 578 del Registro Oficial. Suplemento. 27 de abril de 2009.
- Ecuador. Resolución De Sumario Administrativo No. MDT-SSCRSSP-DRSASP-SA2024-001(0868). Plan V. 8 de noviembre de 2024. <https://planv.com.ec/wp-content/uploads/2024/11/BO-LETA-RESOLUCION-Nro.-MDT-SSCRSSP-DRSASP-SAPE-2024-001-signed.pdf>
- Organización de los Estados Americanos. Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). 1969.
- Redacción El Universo. "Daniel Noboa y Verónica Abad, declarados oficialmente presidente y vicepresidenta de Ecuador". *El Universo*. 5 de noviembre de 2023. <https://www.eluniverso.com/noticias/politica/elecciones-presidenciales-ecuador-2023-daniel-noboa-azin-veronica-abad-rojas-presidencia-de-la-republica-consejo-nacional-electoral-tribunal-contencioso-electoral-electos-nota/>
- Sarría, Félix. "Los funcionarios públicos". *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba* 20, n.o 5-6 (1933): 115-128. <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/REUNC/article/view/6525>



VALENCIA ABOGADOS CIA.LTDA.
asesoría legal empresarial

La expropiación indirecta: un desafío jurisprudencial para el Ecuador

Indirect Expropriation: A Jurisprudential Challenge for Ecuador

Pedro Andrés Jurado Mogrovejo
pedro.juradom@ucuenca.edu.ec

José Enrique Montesinos Vintimilla
jose.montesinos@ucuenca.edu.ec

Resumen

Este estudio examina la expropiación indirecta como una problemática jurídica en Ecuador, a partir del análisis del Derecho Internacional y la doctrina sobre inversiones protegidas por Tratados Bilaterales de Comercio. A partir de ello, se define como una forma de confiscación derivada de medidas estatales que, sin transferir formalmente el dominio, afectan los derechos de propiedad hasta el punto de hacerlos inoperantes. Para su configuración, se analizan criterios esenciales como la privación sustancial, la inutilidad funcional del bien, su devaluación y el factor temporal. Finalmente, se subraya la necesidad de un desarrollo jurisprudencial que establezca los parámetros de interpretación y aplicación de esta figura dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Abstract

This study examines indirect expropriation as a legal issue in Ecuador, based on the analysis of International Law and legal doctrine concerning investments protected by Bilateral Trade Treaties. It is defined as a form of confiscation resulting from state measures that, without formally transferring ownership, affect property rights to the extent of rendering them inoperative. Its configuration is analysed through essential criteria such as substantial deprivation, the functional uselessness of the asset, its devaluation, and the temporal factor. Finally, the study emphasises the need for jurisprudential development to establish clear parameters for the interpretation and application of this concept within Ecuador's legal system.

Palabras clave

Expropiación indirecta, derecho de propiedad, jurisprudencia constitucional, confiscación estatal, privación sustancial de la propiedad

Keywords

Indirect expropriation, the right to property, constitutional jurisprudence, state confiscation, substantial deprivation of property

Introducción

La dependencia a la dirección extranjera en el ámbito normativo ha sido una tónica persistente en toda la historia legislativa y jurisprudencial de nuestro país.¹ Ha provocado que los supuestos de protección de ciertos derechos sufran un retraso considerable frente a la normativa internacional, desencadenando vulneraciones a derechos inherentes al ser humano, al no existir criterios claros sobre ciertas figuras jurídicas que los afecten.

Bajo este contexto, nos encontramos con el caso del derecho a la propiedad y la figura de la expropiación indirecta, una forma de confiscación desarrollada principalmente por el derecho internacional, que no ha sido dotada de contenido esencial por parte de la Corte Constitucional del Ecuador, en adelante CCE. Esta medida confiscatoria es real en nuestro país, por lo que resulta imperativo el desarrollo de su contenido por parte del máximo órgano de interpretación constitucional, creando jurisprudencia que establezca los criterios rectores para verificar su configuración.

Desarrollo

Para empezar, es necesario desarrollar el derecho a la propiedad, protegido desde la constituyente de 1830, el cual ha conservado su importancia a lo largo de la vida republicana de nuestro país.

Su reconocimiento corresponde a una influencia que proviene, al menos, desde la Revolución Francesa, dando cuenta así de la necesidad y dependencia a las legislaciones extranjeras para nuestro propio desarrollo legislativo.

Este derecho fue reconocido dentro de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del año 1789: "*Artículo 17. Por ser la propiedad un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella, salvo cuando la necesidad pública, legalmente comprobada, lo exija de modo evidente, y con la condición de haya una justa y previa indemnización*".² Su protección frente al Estado es necesaria, sin embargo, hay que tener en cuenta que ningún derecho es absoluto. Desde el año 1789 ya se prevé un procedimiento para limitarlo, el cual se debe basar en una necesidad pública, contando con una indemnización al propietario.

A su vez, para objeto del presente estudio, debemos remitirnos a la regulación por parte de sistemas jurídicos de carácter internacional. La Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, en su artículo 21, establece que toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes, y la subordinación de estas facultades podrá darse por parte de la legislación cuando la misma responda al interés social.³ Además, reconoce que la privación de bienes constituye una excepción, condicionada al pago de una indemnización justa y por motivos de utilidad pública.

