



UNIVERSIDAD
DEL AZUAY



UDA LAW REVIEW

Número 2

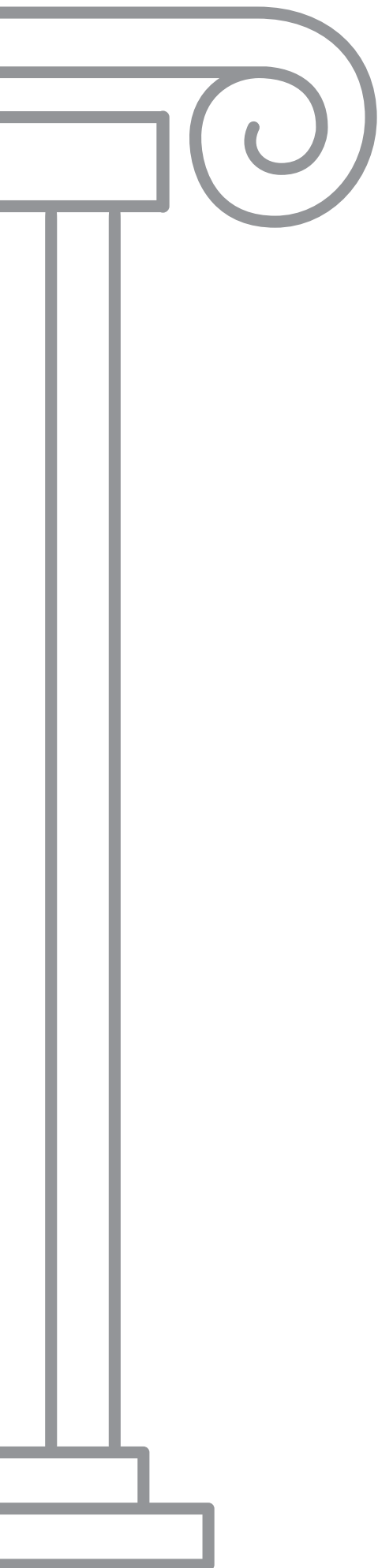
— NOVIEMBRE 2025 —

ISSN 2806-5891



UDA LAW REVIEW

Número 2



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

Volumen VI, Número 2, noviembre 2025

Presentación

UDA Law Review es una revista académica gestionada por estudiantes de pregrado de la Escuela de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Azuay. Su propósito es fomentar la investigación y el pensamiento crítico en el ámbito jurídico, mediante la publicación de artículos académicos que abordan las diversas ramas y especialidades del Derecho.

La revista se publica de manera semestral, en los meses de mayo y noviembre, y cuenta con un riguroso proceso de arbitraje por pares ciegos (double-blind peer review), lo que garantiza la originalidad, calidad y relevancia de los trabajos seleccionados.

En coherencia con su compromiso con la difusión del conocimiento y el debate jurídico, todos los artículos se encuentran bajo la licencia Creative Commons 4.0 Internacional, lo que permite su acceso abierto a través de la Plataforma OJS de la Revista.

Actualmente, UDA Law Review está indexada en la Red de Repositorios de Acceso Abierto del Ecuador (RRAE) y continúa fortaleciendo su posicionamiento con miras a integrarse en nuevas bases de datos y portales académicos internacionales.

Asimismo, forma parte de la Red de Editores y Revistas Científicas Ecuatorianas (RERCIE), y mantiene alianzas interinstitucionales con publicaciones académicas como Lawyers EC y USFQ Law Review, fortaleciendo así su proyección y cooperación editorial.

En esta nueva edición, UDA Law Review reafirma su compromiso con la excelencia académica y la reflexión crítica sobre los desafíos contemporáneos del Derecho. Los artículos que conforman este volumen ofrecen aportes que dialogan con los grandes debates jurídicos actuales, promueven la interdisciplinariedad y contribuyen a la construcción de un pensamiento jurídico más dinámico.



**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

Sarela Yamile Wambanguito Shariano
Editora Junior

María José Castro Zambrano
Editora Junior

Mateo Sebastián Polo Fajardo
Editor Junior

Bryan Steven Silva Guamushig
Editor Junior

COMITÉ ACADÉMICO

Abg. Ana María Bustos, PhD.
Abg. Vicente Solano Paucay, Mgtr.
Abg. Paulina Recalde Poma, Mgtr.
Abg. Rafael Villavicencio Arce, Mgtr.
Dra. Susana Vázquez Zambrano
Dr. Olmedo Piedra Andrade
Dr. Paúl León Altamirano
Dr. Javier Cordero López
Dr. Pablo Galarza Castro
Dr. Santiago Jaramillo Malo

CORRECCIÓN DE ESTILO

Camila Peña

**COLABORADORES DEL
NÚMERO DE LA REVISTA**

Álvaro Lara Dillon
María Camila Torres Hurtado
Alejandro Sebastián Herrera Montenegro
Francois Didier Costa Espinoza
Francisco Javier Jaramillo Nieto
Sergio Mateo Ludeña Torres
Gabriel Fernando Torres Andrade
Paúl Andrés Vázquez Ochoa
Juan Sebastián Aguilar Sánchez
Juan José Córdova López
Andrés Santiago Vázquez Lituma
Nicole Valentina Rivas Rodas
Romina Sofía Cordero Terreros

**DIAGRAMACIÓN Y
DISEÑO DE PORTADA**

Fernando León Guerrero
Casa Editora de la Universidad del Azuay

ISSN

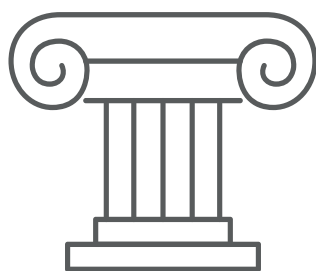
2806-5891

IMPRESIÓN

PrintLab de la Universidad del Azuay



Cuenca , noviembre del 2025



— 2025 —

Contenido

13– 21	1	Del estigma al valor estratégico: el fideicomiso como instrumento para administrar la cartera de riesgo Álvaro Lara Dillon
23– 33	2	El principio de suficiencia y la constitucionalización de los límites al consumo: hacia un nuevo estándar jurídico ambiental en América Latina María Camila Torres Hurtado
35– 41	3	Responsabilidad penal en el uso de inteligencia artificial en Ecuador: retos, perspectivas y propuestas regulatorias Alejandro Sebastián Herrera Montenegro
43– 55	4	Análisis de la acción de repetición como mecanismo de protección financiera para el Gobierno Autónomo Descentralizado del cantón Centinela del Cóndor Francois Didier Costa Espinoza
57– 65	5	Caso Perenco vs. Ecuador: una lectura de la decisión de responsabilidad y la determinación de la indemnización Francisco Javier Jaramillo Nieto
67– 77	6	El derecho penal del enemigo para la sociedad ecuatoriana: reflexiones sobre un posible antihéroe Sergio Mateo Ludeña Torres Gabriel Fernando Torres Andrade

79– 91

7 La suspensión de la terminación unilateral del contrato administrativo: pronunciamientos de la jurisdicción contencioso- administrativa

Paúl Andrés Vázquez Ochoa

Juan José Córdova López

Juan Sebastián Aguilar Sánchez

93– 103

8 Consulta previa, libre e informada: ¿derecho de participación efectivo o mero formalismo jurídico?

Andrés Santiago Vázquez Lituma

Nicole Valentina Rivas Rodas

105– 113

9 El uso indebido de la acción extraordinaria de protección: ¿garantía constitucional o estrategia procesal?

Romina Sofía Cordero Terreros





UDA LAW REVIEW

Número 2

CON EL APOYO DE:



PBP Pérez
Bustamante
& Ponce

TENEMOS LA EXPERIENCIA

Del estigma al valor estratégico: el fideicomiso como instrumento para administrar la cartera de riesgo

From Stigma to Strategic Value: Trusts as a Tool for Managing Risk Portfolios

Álvaro Lara Dillon
alara@dgalegal.com

Resumen

En el sistema financiero ecuatoriano, el fideicomiso de administración ha sido objeto de controversia, especialmente en su aplicación a la gestión de activos deteriorados, como la cartera vencida. Si bien la figura fiduciaria ofrece ventajas técnicas, jurídicas y contables que permiten una administración especializada, su uso se ha deslegitimado por prácticas inadecuadas, falta de regulación específica y percepciones institucionales negativas. Este artículo analiza la base legal del fideicomiso en el Ecuador, su tratamiento contable, los riesgos de simulación contractual y el uso comparado en otras jurisdicciones como España, México y Colombia. A partir de ello, se sostiene que el fideicomiso, correctamente estructurado y supervisado, es una herramienta legítima y eficaz para recuperar activos, fortalecer la solvencia institucional y contribuir a la estabilidad financiera.

Abstract

In the Ecuadorian financial system, the administrative trust has been the subject of controversy, especially in its application to the management of impaired assets, such as past-due portfolios. Although the fiduciary structure offers technical, legal, and accounting advantages that allow for specialized management, its use has been delegitimized by inappropriate practices, lack of specific regulation, and negative institutional perceptions. This article analyzes the legal basis of trusts in Ecuador, their accounting treatment, the risks of contractual simulation, and their comparative use in other jurisdictions such as Spain, Mexico, and Colombia. Based on this analysis, it is argued that trusts, when properly structured and supervised, are a legitimate and effective tool for recovering assets, strengthening institutional solvency, and contributing to financial stability.

Palabras clave

Fideicomiso de administración, activos de riesgo, sistema financiero, separación patrimonial, simulación contractual, gobernanza fiduciaria

Keywords

Management trust, risk assets, financial system, asset separation, contractual simulation, fiduciary governance

Introducción

En el contexto del sistema financiero ecuatoriano, los fideicomisos mercantiles han sido tradicionalmente utilizados como vehículos de estructuración patrimonial, inversión colectiva y canalización de recursos para fines diversos, tanto públicos como privados.

Uno de los usos de la figura consiste en servir como mecanismo para la gestión y recuperación de activos de riesgo, en especial carteras de crédito vencidas, castigadas o improductivas. Los cuestionamientos a este uso nacen desde una percepción de desconfianza creciente por parte de los organismos de control, quienes objetan su empleo bajo el señalamiento de ser una herramienta propicia para “maquillar” balances financieros. En algunos casos, esta apreciación encuentra fundamento en prácticas inadecuadas, pero sería un error generalizar desde estos casos particulares.

El fideicomiso es, ante todo, una figura jurídica válida, reconocida en el derecho ecuatoriano y utilizada por la generalidad de sistemas jurídicos. Permite canalizar la gestión de activos bajo reglas técnicas, con separación patrimonial y supervisión especializada. Por esta razón, su utilización para la administración de cartera deteriorada no solo es legítima, sino que puede resultar altamente recomendable cuando se busca profesionalizar los procesos de recuperación, liberar a las instituciones de cargas operativas innecesarias y maximizar los retornos de activos que, de otro modo, tendrían un bajo nivel de recuperabilidad.

Por tanto, el problema no radica en el instrumento en sí, sino en cómo se estructura, administra y supervisa. Ecuador adolece de marcos regulatorios específicos que guíen y normen el uso de fideicomisos para la administración de activos problemáticos, lo que ha generado un uso desigual, a veces improvisado y otras veces distorsionado, de una alternativa que podría tener un alto valor estratégico para el sistema financiero.

Este artículo propone una revisión técnica y normativa del uso de soluciones fiduciarias en la gestión de activos de riesgo en el país, con especial atención al tratamiento contable, a la experiencia comparada y a la necesidad de distinguir entre el uso legítimo y el mal uso de estos instrumentos. El objetivo es contribuir a una visión más equilibrada que permita desmitificar y resaltar la utilidad técnica del fideicomiso como herramienta de eficiencia y no como sinónimo de opacidad o manipulación contable.