Este derecho ha sido objeto de análisis por destacados juristas, como es el caso del profesor Luis Claro Solar, quien en su obra *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, nos dice: "[...] *la propiedad expresa la idea del poder jurídico más completo de la persona sobre una cosa; y es, por lo tanto, el derecho real en virtud del cual una cosa se halla sometida, de una manera absoluta y exclusiva, a la voluntad y acción de una persona*".⁴

1. La dirección extranjera en el ámbito normativo refiere a la influencia de países vecinos como Colombia o países como España, quienes con su desarrollo legislativo, han guiado la expedición de leyes y jurisprudencia en varias aristas. Un ejemplo de esto es la regulación del derecho ambiental, la prescripción tributaria, licencias con remuneración, entre otros. Para más desarrollo consultar: <https://revistas.usfq.edu.ec/index.php/iurisdictio/article/view/687/759>

2. Francia, *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, 26 de agosto de 1789, art. 17, en *Conseil Constitutionnel*, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/es/declaracion-de-los-derechos-del-hombre-y-del-ciudadano-de-1789>.

3. Organización de los Estados Americanos (OEA), *Convención Americana sobre Derechos Humanos* ("Pacto de San José"), 22 de noviembre de 1969, art. 21, en *Serie sobre Tratados de la OEA, No. 36*, <https://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/convderechoshumanos.asp>.

4. Luis Claro Solar, "Explicaciones de derecho civil chileno y comparado", Santiago de Chile: *Editorial jurídica de Chile*, 1978, 325.

Estos conceptos doctrinales que enmarcan al derecho de la propiedad como derecho patrimonial relativo al ámbito privado han sido sujetos de crítica debido a las nuevas corrientes de interpretación constitucional. Así encontramos propuestas como la establecida por Gilberto Mendoza: *“La propiedad ha sido durante mucho tiempo encerrada entre las paredes civilistas, no obstante, la misma trasciende en las diversas áreas del derecho, y de otras materias. No obstante ello, actualmente es necesario enfocar su estudio a partir de lo desarrollado en el ámbito constitucional”*.⁵ De tal manera que este derecho nos obligará a interpretarlo de manera conjunta, y no aislada, con los derechos constitucionales que garantiza el Estado ecuatoriano.

En el caso ecuatoriano, el derecho a la propiedad se encuentra consagrado en la Constitución de la República en los artículos 66 y 321, los cuales disponen lo siguiente:

Artículo 66.- Se reconoce y garantiza a las personas: [...]

26. El derecho a la propiedad en todas sus formas, con función y responsabilidad social y ambiental.

El derecho al acceso a la propiedad se hará efectivo con la adopción de políticas públicas, entre otras medidas.

Artículo 321.- El estado reconoce y garantiza el derecho de propiedad en sus formas públicas, privada, comunitaria, estatal, asociativa, cooperativa, mixta, y que deberá cumplir con su función social y ambiental.⁶

De este modo, el artículo 66 reconoce en este derecho la existencia de la propiedad en sus diversas formas, lo cual garantiza protección al propietario frente a la intervención del Estado; y, por otra parte, a la obligación estatal de adoptar medidas para garantizar el acceso, uso y goce de la propiedad. Mientras que el artículo 321 entiende a la propiedad como un derecho que no podrá tener un carácter de absoluto, sino que está sujeto a una función social y ambiental, lo cual abre paso a una serie de regulaciones que permiten su disposición por parte del Estado.

De las formas de privación del derecho a la propiedad

El derecho constitucional a la propiedad, amparado nacional e internacionalmente, es de obligatorio respeto por parte del Estado. Este derecho, como ya se mencionó, no es absoluto y existen circunstancias y procedimientos regulados para limitar su ejercicio.

Así, la propia CRE determina a la expropiación como un mecanismo que puede ser usado por el Estado para privar a particulares de sus bienes. Potestad que deberá ser seguida de un estricto respeto del debido proceso, con razones de utilidad pública, previa justa valoración, indemnización y pago, prohibiendo de manera expresa la confiscación.

Es necesario dilucidar de manera breve el procedimiento de expropiación, para entender los límites en los cuales el Estado debe actuar para privar a un particular de su propiedad. El mismo está regulado principalmente en dos cuerpos normativos: el Código Orgánico de Organización Territorial (COOTAD), y la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Este proceso inicia con la declaratoria de utilidad pública, acto motivado que individualiza el bien y determina el fin que se le dará a este. Posterior, se buscará un acuerdo entre las partes sobre la indemnización que se debe cancelar.

5. Gilberto Mendoza del Maestro, “Apuntes Sobre El Derecho De Propiedad a Partir De Sus Contornos Constitucionales”, *Foro Jurídico*, no. 12 (2013), 108, <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/13803/14427>.

6. Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 66, art. 321.

En caso de que no se llegue a un acuerdo, el órgano estatal pagará como indemnización al propietario del bien el valor del avalúo registrado en el catastro municipal y sobre el cual se pagó el impuesto predial del año anterior a la declaratoria de utilidad pública.⁷

Transgresión al derecho a la propiedad: la confiscación

A pesar de la existencia de un trámite de expropiación, en la práctica, la arbitrariedad y el desconocimiento de los preceptos legales aplicables ha desembocado en un incontable número de casos donde el debido proceso no ha sido respetado. Esto ha provocado prácticas confiscatorias que están prohibidas de manera expresa por la CRE, vulnerando la dimensión constitucional del derecho a la propiedad.

Estas transgresiones han ocasionado que los afectados se vean en la necesidad de presentar garantías jurisdiccionales para dar un freno a estas arbitrariedades. Sin embargo, dichas garantías, al tratarse de un derecho regulado principalmente por el Código Civil —un código de propietarios—, han sido negadas.

Esto ha servido de impulso para el desarrollo de jurisprudencia por parte de nuestro máximo órgano de interpretación constitucional en el país. La Corte Constitucional, a través de sentencias signadas bajo los números: 176-14-EP/19,⁸ 245-15-EP/22⁹ y especialmente la 2737-19-EP/24,¹⁰ ha señalado el camino para entender la protección íntegra de este derecho y las formas, no taxativas, en las que es vulnerado.

En este sentido, la Corte establece que este derecho es objeto de análisis desde una dimensión constitucional cuando nos enfrentamos a conflictos que sobrepasan la mera legalidad y que afecten su núcleo. Esto se funda en que la propiedad es inherente al ser humano, un atributo de este, interrelacionado con sus demás derechos y ahí reside la importancia de su protección. Es necesario establecer que la protección constitucional de este derecho no es sujeta a tratar temas relativos al pago del justo precio en un trámite expropiatorio,¹¹ temas de prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio¹² o cuestionar la declaratoria de utilidad pública; siendo estas cuestiones procedimentales y de mera legalidad que tienen vía predeterminada en otras jurisdicciones.

Ahora, es necesario presentar formas en las que, de acuerdo con la Corte Constitucional, este derecho se ve transgredido a través de actuaciones confiscatorias. Así nos encontramos con la destrucción, la afectación, y la expropiación indirecta, haciendo un énfasis especial en esta última, debido al sentido abstracto que se le puede otorgar y la falta de desarrollo normativo local sobre esta figura.

La afectación es, en la práctica, la actuación confiscatoria por excelencia que ocurre cuando el Estado ejecuta obras públicas en la propiedad de un sujeto sin que previamente haya mediado un proceso expropiatorio. Aquí el Estado estaría vulnerando directamente una prohibición constitucional, privando de forma ilegítima a un particular de su propiedad e interviniendo en esta de forma real y personal.

7. Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 395, suplemento, 04 de agosto de 2008, arts. 58, 58A, 58.1, 58.2.

8. Ecuador, Corte Constitucional del Ecuador, "Sentencia", en *Proceso no. 176-14-EP*, 16 de octubre de 2019.

9. Ecuador, Corte Constitucional del Ecuador, "Sentencia", en *Proceso no. 245-15-EP*, 2 de febrero de 2022.

10. Ecuador, Corte Constitucional del Ecuador, "Sentencia", en *Proceso no. 2737-19-EP*, 7 de marzo de 2024.

11. Ecuador, Corte Constitucional del Ecuador, "Sentencia", en *Proceso no. 400-24-EP*, 28 de noviembre de 2024.

12. Ecuador, Corte Constitucional del Ecuador, "Sentencia", en *Proceso no. 1178-19-JP*, 17 de noviembre de 2021.

En cambio, la destrucción es cuando el Estado arruina de forma material un bien, lo que puede ocurrir mediante actividades estatales, ya sean lícitas o ilícitas, pero siempre provocando la destrucción parcial o total de la propiedad de un particular.

Además de las formas de confiscación expuestas anteriormente, la Corte Constitucional también menciona la expropiación indirecta, una figura de gran relevancia en el derecho internacional que, sin embargo, no cuenta con un desarrollo jurisprudencial ni normativo en el Ecuador.

Sobre la expropiación indirecta

La expropiación indirecta contiene una breve e insuficiente explicación por parte de la Corte Constitucional del Ecuador. Esta situación es producto de que las figuras de afectación y destrucción no presentan dificultad en su explicación y su entendimiento no requiere mayor grado de complejidad, cosa que no ocurre con la expropiación indirecta.

La CCE dentro de la sentencia 2737-19-EP/24 explica que se produce la expropiación indirecta cuando: *"El Estado adopta medidas que, sin existir una transferencia formal de dominio, tiene un efecto equivalente"*.¹³ Definición que, de forma inequívoca, provoca más dudas que respuestas. Debido a su carácter abstracto puede llegar a generar incertidumbre, pues no existen definiciones de circunstancias relevantes como el carácter de las medidas, ya sea lícitas o ilícitas; la relevancia de la finalidad de la medida; el umbral para considerar un acto como transferencia de dominio; y otros parámetros que hacen falta ser abordados al momento de pronunciarse sobre la expropiación indirecta.

Por esto, para fortalecer la protección y efectivo goce de los derechos, vemos necesario un desarrollo más profundo de esta figura jurídica. La expropiación indirecta, entendida como una forma de confiscación, tiene sus bases y es desarrollada en gran medida por parte del Derecho Internacional. Su concepto, al momento de la publicación de este artículo, no se encuentra desarrollado jurisprudencialmente y solo ha sido sujeto de una definición abstracta por parte de la Corte Constitucional del Ecuador.