Fundamento legal del fideicomiso en el Ecuador

El fideicomiso es una institución jurídica contemplada expresamente en el ordenamiento ecuatoriano, reconocida como un mecanismo legítimo de administración de bienes, con separación patrimonial y fines específicos.¹ Su regulación se encuentra dispersa en varias normas, lo que exige una lectura sistemática para su correcta aplicación por parte de las instituciones del sistema financiero.

Base legal general

La figura del fideicomiso tiene su origen en el Código Civil ecuatoriano, en particular en los artículos 748 y siguientes, donde se regula la propiedad fiduciaria como aquella que está sujeta a pasar a otra persona por la verificación de una condición.² Aunque esta regulación corresponde al fideicomiso civil, centrado en la transmisión diferida de dominio, sienta las bases estructurales del concepto del fideicomiso mercantil: la separación patrimonial, la administración bajo condición y el interés de un tercero beneficiario.

1. Jorge Domínguez, *El fideicomiso: negocio jurídico, régimen fiscal inmobiliario, instrumento en la inversión extranjera* (Ciudad de México: Editorial Porrúa, 1996).

2. Jorge Hayzus, *Fideicomiso: finalidades en los ámbitos familiar y de negocios, funciones del fiduciario, patrimonios separados, protección de los beneficiarios, administración* (Buenos Aires: Editorial Astrea, 2000).

Bajo el marco de la Ley del Mercado de Valores y normas complementarias, el elemento central del fideicomiso mercantil consiste precisamente en la creación de un patrimonio autónomo, distinto del patrimonio de las partes intervinientes, lo cual le otorga estabilidad jurídica y protección frente a acreedores. Esta separación es la que le permite operar como un vehículo eficaz para la administración de activos, incluidos aquellos de alto riesgo o deteriorados.³

Aplicación financiera y regulatoria del fideicomiso de administración

El uso del fideicomiso en el ámbito financiero encuentra respaldo en el Código Orgánico Monetario y Financiero y en las resoluciones emitidas por la Junta de Política y Regulación Financiera (JPRF), la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros (SCVS), la Superintendencia de Bancos (SB) y la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria (SEPS), según el tipo de entidad constituyente.

En el caso concreto de estudio, el fideicomiso mercantil de administración está regulado en el Título XIII del Libro II de la Codificación de Resoluciones Monetarias, Financieras, de Valores y de Seguros, bajo el epígrafe “Fideicomiso Mercantil y Encargo Fiduciario”. Se trata de figuras utilizadas para la gestión profesional de activos transferidos a un patrimonio autónomo por parte del constituyente y administrados por una sociedad fiduciaria.

El fideicomiso de administración permite que una entidad constituyente transfiera la titularidad de ciertos activos a un patrimonio autónomo, con el fin de que estos sean gestionados conforme a instrucciones contractuales específicas.⁴ Este tipo de fideicomiso puede tener finalidades diversas, entre las que se incluye la administración de activos problemáticos con fines de recuperación, como la cartera vencida.

En definitiva, la normativa ecuatoriana reconoce al fideicomiso de administración como un instrumento legítimo para gestionar activos con finalidades como el desarrollo de proyectos, la liquidación ordenada o la conservación de valor. El mismo debe inscribirse en el Catastro Público del Mercado de Valores y cumplir expresas obligaciones de transparencia. El fiduciario está obligado a aplicar criterios técnicos de evaluación de activos, reportar calificaciones a la entidad constituyente y remitir información periódica al órgano de control. Además, deben sujetarse a estándares contables internacionales (NIIF) y cumplir con normativas de prevención de lavado de activos.

Límites y obligaciones en el marco del sistema financiero

Las instituciones del sistema financiero —bancos, cooperativas y mutualistas— pueden constituir fideicomisos como parte de su estrategia de gestión de activos; no obstante, deben cumplir con obligaciones contables y de reporte establecidas por los entes de control.

En el caso de las cooperativas y mutualistas, la Codificación de Resoluciones Monetarias, Financieras, de Valores y de Seguros contiene normas específicas que condicionan el uso del fideicomiso a principios de evaluación y provisión de activos. Estas normas obligan, por ejemplo, a incluir cláusulas en los contratos fiduciarios que garanticen la aplicación de criterios técnicos en la calificación de los activos transferidos y a reportar dicha información al ente de control.

3. Roberto Gonzalez, *Manual de fideicomiso en Ecuador y América Latina* (Quito: Edino, 2009).

4. Nicolás Giacomello, “Fideicomiso de garantía ¿una buena opción para garantizar obligaciones?” (Tesis, Universidad Abierta Interamericana, 2003), 48, <https://imgbiblio.vaneduc.edu.ar/fulltext/files/tc049487.pdf>.

Requisitos para la validez y efectividad del fideicomiso

Para que el fideicomiso pueda ser considerado una herramienta legalmente válida y eficaz para la administración de cartera de riesgo, deben cumplirse ciertos requisitos esenciales:

- Acto constitutivo válido por escritura pública
- Transferencia real de los activos, incluyendo endoso, cesión o traspaso formal al patrimonio autónomo
- Fiduciario autorizado, una sociedad fiduciaria constituida, inscrita y supervisada
- Gobernanza y reglas de administración claras, que delimiten funciones, riesgos, derechos y obligaciones de las partes contratantes
- Rendición de cuentas y trazabilidad, mecanismos de reporte interno y externo, conforme a lo dispuesto por el contrato y la regulación aplicable

Fideicomisos como solución especializada para activos de riesgo

La gestión de activos problemáticos —como cartera vencida, improductiva o castigada— representa uno de los desafíos estructurales más relevantes para las entidades del sistema financiero ecuatoriano. Estos activos, al no generar ingresos y exigir provisiones crecientes, deterioran los indicadores clave de desempeño, como rentabilidad, mora y cobertura de cartera problemática. En este escenario, el fideicomiso de administración surge como un instrumento jurídico-técnico idóneo para externalizar y profesionalizar la gestión de activos de difícil recuperación, permitiendo una administración más eficiente y especializada.⁵

¿Por qué recurrir al fideicomiso para administrar activos deteriorados?

En los últimos años, el sistema financiero ecuatoriano, especialmente en el sector cooperativo y de microfinanzas, ha evidenciado un deterioro progresivo en la calidad de su cartera de crédito. Las tasas de morosidad superan el 8,3 % en cooperativas y más del 10 % en microcréditos, lo que compromete la sostenibilidad institucional y la inclusión financiera. El incremento sostenido de la cartera improductiva, sumado al sobreendeudamiento de sectores vulnerables, refleja fallas estructurales en la gestión del riesgo de crédito.

La respuesta institucional ha sido limitada, con procesos internos manuales, ausencia de políticas técnicas y escasa profesionalización.⁶ En este contexto, el fideicomiso de administración se perfila como una herramienta necesaria —no accesorio— para canalizar la gestión de cartera deteriorada de forma técnica, transparente y con gobernanza independiente.

El fideicomiso de administración ofrece una serie de ventajas operativas, legales y contables que lo convierten en un vehículo eficaz para el tratamiento de cartera riesgosa:

- *Separación patrimonial*: los activos transferidos al fideicomiso pasan a formar parte de un patrimonio autónomo, lo que permite a la entidad constituyente identificar y aislar riesgos.
- *Administración profesional*: al estar a cargo de una sociedad fiduciaria, la gestión de la cartera puede realizarse con criterios especializados (recuperación, reestructuración, cobro judicial o extrajudicial) ajenos a las limitaciones operativas que podrían enfrentar las instituciones originadoras constituyentes.
- *Flexibilidad operativa y contractual*: el contrato de fideicomiso permite establecer reglas propias para el tratamiento de los activos, incluyendo esquemas de incentivos

5. Richard Quezada, "Los fideicomisos de inversión: análisis jurídico de su utilidad y seguridad" (Tesis de grado, Universidad Central del Ecuador, 2021), 55-57, <https://www.dspace.uce.edu.ec/entities/publication/46a618e9-53b0-4ae6-8e41-cbb57d415ffb>.

6. Patricia Gonzalez, "El crédito cae en las cooperativas de ahorro y crédito", Primicias, 12 de junio de 2025, <https://www.primicias.ec/economia/credito-cooperativas-ahorro-credito-morosidad-98330/>.

para la recuperación, condiciones de venta, distribución de recuperos y mecanismos alternativos de resolución de conflictos.

- *Trazabilidad y rendición de cuentas*: al operar bajo reglas fiduciarias, los resultados de la administración del fideicomiso deben ser reportados con transparencia a los beneficiarios y, en su caso, al ente de control.

Estas características resultan particularmente valiosas en un contexto de creciente morosidad y de necesidad de soluciones técnicas que permitan descongestionar los balances de las entidades financieras sin caer en prácticas contables distorsivas.

Tratamiento contable de la transferencia de cartera a un fideicomiso

El tratamiento contable de los activos transferidos a un fideicomiso de administración es un aspecto clave para determinar la legitimidad y transparencia de este mecanismo.⁷ De él depende que la operación pueda considerarse una verdadera gestión de cartera de riesgo y no una maniobra contable encubierta.

En el Ecuador, las normas contables aplicables a entidades del sistema financiero (bancos, cooperativas, mutualistas) se basan en las Normas Internacionales de Información Financiera (NIIF)⁸ y en la Codificación de Resoluciones Monetarias, Financieras, de Valores y de Seguros expedida por la Junta de Política y Regulación Financiera.

- a. Registro contable del activo antes de la transferencia: la cartera de crédito (activa o deteriorada) se encuentra registrada en la Cuenta 14 – Cartera de crédito. Esta cuenta se desglosa en subcuentas como créditos por vencer, vencidos, improductivos o castigados. Mientras los créditos permanezcan aquí, forman parte del balance operativo y afectan directamente indicadores como mora, rentabilidad y provisiones específicas requeridas.
- b. Uso de la Cuenta 16 como puente (cuando aplica): en algunos casos, previo a la transferencia formal al fideicomiso, las entidades pueden reclasificar los activos a la Cuenta 16 – Cuentas por cobrar, con la finalidad de separar de forma provisional los valores pendientes de cobro o preparación documental.

Este movimiento contable es admisible cuando existe un proceso formal de transferencia en curso, mientras se mantenga la trazabilidad del activo original y no se pretenda evadir provisiones o controles del ente regulador.

- c. Registro en la Cuenta 19 – Derechos fiduciarios: una vez formalizada la transferencia de cartera al fideicomiso, el activo debe ser reclasificado en la cuenta de derechos fiduciarios. Esta reclasificación es válida solo si el patrimonio autónomo actúa con autonomía técnica, bajo control fiduciario independiente y la entidad originadora no conserva el control económico de los activos. De lo contrario, la transferencia podría considerarse meramente formal y no efectiva.
- d. Regulación específica en el sector cooperativo y mutualista: en el caso de cooperativas de ahorro y crédito y mutualistas, la Disposición General Décima Segunda, contenida en la Sección V del Capítulo XXXVI del Título II del Libro I de la Codificación de Resoluciones, establece:

7. Miguel Herrera, María Zúñiga, Víctor Santistevan, Normas Internacionales de Información Financiera (NIIF) Un enfoque desde la Academia (Quito: Ediciones Abya-Yala, 2024), 43-70. <https://dspace.ups.edu.ec/bitstream/123456789/28073/4/Normas%20Internacionales%20de%20informacio%CC%81n%20financiera%20NIIF.pdf>

8. International Accounting Standards Board (IASB), *Norma de Contabilidad NIIF para las PYMES* (Londres: International Accounting Standards Board, 2025), <https://www.ifrs.org/content/dam/ifrs/publications/ifrs-for-smes/spanish/2025/ifrs-for-smes-es.pdf?bypass=on>

Para la valoración de los derechos fiduciarios, las entidades del sector financiero popular y solidario incluirán en los contratos de constitución del fideicomiso mercantil, una cláusula por medio de la cual se obligue al administrador fiduciario la aplicación de los criterios establecidos en la presente norma, para la evaluación de los activos que sean transferidos al patrimonio autónomo.