Para poder establecer una definición apropiada de este concepto es necesario remitirnos a la publicación realizada en el año 2012 por el órgano Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo de la Asamblea General de la máxima organización internacional.

Este documento, de nombre *"Expropriation: a sequel"*, desarrolla el concepto de la expropiación indirecta en relación a Tratados Bilaterales Internacionales de comercio, TBI's, como la privación total o casi total de una inversión sin una transferencia formal del título ni una confiscación directa.¹⁴

En concordancia, el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, PNUMA ha establecido que la expropiación indirecta ocurre cuando un Estado interfiere en una inversión de alguna manera en su uso, disfrute o beneficio, depreciando significativamente su valor económico, *incluso sin una apropiación directa de la propiedad*.¹⁵ Es decir, que la expropiación indirecta responde a los actos perpetrados por parte de un Estado que infieren en el control del patrimonio de tal manera que resultan en una suerte de expropiación, a pesar de que no exista una transferencia formal o confiscación.

13. Ecuador, Corte Constitucional del Ecuador, "Sentencia", en Proceso no. 2737-19-EP, 7 de marzo de 2024.

14. United Nations Conference on Trade and Development, *Expropriation: a sequel*, UNCTAD Series on Issues in International Investments, Agreements II, New York and Geneva, UNITED NATIONS, (2012), https://unctad.org/system/files/official-document/unctaddiaeia2011d7_en.pdf.

15. International Institute for Sustainable Development (IISD), *"Indirect Expropriation (Regulatory Taking)"*, en *Sustainability Toolkit for Trade Negotiators: Investment Provisions*, <https://www.iisd.org/toolkits/sustainability-toolkit-for-trade-negotiators/5-investment-provisions/5-4-safeguarding-policy-space/5-4-4-indirect-expropriation-regulatory-taking/>.

Es necesario establecer que a pesar de que las definiciones otorgadas analizan la figura de expropiación como un mecanismo de privación por parte de un Estado a una inversión en el contexto de los TBI's, las mismas son directamente aplicables al objeto de nuestro estudio. Las inversiones protegidas dentro de los TBI's, son bienes en sí mismos, por lo que se busca proteger su propiedad ante actos estatales que afecten, indirectamente, su derecho de uso, goce y disposición.

Para fortalecer este argumento es necesario revisar una definición dada dentro del caso arbitral internacional en *Starrett Housing vs Irán*: "[...] se reconoce en el derecho internacional que las medidas adoptadas por un Estado pueden interferir con los derechos de propiedad hasta tal punto que estos se vuelven tan inútiles que deben considerarse expropiados, aunque el Estado no pretenda haberlos expropiado y el título legal de la propiedad permanezca formalmente en manos del propietario original".¹⁶

Así, llevando esto a un ejemplo práctico dentro del Derecho Internacional, encontramos el caso *Metalclad Corporation vs México*.¹⁷ Metalclad demandó al Estado mexicano la expropiación indirecta de su inversión, esto en razón de que a la compañía se le aseguró que tenía todos los permisos ambientales necesarios para empezar la construcción de su proyecto. Estos fueron otorgados por parte del gobierno federal, sin embargo, el ente municipal aseguraba que no contaban con su permiso, negando así la construcción y declarando como reserva natural al sitio donde se iba a llevar a cabo el proyecto.

El Tribunal llegó a la conclusión de que el Municipio no tenía autoridad para otorgar o negar permiso alguno, por lo que esta medida estatal provocó un trato injusto e inequitativo que, a su vez, ocasionó la expropiación indirecta de la inversión realizada por Metalclad Corporation.

Dentro de este caso, los derechos a la propiedad de Metalclad Corporation se vieron afectados por una medida estatal ilegítima tomada por el gobierno municipal mexicano. Esta medida, aunque no tenía la intención de expropiar, provocó un efecto equivalente, dejando inútil a la inversión realizada.

Ahora, cabe preguntarnos, ¿la expropiación indirecta se da dentro de nuestro país? La respuesta es clara, existen múltiples casos que ya han sido judicializados mediante la interposición de garantías jurisdiccionales y que tienen como génesis una expropiación indirecta. Así, procederemos con un breve análisis de casos que tienen su fundamentación fáctica y jurídica en esta figura confiscatoria.

Para empezar, el caso signado con el no. 01204-2019-06938,¹⁸ garantía jurisdiccional interpuesta en contra del Gobierno Autónomo Descentralizado del cantón Cuenca, rechazada en primera instancia y aceptada por los jueces de la Sala de la Corte Provincial de Justicia de Azuay.

Dentro de este proceso se alegó la vulneración al derecho a la propiedad y a la seguridad jurídica. El accionante era propietario de un cuerpo de terreno que estaba siendo afectado totalmente desde el año 2010 por un proyecto planificado por el GAD de Cuenca. Desde esa

16. Iran-US Claims Tribunal, "Laudo de 19 de diciembre de 1983", *Caso Starrett Housing Corporation, Starrett Systems, Inc. y otros vs. El Gobierno de la República Islámica de Irán, Bank Markazi Iran y otros*, 19 de diciembre de 1983. La traducción nos corresponde. Versión original: "[...]it is recognized under international law that measures taken by a State can interfere with property rights to such an extent that these rights are rendered so useless that they must be deemed to have been expropriated, even though the State does not purport to have expropriated them and the legal title to the property formally remains with the original owner". <https://jusmundi.com/fr/document/decision/pdf/en-starrett-housing-corporation-starrett-systems-inc-and-others-v-the-government-of-the-islamic-republic-of-iran-bank-markazi-iran-and-others-interlocutory-award-award-no-itl-32-24-1-monday-19th-december-1983>.

17. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, "Laudo de 30 de agosto de 2000", *Caso Metalclad Corporation vs. Estados Unidos Mexicanos*, 30 de agosto de 2000. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0511.pdf>.

18. Ecuador, Corte Provincial de Justicia de Azuay, Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, "Sentencia", en *Proceso no. 01204-2019-06938*, 12 de febrero de 2020.

fecha al accionante se le negó todo permiso de construcción, por lo que no podía usar, ni gozar, un bien que era de su propiedad. El tiempo pasó y el proyecto nunca se inició, provocando así una vulneración al derecho a la propiedad en forma de una expropiación indirecta.

El Estado, en sus atribuciones legales de planificación urbana y territorial, tomó una medida que en principio no era confiscatoria, sin embargo, el paso desmedido del tiempo la transformó en una. El GAD de Cuenca nunca tuvo la intención de expropiar el bien; el título de dominio se mantuvo en manos del accionante. Sin embargo, este no pudo ejercer sus derechos dominicales de amo, señor y dueño durante más de nueve años, lo que provocó que el bien perdiera su valor y se volviera inútil. En consecuencia, el Estado resulta responsable por haber mantenido una afección sobre el bien durante un tiempo desproporcionado.

Así, también es necesario hacer mención del proceso numerado 17574-2019-00106,¹⁹ en el que enjuicia al Municipio del Distrito Metropolitano de Quito por vulnerar el derecho a la propiedad de los accionantes. En esta causa se argumenta que existió una confiscación por parte del ente público, ya que los predios de su propiedad fueron incluidos dentro del Sistema de Parques Ladera del Pichincha-Atacazo, específicamente para la construcción del parque Atucucho, en el año 2013. El proyecto en cuestión, acorde a la ordenanza que lo sanciona, debía ser ejecutado en un lapso de 24 meses, sin embargo, no se ejecutó, lo que provoca una privación al derecho de dominio de los predios, derivando así en una confiscación.

Si bien los accionantes no hablan propiamente sobre la expropiación indirecta, la Sala de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, al aceptar la acción, concluye que nos encontramos frente a este supuesto. Esto se debe a que la limitación impuesta sobre los predios afecta directamente a los derechos de propiedad de los accionantes, más aún cuando la entidad accionada ha mantenido irresoluto el tema por varios años provocando que la utilidad y valor de los predios sea nulo, al no poder ejercer sus derechos de dominio sobre estos.

Estos casos, en conjunto con muchos otros que han sido judicializados dentro del país, dan cuenta de la existencia de esta forma de confiscación y la necesidad de contar con criterios claros para poder verificar la existencia o no de la expropiación indirecta.

Problemas frente al abordaje de la expropiación indirecta

Habiendo resuelto los principales criterios que rigen la expropiación indirecta, nos encontramos frente a un nuevo conflicto: ¿qué actos ejecutados por el Estado resultan lo suficientemente relevantes como para considerar que por medio de estos se ha realizado una expropiación indirecta?

Para adentrarnos en la discusión, es necesario establecer, en primer lugar, si los actos realizados por parte del Estado deben tener como propósito directo la expropiación indirecta, o si aquellos actos que derivan de una omisión o que carecen de la intención de expropiar pueden igualmente ser considerados como expropiación indirecta.

Al respecto, George C. Christie en su artículo "What Constitutes a Taking of Property Under International Law?" manifiesta: "existen varios casos internacionales bien conocidos en los que se ha reconocido que los derechos de propiedad pueden verse tan interferidos que puede decirse que, a todos los efectos prácticos, dichos derechos de propiedad han sido expropiados, aunque el Estado en cuestión no haya pretendido expropiarlos".²⁰

19. Ecuador, Corte Provincial de Justicia de Pichincha, Sala Especializada de lo Civil y Mercantil, "Sentencia", en *Proceso no. 17574-2019-00106*, 22 de noviembre de 2019.

20. George C. Christie, "What constitutes a taking of property under international law?" *British Yearbook of International Law*, 1968, p. 310. La traducción nos corresponde. Versión original: "there are several well-known international cases in which it has been recognized that property rights may be so interfered with that it may be said that to all intents and purposes those property rights have been expropriated even though the State in question has not purported to expropriate". https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2416&context=faculty_scholarship.

Con esta cita podemos establecer que la intención o el conocimiento por parte del Estado de que los actos ejecutados constituyen una expropiación indirecta no puede considerarse como un requisito indispensable para catalogar este supuesto. Pues, encontraremos casos bajo los cuales un Estado o sus dependencias han ejecutado actos que afectan al derecho a la propiedad sin la intención de hacerlo, por lo que mal podríamos considerar a la voluntad como un elemento necesario dentro de la expropiación indirecta.