La calificación asignada por el administrador del fideicomiso [...] deberá ser informada a la respectiva entidad [...]. Tratándose de cartera de crédito y contingentes, cada entidad financiera deberá reportar al organismo de control en las respectivas estructuras de crédito.⁹

Adicionalmente, la SEPS ha exigido constituir provisiones específicas en la subcuenta 199910 – Provisión por valuación de derechos fiduciarios, aplicar los mismos criterios de calificación de riesgo crediticio que si la cartera estuviera en balance directo y reportar la información al ente de control con la misma periodicidad y estructura técnica que las demás operaciones de crédito.

Aunque esto refuerza el principio de equivalencia contable y prudencial entre activos en balance y activos fiduciarios, como desventaja impone a las entidades financieras la obligación de mantener el tratamiento contable y la calificación crediticia de los derechos fiduciarios bajo la lógica del activo crediticio original.

Esta postura, aunque precautoria, resulta discutible a nivel conceptual, pues desconoce la esencia jurídica del fideicomiso como un patrimonio autónomo y separado, e impide reflejar adecuadamente la transferencia de riesgos en los estados financieros. En la práctica, esta imposición convierte al fideicomiso en una mera estructura formal, sin impacto real en el saneamiento del balance, lo cual desincentiva su uso legítimo como herramienta de gestión especializada.

Frente a ello, resulta razonable promover una alternativa regulatoria que permita, bajo condiciones técnicas verificables, el registro de los derechos fiduciarios de forma separada del activo crediticio original. Tal tratamiento debería condicionarse a la efectiva transferencia del riesgo, la independencia operativa del fiduciario y la existencia de políticas de recuperación propias del patrimonio autónomo. Esto permitiría un reconocimiento contable más fiel, alineado con los principios de sustancia sobre forma, sin descuidar los mecanismos de reporte y supervisión prudencial. En definitiva, se trata de evitar que el fideicomiso se reduzca a una ficción contable o, por el contrario, que su uso se vea limitado por una normativa que penaliza estructuralmente su aplicación incluso en escenarios con validez técnica.

e. Criterios internacionales de baja en libros: según NIIF 9, un activo financiero debe darse de baja del balance cuando:

- Se extinguen los derechos contractuales sobre los flujos de efectivo del activo.
- Se transfieren sustancialmente todos los riesgos y beneficios asociados al activo.
- Se transfiere el control sobre el activo, incluso si se retienen algunos riesgos menores.

En fideicomisos de cartera, la fiduciaria debe tener control operativo sobre la administración y cobro de los créditos. La entidad originadora no puede condicionar ni modificar unilateralmente la gestión del fideicomiso, por lo que los flujos de recuperación deben canalizarse bajo reglas fiduciarias, con derechos económicos limitados al beneficiario. Si estos elementos no se cumplen, el fideicomiso no puede justificar una baja en libros ni una reclasificación contable.

⁹Junta de Política y Regulación Financiera, *Codificación de Resoluciones Monetarias, Financieras, de Valores y de Seguros* (Quito: Junta de Política y Regulación Financiera, 2023). https://jprf.gob.ec/wp-content/uploads/2023/04/LIBRO-I-Codificacion-JPRF_Actualizado-Res-063-14_03_2023.pdf.

En definitiva, el tratamiento contable del fideicomiso de cartera debe ser coherente con la realidad jurídica y económica de la operación. Cuando se transfiere efectivamente el riesgo y se cumple con los criterios de autonomía fiduciaria, la reclasificación es válida y permite descongestionar el balance operativo. Sin embargo, si se usa sin sustancia económica, puede generar distorsión contable y eventuales sanciones regulatorias. La normativa vigente en Ecuador ya prevé mecanismos para evitar estos abusos, lo que confirma que el fideicomiso bien utilizado es un instrumento técnico, no un artificio financiero.

Elementos esenciales para una implementación técnica y legítima

Para que el fideicomiso cumpla con su finalidad técnica y no sea percibido como una maniobra contable, deben observarse las siguientes condiciones mínimas:

- *Transferencia efectiva de los activos y sus riesgos*: incluyendo cesión formal de los derechos, documentación completa y autonomía operativa del fiduciario.
- *Diseño contractual adecuado*: el contrato de fideicomiso debe contener reglas claras de administración, recuperación, distribución de flujos, provisión de información y mecanismos de supervisión.
- *Rendición de cuentas estructurada*: reportes periódicos, control de resultados, auditorías y seguimiento de indicadores de desempeño, tanto financieros como operativos.
- *Coherencia contable y normativa*: el tratamiento contable de los derechos fiduciarios debe ser consistente con su naturaleza económica y jurídica, aplicando los principios prudenciales definidos por la NIIF y las normas del ente de control.

Cumplidas estas condiciones, el fideicomiso deja de ser una figura controvertida para convertirse en lo que realmente es: una herramienta jurídica sofisticada y transparente al servicio de una gestión especializada y profesional de activos de riesgo.

Riesgos del uso inapropiado: entre la solución técnica y la simulación contable

La desconfianza de los organismos de control frente al uso de fideicomisos para la administración de cartera deteriorada no se encuentra justificada, ya que no proviene de la figura jurídica en sí misma, sino del uso abusivo o carente de sustancia económica real. En algunos casos, se ha recurrido a esta estructura para simular una transferencia patrimonial que en realidad no representa un desprendimiento efectivo de riesgos ni implica autonomía funcional o gobernanza fiduciaria independiente. Este tipo de simulación —que puede configurar un acto jurídicamente inoponible o incluso nulo— también genera una distorsión contable al presentar balances saneados con activos que en esencia no han salido del dominio ni del riesgo de la entidad originadora.

Este riesgo no es exclusivo del fideicomiso y se repite en otras figuras desnaturalizadas como compraventas simuladas, aportes societarios ficticios o liquidaciones encubiertas para eludir pasivos o tributos. Por ello, más que restringir estas herramientas, lo urgente es reforzar la supervisión técnica y los criterios de trazabilidad. En el caso del fideicomiso, ello implica verificar la transferencia efectiva de activos, asegurar la independencia operativa del patrimonio autónomo y exigir reportes consistentes entre el fiduciario y la entidad originadora. Solo así se garantiza que esta figura actúe como un mecanismo legítimo de recuperación patrimonial y no como una fachada formal destinada a encubrir riesgos o eludir responsabilidades.

Derecho comparado: modelos institucionales para la gestión especializada de activos deteriorados

El uso de vehículos fiduciarios para administrar la cartera deteriorada no es una invención aislada del sistema ecuatoriano, sino una práctica extendida en múltiples jurisdicciones. Estas han desarrollado estructuras legales y operativas robustas para enfrentar crisis bancarias, mejorar la eficiencia de recuperación y mantener la estabilidad financiera. A través de fideicomisos, sociedades de gestión de activos o fondos especiales, varios países han institucionalizado soluciones para canalizar activos problemáticos fuera del balance operativo de las entidades financieras.

De esta manera, países como España, México y Colombia han implementado fideicomisos, sociedades de gestión de activos o fondos especializados con marcos regulatorios sólidos para canalizar activos problemáticos fuera del balance operativo de las entidades financieras. Todo ello sin descuidar la transparencia, la gobernanza ni la recuperación efectiva.

En España se creó la Sareb como sociedad mixta para absorber activos tóxicos tras la crisis de 2008, operando bajo principios fiduciarios aunque sin ser un fideicomiso en sentido estricto.¹⁰ En México, instrumentos como el FOBAPROA y los fideicomisos FIRA fueron claves para adquirir la cartera deteriorada bancaria o promover el crédito agropecuario, demostrando que los fideicomisos pueden ser también herramientas de política pública. En Colombia, los fideicomisos de administración y pagos permiten a entidades financieras transferir la cartera riesgosa a fiduciarias privadas bajo reglas contractuales, contables y regulatorias claras, consolidándose como un modelo técnico y transparente.

Conclusiones

El fideicomiso, bien estructurado y aplicado conforme a principios técnicos y normativos, constituye una herramienta legítima, eficiente y jurídicamente válida para la administración de activos de riesgo en el sistema financiero. Su valor radica en la posibilidad de aislar patrimonialmente activos deteriorados, canalizarlos hacia una gestión especializada y trazable y facilitar procesos de recuperación sin generar alteraciones artificiales en los indicadores financieros de las entidades originadoras.

Sin embargo, en ausencia de una regulación específica, su uso ha sido objeto de distorsiones y prácticas inadecuadas, así como de percepciones negativas que han deslegitimado, injustamente, su verdadero potencial.

Frente a ello, se sostiene que el problema no radica en el fideicomiso en sí mismo, sino en su mal diseño, débil implementación o falta de control regulatorio. La experiencia comparada demuestra que los fideicomisos, o estructuras equivalentes, pueden ser vehículos eficaces de política pública y herramientas operativas funcionales para enfrentar escenarios de deterioro masivo de cartera. Su éxito depende, no de su forma legal, sino de los mecanismos de gobernanza, rendición de cuentas y supervisión con los que se implementan.

La recuperación de cartera de riesgo es una necesidad estructural para las instituciones financieras del país. El fideicomiso, lejos de ser un artificio contable, puede y debe convertirse en una solución técnica transparente, regulada y eficiente, capaz de mejorar la calidad de los activos, proteger la solvencia patrimonial y contribuir a la estabilidad del sistema financiero ecuatoriano.

10. Ubaldo Nieto de Alba, "Reflexiones sobre calidad de los controles financieros en España antes y después de la crisis", *Revista Española de Control Externo* 20, No. 58 (2018): 13-32, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6541900>.

Referencias

- Domínguez, Jorge. *El fideicomiso: negocio jurídico, régimen fiscal inmobiliario, instrumento en la inversión extranjera*. Ciudad de México: Editorial Porrúa, 1996. https://books.google.com.ec/books/about/El_fideicomiso.html?id=vXctcAAACAAJ&redir_esc=y
- Giacomello, Nicolás. "Fideicomiso de garantía ¿una buena opción para garantizar obligaciones?". Tesis de grado, Universidad Abierta Interamericana, 2003. <https://imgbiblio.vane-duc.edu.ar/fulltext/files/tc049487.pdf>
- González, Patricia. "El crédito cae en las cooperativas de ahorro y crédito". Primicias. 12 de junio de 2025. <https://www.primicias.ec/economia/credito-cooperativas-ahorro-credito-morosidad-98330/>
- González, Roberto. *Manual de fideicomiso en Ecuador y América Latina*. Quito: Editorial Edino, 2009. <https://catalogo.casagrande.edu.ec/bib/133602>
- Hayzus, Jorge. *Fideicomiso: finalidades en los ámbitos familiar y de negocios, funciones del fiduciario, patrimonios separados, protección de los beneficiarios, administración*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2000. https://books.google.com.ec/books/about/Fideicomiso.html?id=aL-qdAAAACAAJ&redir_esc=y
- Herrera, Miguel, Zúñiga, María y Santistevan, Víctor. *Normas Internacionales de Información Financiera (NIIF) Un enfoque desde la Academia*. Quito: Ediciones Abya-Yala, 2024. <https://dspace.ups.edu.ec/bitstream/123456789/28073/4/Normas%20Internacionales%20de%20informacio%CC%81n%20financiera%20NIIF.pdf>
- International Accounting Standards Board (IASB). *Norma de Contabilidad NIIF para las PYMES*. Londres: International Accounting Standards Board, 2025. <https://www.ifrs.org/content/dam/ifrs/publications/ifrs-for-smes/spanish/2025/ifrs-for-smes-es.pdf?bypass=on>
- Junta de Política y Regulación Financiera. *Codificación de Resoluciones Monetarias, Financieras, de Valores y de Seguros*. Quito: Junta de Política y Regulación Financiera, 2023. https://jprf.gob.ec/wp-content/uploads/2023/04/LIBRO-I-Codificacion-JPRF_Actualizado-Res-063-14_03_2023.pdf
- Nieto de Alba, Ubaldo. "Reflexiones sobre calidad de los controles financieros en España antes y después de la crisis". *Revista Española de Control Externo* 20, No. 58 (2018): 13-32. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6541900>
- Quezada, Richard. "Los fideicomisos de inversión: análisis jurídico de su utilidad y seguridad" Tesis de grado, Universidad Central del Ecuador, 2021. <https://www.dspace.uce.edu.ec/entities/publication/46a618e9-53b0-4ae6-8e41-cbb57d415ffb>

DURINI & GUERRERO

ABOGADOS

El principio de suficiencia y la constitucionalización de los límites al consumo: hacia un nuevo estándar jurídico ambiental en América Latina

The Principle of Sufficiency and the Constitutionalization of Consumption Limits: Towards a New Legal-Environmental Standard in Latin America

María Camila Torres Hurtado
maria.torres@es.uazuay.edu.ec

Resumen

Este trabajo explora el principio de suficiencia como una herramienta jurídica para enfrentar la crisis ecológica y repensar la relación entre libertad individual y límites al consumo. La suficiencia, a diferencia de los enfoques clásicos de igualdad o sostenibilidad, no persigue que todos tengamos lo mismo, sino garantizar que nadie quede por debajo de un umbral digno de recursos, sin que ello implique sobrepasar los límites ecológicos del planeta. El análisis realizado combina experiencias europeas con innovaciones propias de América Latina, en particular el reconocimiento constitucional de los derechos de la naturaleza y el principio del *Sumak Kawsay*. A partir de estos referentes, se plantea cómo la suficiencia puede operar como criterio vinculante para la interpretación jurídica y, al mismo tiempo, como límite legítimo cuando el ejercicio de ciertos derechos fundamentales amenaza la integridad de los ecosistemas o la equidad intergeneracional. El artículo concluye que incorporar la suficiencia en las políticas públicas, en la jurisprudencia y en la educación ambiental no es solo deseable, sino urgente. Este enfoque permite avanzar hacia un modelo de desarrollo en el que el bienestar no se mida por el consumo ilimitado, antes bien por la armonía entre las personas y la naturaleza. Releer la libertad a la luz de los límites biofísicos es, así, una condición indispensable para frenar la degradación ambiental y construir sociedades comprometidas con el medio ambiente.

Abstract

This paper explores the principle of sufficiency as a legal tool to address the ecological crisis and to rethink the relationship between individual freedom and consumption limits. Unlike classical approaches to equality or sustainability, sufficiency does not seek to ensure that everyone has the same, but rather to guarantee that no one falls below a dignified minimum threshold of resources, while not exceeding the planet's ecological limits. The analysis combines European experiences with Latin American innovations, particularly the constitutional recognition of the rights of nature and the principle of *Sumak Kawsay*. Based on these references, it examines how sufficiency can function as a binding criterion for legal interpretation and as a legitimate limit to certain fundamental rights when their exercise threatens the integrity of ecosystems or intergenerational equity. The article concludes that incorporating sufficiency into public policy, jurisprudence, and environmental education is not only desirable but urgent, to move toward a development model in which well-being is measured not by unlimited consumption but by harmony between people and nature. Rereading freedom in light of biophysical limits is therefore an essential condition to halt environmental degradation and to build societies committed to environmental protection.

Palabras clave:

Suficiencia, constitucionalismo, *Sumak Kawsay*, límites al consumo, libertad individual; América Latina, derecho ambiental

Keywords:

Sufficiency, constitutionalism, *Sumak Kawsay*, consumption limits, individual freedom, Latin America, environmental law

Introducción

¿Hasta qué punto el ser humano tiene derecho a consumir sin límites?

Esta pregunta, que podría parecer propia de debates éticos, se ha convertido en una urgencia jurídica en las últimas décadas. La crisis ambiental se manifiesta como una realidad tangible que atraviesa dimensiones ecológicas, económicas y sociales. Procesos como el aumento sostenido de la temperatura global, la pérdida de biodiversidad, la acidificación de los océanos y la contaminación atmosférica y del agua evidencian la inviabilidad del actual modelo de desarrollo.¹ En América Latina, esta situación se intensifica debido a la coexistencia de una alta diversidad biológica con profundas desigualdades sociales y la dependencia de economías extractivistas.²

Este panorama obliga a repensar los marcos constitucionales vigentes y los fundamentos mismos de los derechos. La Constitución ecuatoriana de 2008, que reconoce a la naturaleza como sujeto de derechos y adopta el *Sumak Kawsay* como modelo, constituye un ejemplo paradigmático de constitucionalismo ecológico.³ En este contexto, el consumo excesivo, interpretado a menudo como una extensión legítima de la libertad individual, se revela como un factor de presión ecológica que desborda el ámbito privado y se convierte en un problema jurídico central.

La tensión entre desarrollo económico, autonomía individual y derechos de la naturaleza no puede resolverse solo mediante medidas de mitigación o compensación, pues estas suelen actuar sobre daños ya consumados. La magnitud de la crisis exige una relectura de los derechos fundamentales en clave ecológica, en la que el principio de responsabilidad intergeneracional y el deber de cuidado hacia los sistemas naturales se integren como elementos constitutivos de su contenido.⁴ Bajo esta perspectiva, el principio de suficiencia se plantea como una propuesta normativa capaz de delimitar legítimamente el ejercicio de ciertos derechos cuando su materialización implique un riesgo grave para la integridad de los ecosistemas o para la capacidad de las generaciones futuras de satisfacer sus propias necesidades.⁵

Desarrollo

Inspirado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán y en corrientes contemporáneas de la filosofía política, el principio de suficiencia —también denominado suficientarismo— sostiene que lo moralmente relevante no es que todas las personas dispongan de los mismos recursos, sino que ninguna quede por debajo de un umbral mínimo que garantice una vida digna.⁶ Autoras como Paula Casal han desarrollado esta idea, subrayando que es éticamente prioritario que todos vivan por encima de un nivel básico de bienestar, libres de

1. Jorge W. Mieles-Giler, José M. Guerrero-Calero, María R. Moran-González y María L. Zapata-Velasco, "Evaluación de la degradación ambiental en hábitats naturales," *Journal of Economic and Social Science Research* 4, n.º 3 (2024): 65–88. <https://economicsocialresearch.com/index.php/home/article/view/121>

2. Eduardo Gudynas, "Más allá del nuevo extractivismo: transiciones sostenibles y alternativas al desarrollo," en *El desarrollo en cuestión. Reflexiones desde América Latina*, 379–410 (La Paz: Plural editores, 2011).

3. Ángela M. A. Arias, María M. Andino, Timothy C. Byrne, César A. Chinchilla, Juan Domínguez, María D. P. G. Pachón, et.al, *Reconocimiento de la naturaleza y de sus componentes como sujetos de derechos* (Bogotá: Universidad Externado, 2020).

4. Edith Brown Weiss, *In Fairness to Future Generations: International Law, Common Patrimony, and Intergenerational Equity* (Dobbs Ferry, NY: Transnational Publishers, 1989).

5. Kate Raworth, *Economía rosquilla* (Barcelona: Grupo Planeta, 2018).

6. Harry Frankfurt, "Equality as a Moral Ideal," en *The Notion of Equality*, 367–389 (Londres: Routledge, 2018).

privaciones graves. Esto supone desplazar la comparativa del igualitarismo estricto hacia la erradicación de la pobreza extrema y la satisfacción de necesidades fundamentales, siempre dentro de los límites biofísicos del planeta.⁷

En el ámbito jurídico-constitucional, la aplicación del principio de suficiencia permite articular un estándar interpretativo que, lejos de restringir de forma arbitraria la libertad individual, la redefine en armonía con la responsabilidad ecológica colectiva. Así, la libertad deja de concebirse como un derecho absoluto de consumo y pasa a entenderse como una facultad condicionada por el respeto a los ciclos vitales de la naturaleza y a la equidad intergeneracional.⁸ En consecuencia, el consumo ilimitado deja de ser una expresión legítima de autonomía y se convierte en una amenaza que puede y debe ser jurídicamente limitada, a fin de preservar las condiciones materiales que hacen posible el ejercicio mismo de los derechos.

La incorporación del principio de suficiencia en el diseño de políticas públicas no se presenta únicamente como una opción deseable, más bien como una urgencia impostergable frente a la crisis ecológica global. Esta perspectiva propone avanzar hacia un modelo de desarrollo que no mida el bienestar en función de la acumulación material y el consumo irrestricto, sino que lo conciba como el resultado de un equilibrio armónico entre las personas y la naturaleza. Releer la libertad desde los límites biofísicos del planeta no implica renunciar a la autonomía, representa ejercerla de manera más consciente, reconociendo que el bienestar humano y la salud de los ecosistemas constituyen dimensiones inseparables de un mismo proyecto civilizatorio.⁹

Este paradigma ético y jurídico reconoce la existencia de un umbral material básico: por debajo de él, las desigualdades adquieren relevancia moral obligatoria; por encima, pierden justificación normativa, siempre que nadie quede excluido de ese mínimo digno.¹⁰ En escenarios de escasez de recursos o de crisis ambiental, el suficientarismo ofrece un criterio relevante en particular: la justicia no exige igualar a todos, sino garantizar que toda persona viva libre de privaciones esenciales. Desde esta perspectiva, la suficiencia se convierte en un marco normativo capaz de reconciliar la justicia social con la responsabilidad ecológica, especialmente en Estados que han constitucionalizado los derechos de la naturaleza.

El caso de Ecuador resulta ejemplar. Su Constitución de 2008 reconoce a la naturaleza como sujeto de derechos (Art. 71), consagra el derecho a un ambiente sano como fundamental (Art. 14) y adopta el *Sumak Kawsay* o Buen Vivir como eje de su modelo de desarrollo (Art. 275).¹¹ En este marco, la suficiencia resulta coherente con el texto constitucional, además provee un criterio hermenéutico para armonizar derechos en tensión, como el desarrollo económico y la integridad ecológica, evitando que la libertad individual se instrumentalice para justificar patrones de consumo ambientalmente insostenibles.¹²

Aplicar el principio de suficiencia al consumo implica asumir que este no constituye un derecho absoluto, más bien debe estar sujeto a límites jurídicos razonables fundados en el respeto a los umbrales ecológicos del planeta, la equidad intergeneracional y los deberes constitucionales de protección ambiental. No se trata de prohibir el consumo, sino de

7. Ramón Fernández Durán, *El Antropoceno: La expansión del capitalismo global choca con la biosfera* (Barcelona: Virus Editorial, 2011).

8. Héctor C. Vargas Cancino y Diego E. Velázquez Muñoz, *El consumo consciente y los derechos de la comunidad de la vida: perspectivas desde la ética del cuidado*, España: Dykinson, 2023.

9. Gustavo Klier y Gabriel Folguera, "¿Caras de una misma moneda? Conservación de la biodiversidad y extractivismo en América Latina," *Letras Verdes, Revista Latinoamericana de Estudios Socioambientales*, n.º 22 (2017): 182–204. <https://revistas.flacsoandes.edu.ec/letrasverdes/article/view/2704>

10. Harry Frankfurt, "Equality as a Moral Ideal," en *The Notion of Equality*, 367–389 (Londres: Routledge, 2018); Paula Casal, "Por qué la suficiencia no basta," en *Igualitarismo. Una discusión necesaria*, 269–301 (Chile: Centro de Estudios Públicos 2016).

11. Constitución de la República del Ecuador 2008, arts. 14, 71 y 275.

12. Gudynas, *Más allá del nuevo extractivismo: transiciones sostenibles y alternativas al desarrollo*, 379–410

reorientarlo: consumir lo necesario y no lo superfluo, satisfacer necesidades legítimas y no deseos ilimitados.¹³

En el derecho comparado, Alemania ha ofrecido un referente normativo relevante. En su histórica sentencia del 24 de marzo de 2021 sobre la Ley Federal de Protección del Clima (*Klimaschutzgesetz*), el Tribunal Constitucional Federal sostuvo que las políticas climáticas deben considerar los derechos de libertad de las generaciones futuras, amenazados por un uso desproporcionado de los recursos naturales en el presente.¹⁴ Aunque el fallo no emplea expresamente el término *suficiencia*, su razonamiento refleja su lógica esencial: limitar hoy para preservar mañana. Doctrinarios como Wolfgang Sachs y Niko Paech han profundizado en esta línea, defendiendo modelos post-crecientistas que, a diferencia de la eficiencia o la innovación tecnológica, no buscan hacer más con menos, sino hacer menos cuando el más implica transgredir los límites planetarios.