Ahora bien, para resolver la interrogante: ¿qué actos ejecutados por el Estado resultan lo suficientemente relevantes como para considerar que por medio de estos se ha realizado una expropiación indirecta? Nos remitimos a lo resuelto por el Tribunal Arbitral dentro del litigio Valeri Belokon c. Kirguistán, el cual resolvió que una medida expropiatoria depende de si ha habido o no privación sustancial de los beneficios de la propiedad.²¹

En concordancia con el concepto de privación sustancial, dentro del artículo “Expropiación indirecta: justificación, regímenes, casos, criterios y usos”, Raffo Velásquez Meléndez menciona que el reconocimiento de la expropiación por parte del Estado peruano requiere lesiones graves al derecho a la propiedad. En desarrollo de este concepto señala: “Ese efecto lesivo debe caracterizarse por hacer significativamente inútil o sin valor a la propiedad, es decir, la privación debe al menos generar una consecuencia similar a la que produce la clásica expropiación forzosa”.²²

Con lo revelado encontramos que la expropiación indirecta está compuesta por al menos dos supuestos. El primero consiste en que los actos realizados por parte del Estado —ya sea por medio de su administración central o seccional— produzcan que la propiedad se vuelva significativamente inútil; es decir, que ya no pueda cumplir con la función para la cual fue destinada o se pretendía destinarla. Como consecuencia, se produce simultáneamente una pérdida sustancial de su valor. El segundo supuesto se refiere a aquellos casos en los que, si bien la propiedad conserva su utilidad o puede cumplir su función, los actos estatales generan una desvalorización significativa o incluso la pérdida total de su valor económico, lo que constituye una vulneración al derecho de propiedad.

Otro aspecto a considerar para determinar que se ha perpetrado una privación sustancial a la propiedad es el parámetro del paso del tiempo. Al respecto, en la práctica internacional no se ha consolidado un plazo de tiempo exacto para que se configure una expropiación indirecta, sin embargo, del análisis de una amplia cantidad de laudos arbitrales, y en concordancia con otros autores, se puede establecer un periodo de apreciación temporal de entre tres semanas hasta seis años.²³ Es claro que a diferencia de la expropiación directa, la cual se configura de manera inmediata con la medida tomada por el Estado, la expropiación indirecta requiere un aprecio por parte de la autoridad que resuelve el conflicto enfocándose en si el tiempo transcurrido es suficiente para establecer una vulneración al derecho.

Como se podrá inferir, estos supuestos no pueden ser comprobados con una simple constatación, sino que requieren necesariamente de una valoración. Esto se debe a que los hechos de cada caso donde pueda existir una expropiación indirecta podrán resultar de una variedad indefinida. Llevándonos como resultado a, quizá, el conflicto más importante al que se enfrenta la regulación de la expropiación indirecta: el análisis subjetivo.

21. Arbitraje administrado bajo las reglas de UNCITRAL 1976, “Laudo Arbitral”, en *Valeri Belokon c. República de Kirguistán*, 24 de octubre de 2014, https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ITA%20LAW%207008_0.pdf.

22. Raffo Velásquez Meléndez, “Expropiación Indirecta: Justificación, Regímenes, Casos, Criterios Y Usos”, *IUS ET VERITAS* 23, n.46, (2013), <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11970>.

23. Ivette Esis Villarroel y Gabriela De Abreu. “La identificación de la expropiación indirecta: el análisis de los criterios de privación de la propiedad y del tiempo utilizados en la práctica arbitral reciente”. *ACDI - Anuario Colombiano De Derecho Internacional*, n.º 15 (2021), <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/acdi/a.10542>.

En cuanto a la resolución de conflictos de expropiación indirecta por parte de Tribunales Arbitrales Internacionales en el marco de Tratados Bilaterales Internacionales, han sido los árbitros los encargados de interpretar si los hechos del caso son suficientes o no para configurar la expropiación indirecta, sin existir una medida exacta para determinarlo.

Por ello, la necesidad de solucionar este supuesto dentro del Estado ecuatoriano se convierte cada vez más en una necesidad imperiosa a ser resuelta por la Corte Constitucional. La falta de una regulación y análisis adecuados, tanto en el ámbito legislativo como jurisprudencial —como se evidenció en los procesos de garantías jurisdiccionales analizados en el apartado anterior—, no ha impedido que se produzcan expropiaciones indirectas por parte del Estado, vulnerando así el derecho a la propiedad.

Por lo tanto, es el máximo órgano de interpretación constitucional el que deberá pronunciarse de manera contundente y explícita al respecto, determinando un concepto desarrollado junto con los criterios rectores, para verificar una posible vulneración a la dimensión constitucional al derecho a la propiedad en casos de expropiación indirecta. Así, se crea una línea decisoria que deberá fungir como precedente para que los jueces que conozcan casos de expropiación indirecta, en su análisis subjetivo, tengan los parámetros necesarios para facilitar este ejercicio intelectual. De esa manera, se garantizará el derecho a la propiedad en su dimensión constitucional.

Conclusiones

Del análisis desarrollado en este estudio, se ha establecido que la propiedad es un derecho consagrado en la Constitución del Ecuador, reconocida en diversas formas y sujeta a la adopción de medidas estatales que aseguren el acceso, uso y disfrute a su propietario. No obstante, este derecho no es absoluto, sino que está condicionado por una función social y ambiental, lo que justifica la potestad expropiatoria del Estado, siempre que se la realice de acuerdo a los parámetros de utilidad pública, debido proceso y justa indemnización.