Este matiz diferencia la suficiencia de la sostenibilidad clásica formulada en el Informe Brundtland (1987), entendida como la satisfacción de las necesidades presentes sin comprometer las de las futuras generaciones. En dicho documento, la sostenibilidad se presenta como un equilibrio entre crecimiento económico, protección ambiental y bienestar social, partiendo de la premisa de que el desarrollo puede mantenerse indefinidamente si se gestiona de manera responsable.¹⁵ Aunque aceptada con amplitud, esta noción ha sido criticada por su ambigüedad y por su cooptación como legitimación de modelos de crecimiento verde que, si bien mejoran la eficiencia, no cuestionan la lógica expansiva del consumo. La suficiencia, en cambio, impone límites cuantificables y éticamente vinculantes, lo que le otorga una capacidad transformadora mayor.

En América Latina, esta propuesta adquiere un carácter estratégico. La región, aunque es una de las más ricas en biodiversidad y bienes naturales, también es una de las más desiguales y vulnerables a los impactos del cambio climático.¹⁶ Frente a esta realidad, la suficiencia se articula con el constitucionalismo ecológico latinoamericano, en el que el *Sumak Kawsay* promueve la reciprocidad, la comunidad y el respeto a los ciclos naturales, principios incompatibles con un consumo ilimitado. Además, en contextos de desigualdad estructural, la suficiencia también supone redistribuir el acceso a bienes ambientales, limitando el consumo excesivo de sectores privilegiados para garantizar condiciones de vida dignas para todos, en línea con la equidad intergeneracional y el derecho a un ambiente sano.

Por otro lado, la libertad de consumo, reconocida de forma implícita en numerosos marcos constitucionales de tradición liberal, ha sido interpretada históricamente como una extensión de la autonomía personal y de la capacidad de elección individual. Este acto, más allá de su dimensión económica, porta un significado cultural y simbólico que lo sitúa en el núcleo mismo de las sociedades contemporáneas.¹⁷ Sin embargo, cuando el ejercicio ilimitado de esta libertad entra en colisión con bienes jurídicos colectivos como el ambiente o con los derechos de las generaciones futuras, resulta imperativo replantear su alcance y naturaleza.

En este punto, el principio de suficiencia emerge como un criterio normativo de contención que trasciende la esfera privada del consumo para interpretarlo como una práctica con implicaciones sistémicas. De esta manera, el consumo deja de concebirse como una decisión puramente individual para enmarcarse dentro de parámetros de justicia ambiental y respon-

13. Wolfgang Sachs, *Planet Dialectics: Explorations in Environment and Development* (Londres: Zed Books, 1999).

14. Bundesverfassungsgericht [Tribunal Constitucional Federal de Alemania], *Order of the First Senate of 24 March 2021 – 1 BvR 2656/18, 1 BvR 78/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 288/20*.

15. Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo (ONU), *Informe Brundtland: Nuestro futuro común* (Oxford: Oxford University Press, 1987).

16. José Samaniego y Helga Schneider, *Cuarto informe sobre financiamiento para el cambio climático en América Latina y el Caribe, 2016 (No. 44487)* (Santiago de Chile: Naciones Unidas, CEPAL, 2019).

17. Amartya Sen, *Libertad y desarrollo* (Oxford: Oxford University Press, 1999).

sabilidad intergeneracional.¹⁸ Esta resignificación exige un cambio estructural en la manera de concebir los derechos fundamentales, armonizando las libertades individuales con las obligaciones derivadas de la preservación de los ecosistemas.

La teoría constitucional contemporánea reconoce que los derechos fundamentales no son absolutos; su ejercicio puede y, en algunos casos, debe ser limitado cuando entra en conflicto con otros bienes constitucionalmente protegidos.¹⁹ En el ámbito del consumo, esta premisa se traduce en la posibilidad de imponer restricciones a patrones que resulten ambiental o socialmente insostenibles. Desde la perspectiva del Estado constitucional ecológico, tales límites encuentran justificación en la protección de los derechos de la naturaleza, en la aplicación del principio de suficiencia y en el deber estatal de garantizar condiciones de vida dignas a largo plazo.²⁰

El impacto ambiental del consumo desmedido resulta evidente a la luz de los indicadores globales: la sobreexplotación de recursos naturales, la acumulación masiva de residuos y la creciente huella ecológica de estilos de vida intensivos en carbono configuran un patrón estructural insostenible.²¹ En este escenario, la libertad de consumo, aunque amparada por marcos constitucionales tradicionales como expresión legítima de la autonomía individual, se ve limitada por las consecuencias externas que genera. Tal como sostiene Spash, el consumo no es neutro desde un punto de vista ecológico y, por ello, no puede quedar exento del escrutinio normativo, especialmente en contextos donde sus efectos comprometen la capacidad regenerativa de los ecosistemas.²²

El caso ecuatoriano ofrece un panorama privilegiado para analizar esta problemática. La Constitución de 2008, pionera en el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos, introduce un marco ético-jurídico que desplaza el antropocentrismo liberal y abre paso a una concepción biocéntrica del derecho. Bajo esta lógica, la Pachamama deja de ser objeto de apropiación para convertirse en sujeto de protección jurídica, lo que obliga a reinterpretar los derechos fundamentales, incluida la libertad económica y de consumo, a la luz de límites derivados del respeto a los ciclos vitales, la biodiversidad y el equilibrio de los ecosistemas.²³

Asimismo, el principio del *Sumak Kawsay* se configura no solo como una aspiración cultural, sino como un principio estructural del Estado ecuatoriano. Esta noción desplaza la idea de desarrollo como acumulación ilimitada y propone, en cambio, una racionalidad orientada a la armonía entre seres humanos y naturaleza. En este contexto, el consumo ostentoso, acumulativo o ambientalmente insostenible puede ser legítimamente restringido, ya sea por razones de justicia intergeneracional o como cumplimiento del mandato constitucional de protección a la naturaleza.²⁴

18. Frankfurt, *Equality as a Moral Ideal*, 367.

19. Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002).

20. David R. Boyd, *The Rights of Nature: A Legal Revolution That Could Save the World* (Toronto: ECW Press, 2017).

21. Johan Rockström et al., "Los límites planetarios: exploración del espacio operativo seguro para la humanidad," *Ecología y Sociedad* 14, n.º 2 (2009): 32. <https://www.stockholmresilience.org/research/planetary-boundaries.html>

22. Clive L. Spash, "The Brave New World of Carbon Trading," *New Political Economy* 15, n.º 2 (2010): 169–195, https://www.clivespash.org/wp-content/uploads/2015/04/2010_Spash_Brave_New_World_NPE1.pdf

23. Gudynas, *Más allá del nuevo extractivismo: transiciones sostenibles y alternativas al desarrollo*.

24. Alberto Acosta, "Degrowth and Buen Vivir: Perspectives for a Great Transformation," en *Routledge Handbook of Latin America and the Environment*, 305–314 (Londres: Routledge, 2023).

Este giro normativo transforma la comprensión del derecho al consumo, estableciendo la suficiencia como un estándar de contención constitucional. La suficiencia, así entendida, no representa una limitación arbitraria de la libertad, es una manifestación de un modelo de vida alternativo donde la sostenibilidad ecológica, la equidad social y el respeto por lo viviente se constituyen en imperativos constitucionales.²⁵

La consolidación de un constitucionalismo ecológico, en diálogo con perspectivas posliberales, ha abierto un nuevo horizonte interpretativo para los derechos fundamentales. En este marco, la suficiencia no se concibe únicamente como un ideal ético o socioeconómico, sino como un principio jurídico emergente que permite reconfigurar el núcleo mismo de la libertad y la justicia. Frente a un constitucionalismo liberal que prioriza la autonomía individual y la expansión ilimitada del mercado, el constitucionalismo ecológico propone un desplazamiento del centro de gravedad normativo: la libertad se redefine como contención responsable dentro de los límites biofísicos del planeta y la justicia se interpreta como armonía colectiva e interdependencia ecológica.²⁶

En consecuencia, los derechos fundamentales dejan de concebirse como absolutos y expansivos para asumirse como prerrogativas condicionadas por los límites materiales del planeta. En el caso ecuatoriano, el *Sumak Kawsay* debería ser interpretado como un parámetro sustantivo que oriente las políticas públicas y regule las prácticas privadas de consumo. Bajo esta lectura, se facultaría a jueces y operadores jurídicos para restringir aquellas prácticas extractivistas, consumistas o depredadoras que vulneren los equilibrios ecosistémicos o comprometan las condiciones de vida digna de las generaciones futuras.²⁷

En este sentido, el principio de suficiencia enriquecería el lenguaje del constitucionalismo latinoamericano, así como propiciaría un giro decolonial y ecológico en la interpretación jurídica. Ello permitiría comprender la libertad como responsabilidad y la justicia como equilibrio ecosistémico, desafiando los fundamentos del modelo capitalista y resignificando el consumo como una práctica sujeta a criterios de justicia ecológica, sostenibilidad y reciprocidad. Como ha señalado Gudynas²⁸, el Buen Vivir no es únicamente un ideal político, sino un horizonte normativo que redefine las prioridades de las sociedades, situando la vida en el centro de las decisiones jurídicas y políticas.

Este principio posee un potencial transformador en múltiples dimensiones. En el ámbito de las políticas públicas, podría orientar la transición desde modelos productivistas hacia modelos regenerativos, en los que el Estado incentive un consumo responsable, la producción local de bienes esenciales y la redistribución de recursos bajo criterios de equidad social y ambiental.²⁹ En el plano jurisdiccional, funcionaría como parámetro hermenéutico para evaluar la proporcionalidad y legitimidad de prácticas económicas y de consumo frente a los derechos de la naturaleza. Esto ya ha ocurrido en precedentes judiciales ecuatorianos como la sentencia de la Corte Constitucional No. 1149-19-JP/21, que limitó actividades mineras por su impacto irreversible sobre ecosistemas protegidos.

La educación ambiental constituye otro campo clave para la incorporación de este principio, pues puede contribuir a desarticular el imaginario que vincula bienestar con consumo ilimitado, promoviendo en su lugar valores de suficiencia, interdependencia y cuidado.³⁰ Su

25. Joan Martínez-Alier, *El ecologismo de los pobres: Conflictos ambientales y lenguajes de valoración* (Barcelona: Icaria, 2009).

26. Klaus Bosselmann, *The Principle of Sustainability: Transforming Law and Governance* (Nueva York: Routledge, 2015).

27. Sentencia No. 1149-19-JP/20, Corte Constitucional del Ecuador, 10 de noviembre de 2021).

28. Gudynas, *Más allá del nuevo extractivismo: transiciones sostenibles y alternativas al desarrollo*.

29. Giorgos Kallis, Susan Paulson, Giacomo D'Alisa y Federico Demaria, *A favor del decrecimiento* (Barcelona: Icaria, s.f.).

30. Dennis L. Meadows, Donella H. Meadows, Jørgen Randers y William W. Behrens III, *Los límites del crecimiento* (México: Fondo de Cultura Económica, 1972).

irradiación normativa podría extenderse también al derecho tributario, mediante gravámenes diferenciados sobre bienes de lujo o incentivos a prácticas sostenibles; al derecho del consumidor, con énfasis en la durabilidad y reparabilidad de los productos; y al derecho urbanístico, mediante la limitación del uso del suelo con base en criterios de justicia ambiental.

Esta propuesta implica también una relectura del derecho a la libertad. La noción liberal clásica, en especial en su formulación negativa como ausencia de interferencia, ha sostenido históricamente una visión individualista y desvinculada de las interdependencias ecológicas.³¹ Sin embargo, la crisis socioecológica contemporánea revela que la libertad no puede ejercerse sin atender a sus consecuencias materiales sobre los sistemas naturales de los que depende su propia viabilidad. En contextos como el ecuatoriano, donde la Constitución reconoce los derechos de la naturaleza, la libertad debe interpretarse como un derecho situado, condicionado tanto por los límites biofísicos del planeta como por la coexistencia con otras formas de vida.³²

En este marco, el principio de suficiencia se erige como un criterio hermenéutico fundamental para delimitar el alcance legítimo de las libertades individuales en el constitucionalismo ecológico contemporáneo. Esta noción no se reduce a garantizar un mínimo vital, sino que define un umbral ecológicamente viable dentro del cual las libertades pueden desplegarse sin comprometer la integridad de los sistemas naturales ni los derechos de las generaciones futuras. Se trata de una lectura dialógica y relacional que abre paso a una teoría constitucional de la libertad, que deja atrás la desvinculación y se fundamenta en el cuidado y la reciprocidad entre seres humanos y naturaleza. Este enfoque se alinea con el principio de solidaridad intergeneracional, reconocido por la Corte Constitucional de Colombia en pronunciamientos paradigmáticos como la Sentencia T-622 de 2016, que declaró al río Atrato como sujeto de derechos.³³

Conclusiones

El análisis desarrollado en esta investigación ha demostrado que la suficiencia opera como un principio jurídico emergente capaz de reconfigurar tanto los límites materiales del consumo como la propia noción de libertad. Esto se da a diferencia de la sostenibilidad, que en ocasiones ha sido cooptada por el discurso del mercado y reducida a una retórica compatible con la expansión del consumo.³⁴ La suficiencia introduce un elemento de contención sustantiva. Frente a la lógica expansiva de los derechos individuales entendidos desde el paradigma liberal, este principio incorpora una racionalidad ecológica que impone límites vinculantes, especialmente en sociedades donde los impactos ambientales y las desigualdades socioeconómicas se entrelazan de forma estructural.³⁵

En primer lugar, se argumenta que la libertad de consumo no puede seguir concibiéndose como una expresión absoluta de la autonomía individual. En un contexto de colapso climático y degradación de ecosistemas, el ejercicio irrestricto de dicha libertad entra en conflicto directo con la preservación de bienes jurídicos superiores, como la vida, la salud ambiental y los derechos de la naturaleza. En este sentido, la suficiencia permite reinterpretar la libertad no como expansión ilimitada del deseo o del poder adquisitivo, sino como capacidad

31. Isaiah Berlin, "Two Concepts of Liberty," en *Liberty: Incorporating Four Essays on Liberty*, 2.^a (Oxford: Oxford University Press, 2002).

32. Alberto Acosta, "Degrowth and Buen Vivir: Perspectives for a Great Transformation," en *Routledge Handbook of Latin America and the Environment*, 305–314 (Londres: Routledge, 2023).

33. Sentencia T-622 Corte Constitucional de Colombia, 2016

34. Helen Kopnina y John Blewitt, *Sustainable Business: Key Issues* (Londres: Routledge, 2018).

35. Joan Martínez-Alier, *El ecologismo de los pobres: Conflictos ambientales y lenguajes de valoración* (Barcelona: Icaria, 2012).

de autorregulación en armonía con los límites biofísicos del planeta.³⁶ Esta visión conecta con la noción de *libertad responsable* planteada por Sen,³⁷ en la que las capacidades humanas deben ejercerse sin menoscabar las condiciones que hacen posible la vida de otros.

En segundo lugar, el artículo evidencia que el consumo desmedido genera externalidades ecológicas y sociales que recaen de manera desproporcionada sobre los sectores más vulnerables y sobre territorios históricamente colonizados.³⁸ En el caso ecuatoriano, el reconocimiento constitucional de los derechos de la naturaleza³⁹ y del *Sumak Kawsay* proporciona un marco normativo robusto para limitar desde lo jurídico aquellas prácticas de consumo que, aun siendo legales bajo una concepción tradicional de libertad, resultan insostenibles desde lo ecológico. Así, la suficiencia se erige como parámetro interpretativo, así como una herramienta de justicia ecológica y redistributiva que articula la equidad intergeneracional y la protección de los ecosistemas.

En tercer lugar, se sostiene que la suficiencia encarna un giro postliberal en el derecho constitucional, desplazando el centro de gravedad de los derechos desde el individuo hacia la comunidad ecológica de la que depende. Este enfoque no niega la vigencia de los derechos fundamentales, pero exige su reinterpretación desde una perspectiva ecocéntrica e interdependiente.⁴⁰ De esta forma, el derecho deja de ser un mecanismo orientado exclusivamente a proteger esferas privadas y se convierte en un instrumento para garantizar las condiciones ecológicas mínimas que hacen posible la vida en común. En América Latina, principios como el Buen Vivir, la reciprocidad y la relacionalidad constituyen un sustrato normativo idóneo para esta relectura, en oposición a la lógica antropocéntrica predominante en otros marcos jurídicos.⁴¹

A partir de estas premisas, se propone que el principio de suficiencia sea incorporado como criterio jurídicamente vinculante en el diseño, ejecución y evaluación de políticas públicas. Esto implicaría reorientar programas de subsidios, planificación urbana, infraestructura, movilidad y alimentación hacia la reducción del sobreconsumo y la promoción de prácticas regenerativas y comunitarias. Asimismo, en el ámbito judicial, su reconocimiento permitiría que las decisiones en materia ambiental, de recursos naturales o de conflictos socioecológicos utilicen la suficiencia como estándar de interpretación y justiciabilidad, fortaleciendo la coherencia entre la Constitución y las actuaciones del Estado.⁴²

36. Johan Rockström et al., "A Safe Operating Space for Humanity," *Nature* 461, n.º 7263 (2009): 472–75. <https://www.nature.com/articles/461472a>

37. Amartya Sen, *Development as Freedom* (Nueva York: Alfred A. Knopf, 1999).

38. Gudynas, *Derechos de la Naturaleza: Ética Biocéntrica y Políticas Ambientales*

39. Constitución de la República del Ecuador I, 2008, arts. 71–74.

40. Ángela M. A. Arias et al., *Reconocimiento de la naturaleza y de sus componentes como sujetos de derechos* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2020); Alberto Acosta, "Degrowth and Buen Vivir: Perspectives for a Great Transformation," en *Routledge Handbook of Latin America and the Environment*, ed. Beatriz Bustos y Javiera Barandiarán (Londres: Routledge, 2023), 305–14.

41. Gudynas, *Derechos de la Naturaleza: Ética Biocéntrica y Políticas*

42. Constitución de la República del Ecuador I, 2008.

La dimensión cultural y educativa de este principio también resulta fundamental. Integrar la suficiencia en los currículos de educación ambiental y formación ciudadana contribuiría a desmontar el imaginario que equipara bienestar con consumo ilimitado, fomentando en su lugar valores de moderación, cuidado, cooperación y equidad.⁴³ En un siglo XXI marcado por límites planetarios cada vez más estrechos, formar sujetos políticos conscientes de su huella ecológica y de su corresponsabilidad en la preservación de los ecosistemas constituye una prioridad normativa y ética.⁴⁴

En síntesis, el principio de suficiencia ofrece una respuesta normativamente considerable, políticamente transformadora y culturalmente necesaria ante la crisis ecológica global. Más allá de resignarse a una narrativa de escasez, propone una ética del vivir bien dentro de los límites planetarios, en consonancia con otros y con el planeta. Esta perspectiva no solo reconfigura el derecho a la libertad, sino que habilita una nueva gramática constitucional para la justicia ambiental, la equidad intergeneracional y la organización material de nuestras sociedades.⁴⁵

43. Amartya Sen, *Development as Freedom* (Nueva York: Alfred A. Knopf, 1999); Víctor Hugo Vargas Cancino y Jesús Velázquez Muñoz, "Educación ambiental y suficiencia: retos para América Latina," *Revista Latinoamericana de Estudios Ambientales* 5, n.º 2 (2023): 55–73.

44. Johan Rockström et al., "A Safe Operating Space for Humanity," *Nature* 461, 472.

45. Paula Casal, "Por qué la suficiencia no basta," en *Igualitarismo. Una discusión necesaria* (2016), 269–301; Kate Raworth, *Doughnut Economics: Seven Ways to Think Like a 21st-Century Economist* (Londres: Random House, 2018).

Referencias

- Acosta, Alberto. "Degrowth and Buen Vivir: Perspectives for a Great Transformation." En *Routledge Handbook of Latin America and the Environment*, editado por Beatriz Bustos y Javiera Barandiarán, 305–314. Londres: Routledge, 2023. <https://www.taylorfrancis.com/chapters/edit/10.4324/9780429344428-32/degrowth-buen-vivir-alberto-acosta>
- Arias, Ángela M. A., María M. Andino, Timothy C. Byrne, César A. Chinchilla, Juan Domínguez, María D. P. G. Pachón, y otros. *Reconocimiento de la naturaleza y de sus componentes como sujetos de derechos*. Bogotá: Universidad Externado, 2020. <https://books.google.com/books?hl=es&lr=&id=LIH5DwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PA1994>
- Asamblea Nacional del Ecuador. *Constitución de la República del Ecuador*. Quito: Asamblea Nacional, 2008. https://www.asambleanacional.gob.ec/sites/default/files/documents/old/constitucion_de_bolsillo.pdf
- Berlin, Isaiah. "Two Concepts of Liberty." En *Liberty: Incorporating Four Essays on Liberty*, 2.^a ed., 166–217. Oxford: Oxford University Press, 2002. <https://academic.oup.com/book/7968/chapter/153281672>
- Bosselmann, Klaus. *The Principle of Sustainability: Transforming Law and Governance*. Nueva York: Routledge, 2015
- Boyd, David R. *The Rights of Nature: A Legal Revolution That Could Save the World*. Toronto: ECW Press, 2017.
- Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal de Alemania). Order of the First Senate of 24 March 2021 – 1 BvR 2656/18, 1 BvR 78/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 288/20. Karlsruhe: Bundesverfassungsgericht, 24 marzo 2021. https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2021/03/rs20210324_1bvr265618en.html
- Casal, Paula. "Por qué la suficiencia no basta." En *Igualitarismo. Una discusión necesaria*, 269–301. 2016. https://menteavanzadacom.wordpress.com/wp-content/uploads/2020/08/librocep_igualitarismo.pdf#page=261
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-622. 2016. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-622-16.htm>
- Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1149-19-JP/20, 2021.
- Espejo, Dominique Hervé. *Justicia ambiental y recursos naturales*. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2015. <https://derecho.uahurtado.cl/web2021/wp-content/uploads/2021/12/j.dominiqueherve.pdf>
- Fernández Durán, Ramón. *El Antropoceno: La expansión del capitalismo global choca con la biosfera*. 2011. <https://libros.metabiblioteca.org/bitstreams/2655a270-e588-4e71-8552-4d6b9059a7f9/download>
- Frankfurt, Harry. *Equality as a Moral Ideal*. En *The Notion of Equality*, 367–389. Londres: Routledge, 2018. <https://www.taylorfrancis.com/chapters/edit/10.4324/9781315199795-15/equality-moral-ideal-harry-frankfurt>
- Gudynas, Eduardo. "Más allá del nuevo extractivismo: transiciones sostenibles y alternativas al desarrollo." En *El desarrollo en cuestión. Reflexiones desde América Latina*, 379–410. 2011. <http://gudynas.com/publicaciones/GudynasExtractivismoTransicionesCides11.pdf>
- Kallis, Giorgos; Susan Paulson; Giacomo D'Alisa; Federico Demaria. *A favor del decrecimiento*. Barcelona: Icaria, s.f. https://www.academia.edu/86313859/_A_favor_del_decrecimiento_Icaria_Editorial_2022
- Klier, Gustavo, y Gabriel Folguera. "¿Caras de una misma moneda? Conservación de la biodiversidad y extractivismo en América Latina." *Letras Verdes. Revista Latinoamericana de Estudios Socioambientales* 22 (2017): 182–204. <http://scielo.senescyt.gob.ec/scielo.php?pid=S1390-66312017000200182>