Si bien existe un proceso expropiatorio, la arbitrariedad y el desconocimiento de los preceptos legales aplicables por parte del Estado han permitido que existan un sin número de prácticas confiscatorias. Entre ellas encontramos a la destrucción y a la afectación como formas de vulneración al derecho a la propiedad, desarrolladas de forma legal como jurisprudencial por la Corte Constitucional. Este no ha sido el caso para la figura de la expropiación indirecta, una medida abordada mayormente por el Derecho Internacional Comercial y que no ha sido desarrollada por nuestro máximo órgano de interpretación constitucional.

La expropiación indirecta, como medida confiscatoria, se configura cuando un acto o medida estatal provoca una privación total, o casi total, del derecho de propiedad de un particular, a pesar de que este conserve el título de dominio. Como consecuencia, el bien pierde todo su valor y se vuelve completamente inútil.

Así, encontramos dos factores que consideramos esenciales para verificar la existencia de una expropiación indirecta: la privación sustancial y el carácter temporal de la medida. Por una parte, se encuentra la privación sustancial, una privación total o casi total a los derechos de propiedad que se caracteriza por la inutilidad funcional y una devaluación real del bien. La inutilidad funcional se genera cuando, en razón de las medidas o actos estatales, el propietario se ve privado de realizar los actos que se ven encaminados al propósito y función del bien. A su vez, la devaluación real, se refiere a una disminución significativa en el valor del bien, provocada por la inutilidad dada al no poder realizar actividad alguna sobre este, dejándolo sin un valor real. Por otra parte, el carácter temporal de la medida implica la relevancia del paso del tiempo para verificar la existencia o no de la expropiación indirecta, ya que un acto que en principio no sería confiscatorio se puede tornar en uno por el paso desmedido del tiempo.

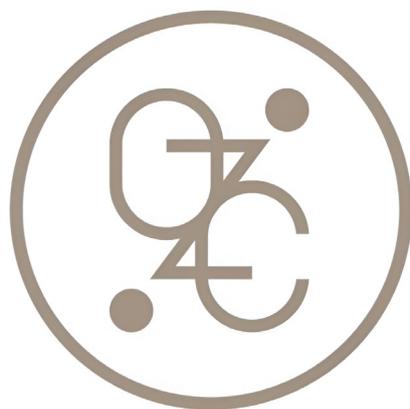
La jurisprudencia constitucional ecuatoriana aún no ha desarrollado un marco interpretativo sólido que permita identificar con claridad los elementos configurativos de la expropiación indirecta. Esta omisión ha generado resoluciones inconsistentes y ha debilitado la protección efectiva del derecho a la propiedad. En consecuencia, es absolutamente necesario que la Corte Constitucional del Ecuador desarrolle un concepto preciso de esta figura, estableciendo criterios que orienten su interpretación y aplicación, garantizando así la seguridad jurídica y previniendo arbitrariedades estatales. Asimismo, resulta indispensable fomentar la investigación y el análisis jurisprudencial sobre esta temática, con el fin de consolidar un enfoque normativo que proteja de manera efectiva los derechos de los justiciables y asegure el respeto a la propiedad privada en el marco del Estado de derecho.

Referencias

- Arbitraje administrado bajo las reglas de UNCITRAL 1976. "Laudo Arbitral". En *Valeri Belokonic. República de Kirguistán*. 24 de octubre de 2014. https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ITA%20LAW%207008_0.pdf.
- Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. "Laudo de 30 de agosto de 2000". *Caso Metalclad Corporation vs. Estados Unidos Mexicanos*. 30 de agosto de 2000. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0511.pdf>.
- Christie, GC. "What constitutes a taking of property under international law?" *British Yearbook of International Law*. 1968. https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2416&context=faculty_scholarship
- Claro Solar, Luis. "Explicaciones de derecho civil chileno y comparado". Santiago de Chile: Editorial jurídica de Chile. 1978.
- Ecuador. *Código Civil*. Registro Oficial 46. Suplemento. 24 de junio de 2005.
- Ecuador. *Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización*. Registro Oficial 303. Suplemento. 19 de octubre de 2010.
- Ecuador. *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449. 20 de octubre de 2008.
- Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador. "Sentencia". En *Proceso no. 176-14-EP*. 16 de octubre de 2019.
- Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador. "Sentencia". En *Proceso no. 245-15-EP*. 2 de febrero de 2022.
- Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador. "Sentencia". En *Proceso no. 2737-19-EP*. 7 de marzo de 2024.
- Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador. "Sentencia". En *Proceso no. 1178-19-JP*. 17 de noviembre de 2021.
- Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador. "Sentencia". En *Proceso no. 400-24-EP*. 28 de noviembre de 2024.
- Ecuador. Corte Provincial de Justicia de Azuay. Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito. "Sentencia". En *Proceso no. 01204-2019-06938*. 12 de febrero de 2020.
- Ecuador. Corte Provincial de Justicia de Pichincha. Sala Especializada de lo Civil y Mercantil. "Sentencia" En *Proceso no. 17574-2019-00106*, 22 de noviembre de 2019.
- Ecuador. *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*. Registro Oficial 395. Suplemento. 04 de agosto de 2008.
- Esis Villarroel, Ivette S., y De Abreu, María Gabriela. "La identificación de la expropiación indirecta: el análisis de los criterios de privación de la propiedad y del tiempo utilizados en la práctica arbitral reciente". *ACDI - Anuario Colombiano De Derecho Internacional*, n.º 15, 2021. <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/acdi/a.10542>.
- Francia. *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*. 26 de agosto de 1789. En Conseil Constitutionnel. <https://www.conseil-constitutionnel.fr/es/declaracion-de-los-derechos-del-hombre-y-del-ciudadano-de-1789>.
- International Institute for Sustainable Development (IISD). "Indirect Expropriation (Regulatory Taking)". En Sustainability Toolkit for Trade Negotiators: Investment Provisions. <https://www.iisd.org/toolkits/sustainability-toolkit-for-trade-negotiators/5-investment-provisions/5-4-safeguarding-policy-space/5-4-4-indirect-expropriation-regulatory-taking/>.