- Martín Palmero, Francisco. "Desarrollo sostenible: concepto, evolución, modelos y sistemas de medición." 2002. <https://ruc.udc.es/bitstreams/4df1bbaf-4495-4ab5-9081-17f3d945e-4da/download>
- Meadows, Dennis L., Donella H. Meadows, Jørgen Randers, y William W. Behrens III. *Los límites del crecimiento*. México: Fondo de Cultura Económica, 1972. <https://s81c843597189ba68.jimcontent.com/download/version/1660789173/module/9819046665/name/Los-Limites-Del-Crecimiento.pdf>
- Mieles-Giler, Jorge W.; José M. Guerrero-Calero; María R. Moran-González; María L. Zapata-Velasco. "Evaluación de la degradación ambiental en hábitats naturales." *Journal of Economic and Social Science Research* 4, no. 3 (2024): 65–88. <https://economicsocialresearch.com/index.php/home/article/view/121>
- Raworth, Kate. *Economía rosquilla (Doughnut Economics)*. Barcelona: Grupo Planeta, 2018. https://planetadelibrospe0.cdnstatics.com/libros_contenido_extra/37/36953_Economia_rosquilla.pdf
- Rockström, Johan; Will Steffen; Kevin Noone; Åsa Persson; F. Stuart Chapin III; Erle Lambin; y otros. "Los límites planetarios: exploración del espacio operativo seguro para la humanidad." *Ecología y Sociedad* 14, no. 2 (2009): 32. <https://www.giss.nasa.gov/pubs/abs/ro06010m.html>
- Ruiz, Natalia M. O. "La responsabilidad intergeneracional como principio de actuación para abordar la policrisis." *Anuario Español de Derecho Internacional* 40 (2024): 415–470. <https://search.proquest.com/openview/b8346de20039a164ca0a646a274b08e7/1>
- Samaniego, José, y Helga Schneider. Cuarto informe sobre financiamiento para el cambio climático en América Latina y el Caribe, 2013–2016 (No. 44487). Santiago de Chile: CEPAL / Naciones Unidas, 2019. <https://ideas.repec.org/p/ecr/col022/44487.html>
- Sen, Amartya. *Libertad y desarrollo*. Nueva York: Alfred A. Knopf, 1999. <http://www.c3l.uni-oldenburg.de/cde/OMDE625/Sen/Sen-intro.pdf>
- Spash, Clive L. "The Brave New World of Carbon Trading." *New Political Economy* 15, no. 2 (2010): 169–195. https://www.clivespash.org/wp-content/uploads/2015/04/2010_Spash_Brave_New_World_NPE1.pdf
- Spinoza, Bernardo. "Construcción constituyente de los derechos de la Naturaleza. Repasando una historia con mucho futuro." En *La naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático*, 155 (compilación), 2019. <http://files.harmonywithnatureun.org/uploads/upload865.pdf#page=155>
- Vargas Cancino, Héctor C., y Diego E. Velázquez Muñoz. *El consumo consciente y los derechos de la comunidad de la vida: perspectivas desde la ética del cuidado*. Madrid: Dykinson, 2023. <https://www.torrossa.com/it/resources/an/5477519>

FB
PH | FLOR
BUSTAMANTE
PIZARRO
HURTADO
ABOGADOS

Responsabilidad penal en el uso de inteligencia artificial en Ecuador: retos, perspectivas y propuestas regulatorias

Criminal Liability for the Use of Artificial Intelligence in Ecuador: Challenges, Perspectives, and Regulatory Proposals

Alejandro Sebastián Herrera Montenegro
alejo.sebas.herrera.montenegro@gmail.com

Resumen

El presente artículo tiene como objetivo analizar los desafíos que la inteligencia artificial (IA) plantea en el derecho penal ecuatoriano, centrándose especialmente en la atribución de responsabilidad penal por acciones dañinas o ilícitas vinculadas a su uso. El valor de este trabajo radica en su enfoque crítico y actualizado sobre un fenómeno aún poco regulado en la normativa local, lo que lo convierte en un aporte novedoso al debate jurídico nacional. A través de un análisis teórico y doctrinal, se identifican las tensiones entre las capacidades técnicas de la IA y los principios tradicionales de autoría, culpabilidad e imputación. Los resultados revelan la existencia de lagunas normativas que dificultan la aplicación del derecho penal en este contexto, así como la necesidad urgente de incorporar enfoques interdisciplinarios que permitan articular soluciones jurídicas más efectivas. Se concluye que la regulación penal actual resulta insuficiente y que es imprescindible avanzar hacia un marco normativo que combine la innovación tecnológica con la protección de los derechos fundamentales.

Abstract

This article seeks to analyze the challenges that artificial intelligence (AI) poses for Ecuadorian criminal law, focusing particularly on the attribution of criminal liability for harmful or unlawful actions related to its use. The value of this work lies in its critical and up-to-date approach to a phenomenon that remains largely unregulated in local legislation, making it a novel contribution to the national legal debate. Through theoretical and doctrinal analysis, the study identifies tensions between the technical capabilities of AI and traditional criminal law principles such as authorship, culpability, and imputation. The findings reveal regulatory gaps that hinder the effective application of criminal law in this context and highlight the urgent need for interdisciplinary approaches to develop more effective legal solutions. The article concludes that the current criminal law framework is inadequate and that a new regulatory model is needed—one that balances technological innovation with the protection of fundamental rights.

Palabras clave

Inteligencia artificial, responsabilidad penal, derecho penal ecuatoriano, imputabilidad, regulación tecnológica

Keywords

Artificial intelligence, criminal responsibility, Ecuadorian criminal law, imputability, technological regulation

Introducción

La inteligencia artificial ha dejado de ser una novedad tecnológica para convertirse en una presencia constante en nuestra vida cotidiana: abarca desde actividades tan simples como buscar información o escuchar música, hasta otras más complejas como la medicina o la administración de justicia. Gracias a su capacidad de aprendizaje y amplia accesibilidad, se ha consolidado como una herramienta poderosa y utilizada a nivel global.

Pero, junto con sus beneficios, también ha traído nuevas preguntas, en especial en el campo del derecho. ¿Qué pasa si una inteligencia artificial provoca un daño o realiza una acción que infringe la ley? ¿Quién debe responder ante esa situación? ¿Es suficiente la legislación penal actual para abordar estos casos? ¿O es necesario repensar las reglas cuando las decisiones ya no dependen únicamente de personas?

Este trabajo examina esos dilemas desde el contexto ecuatoriano. Se analizan las dificultades que enfrenta el derecho penal para aplicar sus conceptos tradicionales frente a conductas generadas por IA. Además, se identifican vacíos legales y límites en las normas vigentes que dificultan una respuesta adecuada; en consecuencia, el marco jurídico actual aún no ofrece soluciones claras para casos complejos. Las herramientas disponibles podrían servir en ciertos escenarios, pero no bastan cuando la intervención humana es mínima o difusa. Esto demuestra la necesidad de revisar las bases mismas del derecho penal y buscar alternativas que incluyan tanto lo jurídico como lo técnico.

Por eso, más que ofrecer respuestas definitivas, el objetivo de este trabajo es abrir el debate y aportar elementos que sirvan para construir propuestas regulatorias más realistas, que respondan a los nuevos retos sin frenar el desarrollo tecnológico ni poner en riesgo los derechos fundamentales.

Definición y clasificación de la inteligencia artificial

Para analizar la responsabilidad penal derivada del uso de la IA, es crucial partir de una definición clara. En términos sencillos, podemos definirla como aquellos sistemas informáticos dotados con la capacidad de percibir su entorno, interpretar datos, razonar a partir de esa información y tomar decisiones para lograr objetivos específicos.¹ Esta definición implica que no se trata de un simple conjunto de instrucciones preprogramadas, sino sistemas capaces de procesar información compleja y aprender, configurándose así como un fenómeno disruptivo, tanto desde el punto de vista técnico como jurídico.

La inteligencia artificial no es un concepto monolítico, sino que principalmente se clasifica en tres tipos que afectan la forma en que se puede atribuir la responsabilidad. En primer lugar, está la IA débil o Estrecha, conocida como *Artificial Narrow Intelligence* (ANI), que comprende sistemas diseñados para ejecutar tareas específicas sin consciencia ni entendimiento real del mundo, como los asistentes virtuales, el reconocimiento facial o los sistemas de recomendación. En este caso, el control humano es más directo y la previsibilidad de resultados mayor. En segundo lugar, la IA General o *Artificial General Intelligence* (AGI) es un modelo teórico que representaría sistemas capaces de realizar cualquier función intelectual humana y adaptarse autónomamente a contextos diversos, lo que plantearía nuevos retos jurídicos. Por último, la Superinteligencia Artificial (ASI) es un concepto teórico que describe una entidad capaz de superar de forma amplia la inteligencia humana en todos los ámbitos, incluyendo creatividad, empatía y resolución de problemas, implicando desafíos éticos y jurídicos profundos.² Conforme la autonomía y la complejidad de la IA aumentan desde ANI hacia AGI y ASI, los problemas relacionados con la determinación de responsabilidad y la supervisión se intensifican considerablemente.

1. Comisión Europea, *Ethics Guidelines for Trustworthy AI* (Bruselas: Comisión Europea, 2018), 2.

2. Aicad Business School, "¿Cuáles son los 3 Tipos de Inteligencia Artificial?", Aicad, 22 de abril de 2025, <https://www.aicad.es/cuales-son-los-3-tipos-de-inteligencia-artificial>.

Impacto de la inteligencia artificial en las nociones tradicionales de responsabilidad penal

La llegada de IA al derecho penal implica un reto significativo para conceptos fundamentales como el principio de culpabilidad. Tradicionalmente, este principio vincula la responsabilidad a sujetos capaces de comprender la ilicitud de sus actos y decidir en consecuencia. Sin embargo, la IA, al no contar con conciencia, voluntad ni capacidad para actuar con dolo o culpa, plantea una tensión directa con las bases del derecho penal moderno³.

Las máquinas no pueden ser conscientes del valor jurídico o ético de sus decisiones, lo que impide aplicar los criterios clásicos de imputación subjetiva cuando provocan un daño. Un ejemplo ilustrativo es el de los vehículos autónomos, que, al enfrentar dilemas en situaciones de emergencia, pueden actuar de formas inesperadas incluso para quienes los programaron, dificultando determinar con certeza quién debe responder penalmente por los efectos que deriven de esas decisiones.⁴

Este escenario genera interrogantes no solo sobre la forma de imputación, sino también sobre la propia naturaleza del sujeto responsable. Mientras el derecho penal tradicional exige una conexión entre el comportamiento consciente del autor y el resultado lesivo, en los casos donde interviene la IA esta conexión se difumina. La responsabilidad no puede descansar en un agente que no tiene voluntad ni discernimiento. Además, las decisiones tomadas por esta inteligencia en entornos dinámicos escapan, muchas veces, del control o previsión humana, lo que complica la posibilidad de establecer una responsabilidad clara, justa y jurídicamente sostenible.

Problemas para atribuir responsabilidad penal en la inteligencia artificial

La atribución penal en casos donde interviene la inteligencia artificial representa uno de los principales puntos de quiebre para el derecho penal. Cuando una IA equipada con mecanismos de aprendizaje modifica su comportamiento en respuesta a eventos externos, como un dron que detecta un obstáculo inesperado y cambia su ruta, causando daño a un tercero, la determinación de la responsabilidad se vuelve altamente problemática.