- Iran-US Claims Tribunal. "Laudo de 19 de diciembre de 1983". *Caso Starrett Housing Corporation, Starrett Systems, Inc. y otros vs. El Gobierno de la República Islámica de Irán, Bank Markazi Iran y otros*. 19 de diciembre de 1983. <https://jusmundi.com/fr/document/decision/pdf/en-starrett-housing-corporation-starrett-systems-inc-and-others-v-the-government-of-the-islamic-republic-of-iran-bank-markazi-iran-and-others-interlocutory-award-award-no-itl-32-24-1-monday-19th-december-1983>.
- Mendoza del Maestro, Gilberto. "Apuntes Sobre El Derecho De Propiedad a Partir De Sus Contornos Constitucionales". *Foro Jurídico*. No. 12. 2013. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/13803/14427>
- Organización de los Estados Americanos (OEA). *Convención Americana sobre Derechos Humanos ("Pacto de San José")*. 22 de noviembre de 1969. Serie sobre Tratados de la OEA. No. 36. <https://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/convderechoshumanos.asp>.
- United Nations Conference on Trade and Development. *Expropriation: a sequel*. UNCTAD Series on Issues in International Investments, Agreements II, New York and Geneva. UNITED NATIONS. 2012. https://unctad.org/system/files/official-document/unctaddiaeia2011d7_en.pdf.
- Velásquez Meléndez, Raffo. "Expropiación Indirecta: Justificación, Regímenes, Casos, Criterios Y Usos". *IUS ET VERITAS* 23. N.46 (2013). <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11970>.

PALACIOS &
ASOCIADOS
A B O G A D O S

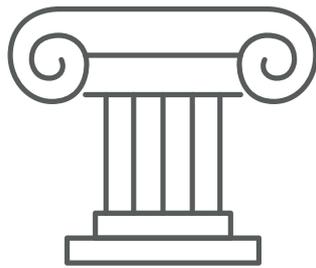


OZC Estudio Jurídico



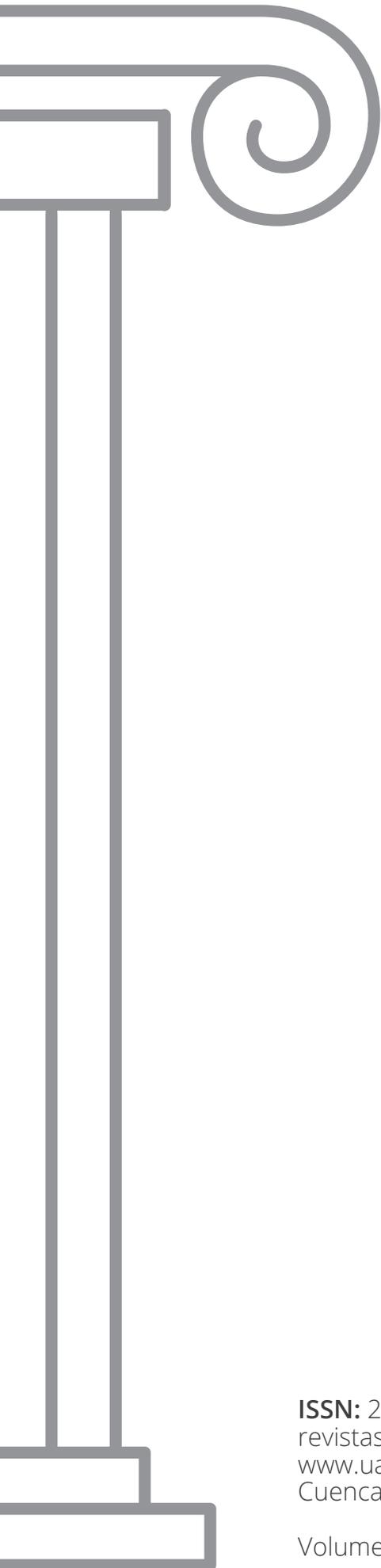
CANDO ABOGADOS

Cando Shevchukova & Maister Cia. Ltda.



— 2025 —





ISSN: 2806-5891
revistas.uazuay.edu.ec/index.php/udalawreview
www.uazuay.edu.ec/
Cuenca, Ecuador

Volumen VI, Número 1, mayo 2025



UNIVERSIDAD
DEL AZUAY

Casa 
Editora



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

 UDA Law Review

 UDA Law Review