El diseño y el uso pueden haber estado dentro de los márgenes de legalidad, pero el resultado final deriva de decisiones internas de la propia IA que no fueron previstas ni controladas directamente por ninguna persona. Esta desconexión entre el hecho y el sujeto pone en crisis el modelo causal-subjetivo del derecho penal, donde la acción humana voluntaria y consciente es la base de toda imputación.⁵

Además, las categorías jurídicas clásicas como autoría, coautoría o participación pierden eficacia frente a un fenómeno como el comportamiento adaptativo de la IA. Dado que el dolo se ve problematizado en este contexto, también lo está la figura de la imputabilidad penal.

Esta requiere que el sujeto tenga capacidad de comprender la ilicitud del acto y de auto-determinarse conforme a esa comprensión. Dicha capacidad está completamente ausente en la IA, lo que imposibilita considerarla responsable en sentido estricto. Estas carencias no solo abren vacíos en el sistema penal, sino que amenazan con erosionar principios como la legalidad, la culpabilidad y la seguridad jurídica. En consecuencia, se vuelve indispensable revisar y repensar las formas en que el derecho penal puede responder a los desafíos que plantea una tecnología que actúa, aprende y decide sin intervención humana directa.

La figura de la personalidad digital y sus controversias

3. Alejandra Moran, "Responsabilidad penal de la Inteligencia Artificial (IA). ¿La próxima frontera?", *Revista Ius 15*, no. 48 (2021): 289-323, <https://www.scielo.org.mx/pdf/rius/v15n48/1870-2147-rius-15-48-289.pdf>

4. Leslye Juana Escalante Huisacayna, "Responsabilidad Penal e Inteligencia Artificial: Una Revisión Sistemática de la Literatura Científica" (Artículo científico de licenciatura, Universidad Privada del Norte, 2024), 2-3. <https://repositorio.upn.edu.pe/handle/11537/40280>

5. *Ibid.*, 5-6.

Una de las propuestas doctrinales que busca responder a estas dificultades es el reconocimiento de una “personalidad digital” para ciertos tipos de inteligencia artificial con alto grado de autonomía. Esta figura, inspirada en el tratamiento penal de las personas jurídicas, no parte de la premisa de que la IA tenga conciencia o voluntad, más bien se refiere a la necesidad práctica de crear un ente al que pueda atribuirse responsabilidad jurídica.

El objetivo no sería imponer penas en sentido estricto, sino aplicar sanciones funcionales como la restricción de uso, suspensión de operación o eliminación de datos. Este enfoque permitiría, al menos formalmente, mantener la eficacia del sistema penal frente a daños graves causados por la IA que operan de forma autónoma y que no pueden vincularse de forma directa con una persona natural.⁶

Sin embargo, esta propuesta es objeto de fuertes críticas. Por un lado, se argumenta que sancionar directamente a la IA podría vaciar de contenido el derecho penal, ya que se perderían sus funciones preventivas y resocializadoras, orientadas a sujetos capaces de modificar su conducta a partir del castigo. Esta inteligencia, al carecer de comprensión moral y de libertad interior, no puede ser disuadida ni rehabilitada por la aplicación de una sanción.⁷

Por otro lado, hay quienes defienden que esta figura serviría para cerrar vacíos de imputación y evitar escenarios de impunidad, especialmente en contextos donde no es posible identificar con claridad a un responsable humano. Desde esta óptica, la personalidad digital actuaría como un mecanismo técnico que permitiría sostener la coherencia del sistema jurídico ante nuevas formas de riesgo.⁸

Situación y perspectivas en el derecho penal ecuatoriano

En el contexto ecuatoriano, el Código Orgánico Integral Penal (COIP) establece de forma expresa que la responsabilidad penal solo puede recaer sobre personas naturales y jurídicas, sin contemplar figuras aplicables a agentes autónomos como la inteligencia artificial. Este marco normativo, aunque acorde a la estructura tradicional del derecho penal, se queda corto frente a los desafíos que impone el avance de la tecnología. Si una IA causa un daño y no existe un sujeto humano claramente imputable, el ordenamiento ecuatoriano carece de herramientas para resolver el conflicto jurídico, generando vacíos que pueden derivar en injusticia.⁹

No obstante, el debate internacional sobre este tema empieza a permear las discusiones jurídicas nacionales. Se vislumbran al menos tres posibles líneas de reforma que podrían orientar una futura adaptación del sistema penal ecuatoriano. La primera consiste en reforzar los deberes de diligencia para los diseñadores, programadores y operadores de IA, estableciendo estándares claros de seguridad, mantenimiento y monitoreo. La segunda propone crear regímenes de responsabilidad objetiva para ciertos usos de IA, en los que no se exige demostrar culpa, sino que basta con probar el daño y la relación funcional con el agente. La tercera plantea incorporar de manera excepcional una figura análoga a la personalidad digital, aplicable solo en casos de alta autonomía técnica y daños relevantes, siempre bajo criterios estrictos de proporcionalidad y control.¹⁰

Adoptar cualquiera de estas propuestas requeriría reformas legislativas profundas y una

6. Escalante Huisacayna, *Responsabilidad Penal e Inteligencia Artificial: Una Revisión Sistemática de la Literatura Científica*, 8.

7. Ibid., 9.

8. Pablo Aguilar y Víctor Ale, “Responsabilidad penal en la era de la inteligencia artificial: De la agencia humana a la autonomía de la machina sapiens”, *Revista de estudios de la justicia* 1, no. 42 (2025): 153-183, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=10342275>

9. Escalante Huisacayna, *Responsabilidad Penal e Inteligencia Artificial: Una Revisión Sistemática de la Literatura Científica*, 10-11.

10. Ibid., 12.

reflexión crítica sobre los límites del derecho penal. En particular, sería necesario evaluar si estas innovaciones respetan los principios de legalidad, culpabilidad y proporcionalidad, así como si contribuyen a una mejor protección de los bienes jurídicos sin vulnerar garantías fundamentales como el derecho a la defensa y a un juicio justo. La integración de estas perspectivas podría posicionar a Ecuador a la vanguardia en la regulación de la responsabilidad penal vinculada a la inteligencia artificial, siempre buscando un equilibrio entre la innovación tecnológica y la justicia social.

Retos éticos y sociales asociados a la IA penalmente relevante

Más allá del plano estrictamente jurídico, la IA plantea serios desafíos éticos y sociales. Las decisiones automatizadas que afectan derechos fundamentales deben estar sujetas a principios de transparencia, fiscalización y rendición de cuentas. Sin embargo, muchos algoritmos funcionan como verdaderas “cajas negras”, cuyos procesos internos son inaccesibles incluso para quienes los desarrollan o utilizan. Esta opacidad dificulta no solo la atribución de responsabilidad, sino también el ejercicio de garantías procesales como el derecho a la defensa o el debido proceso dificultando que las personas afectadas puedan recurrir o cuestionar una determinación automatizada en un procedimiento penal.¹¹

Por ejemplo, en un procedimiento penal donde se utilice un sistema algorítmico para evaluar el riesgo de fuga de un imputado, si los jueces o las partes no comprenden cómo se llegaron a ciertas conclusiones, se compromete la igualdad de armas y la posibilidad de controvertir la evidencia, lo cual puede derivar en decisiones arbitrarias o injustas que afectan gravemente a los derechos fundamentales¹². Además, las IA pueden reproducir o incluso amplificar sesgos discriminatorios presentes en los datos con los que fueron entrenadas. En especial, esto es preocupante en sectores como la justicia penal, donde decisiones erróneas pueden afectar con gravedad la libertad o la reputación de una persona. Por ejemplo, si un sistema automatizado para la clasificación de delitos o la asignación de penas refleja prejuicios en contra de grupos históricamente discriminados como comunidades indígenas o afroecuatorianas, se corre el riesgo de perpetuar y agravar la desigualdad social y el estigma penal.

La aplicación de IA en ámbitos sensibles requiere, por tanto, controles éticos rigurosos, auditorías independientes y mecanismos legales que permitan corregir o anular decisiones automatizadas que vulneren derechos fundamentales¹³. Esto también implica la necesidad de que los operadores jurídicos y las instituciones responsables de la administración de justicia se capaciten y sensibilicen sobre los impactos de estas tecnologías, garantizando una supervisión efectiva y una cultura jurídica que priorice la dignidad y los derechos humanos. Solo así será posible transformar a la inteligencia artificial en una herramienta que fortalezca y amplíe el acceso a la justicia, en lugar de convertirse en un nuevo factor de exclusión o injusticia.

Conclusiones

En conclusión, la rápida expansión de la inteligencia artificial impone al derecho penal ecuatoriano la necesidad urgente y apremiante de un proceso de adaptación integral que trascienda lo estrictamente jurídico para incorporar múltiples perspectivas interdisciplinarias. No basta con modificar artículos o incluir nuevas figuras en el COIP. Es imprescindible construir un marco normativo robusto y flexible que promueva la innovación tecnológica, incenti-

11. Ibid., 13-14.

12. Kleber Ganzhi, “Responsabilidad penal cometida con el uso de la inteligencia artificial y sistemas autónomos en delitos informáticos” (Artículo científico de maestría, Universidad Regional Autónoma de los Andes, 2024), 23, <https://dspace.uniandes.edu.ec/handle/123456789/19011>

13. María Ávila y Ana Zamora, “Aplicación de la inteligencia artificial en el derecho penal: problema y desafíos”, *Revista de Filosofía de la Historia* 5, no. 9 (2024): 1-20.

vando el desarrollo y aplicación de la inteligencia artificial con responsabilidad, sin descuidar la protección efectiva de los bienes jurídicos y los derechos fundamentales, que son la base del sistema penal. Esta tarea va más allá de la labor exclusiva de los juristas y requiere el diálogo abierto y colaborativo entre diferentes actores: abogados, ingenieros en sistemas, expertos en ética, legisladores, académicos en ciencias sociales y, por supuesto, la sociedad civil en su conjunto, incluyendo organizaciones defensoras de derechos humanos y grupos vulnerables.

La integración de la inteligencia artificial en ámbitos penales plantea desafíos que no solo suponen cambios legislativos, sino también una transformación de la cultura jurídica y de las instituciones encargadas de administrar justicia. Por ejemplo, los operadores jurídicos deberán formarse en el entendimiento del funcionamiento de los sistemas algorítmicos para poder evaluar críticamente su uso, controlar posibles sesgos o discriminaciones y garantizar la transparencia en los procesos automatizados. Asimismo, las instituciones deberán desarrollar mecanismos de supervisión y auditoría, destinados a asegurar que la IA no se convierta en un instrumento que limite derechos, pero que aproveche sus grandes potencialidades para mejorar la eficiencia y calidad de la justicia. En este sentido, la regulación del uso de la IA debe estar acompañada de protocolos claros de responsabilidad y rendición de cuentas, que contemplen no solo a los usuarios directos sino también a los diseñadores y desarrolladores, fomentando un enfoque preventivo y de diligencia.

Las futuras reformas en el derecho penal ecuatoriano deben asegurar el respeto irrestricto a los principios cardinales como la legalidad, que garantiza que nadie puede ser sancionado sin una ley previa; la culpabilidad, que identifica la responsabilidad en la conducta humana; la proporcionalidad, que busca una sanción justa y equilibrada; y la justicia, que abarca tanto la tutela de derechos como la equidad social. Estos principios no pueden ser relativizados ni desplazados por la contingencia tecnológica, pues constituyen el fundamento que protege a las personas frente al exceso punitivo y garantiza el equilibrio entre el poder del Estado y la libertad individual. Por ello, cualquier innovación normativa debe estar acompañada de un análisis riguroso y crítico, considerando no solo los aspectos técnicos sino también las implicaciones éticas, sociales y políticas que conlleva la incorporación de la inteligencia artificial en el derecho penal. Es necesario revisar también cómo esos cambios impactan en los derechos procesales, como el derecho a un juicio justo, la presunción de inocencia y el acceso a la defensa, especialmente cuando los sistemas automatizados intervienen en la toma de decisiones penales.

El principal desafío radica en encontrar un equilibrio adecuado entre el impulso al desarrollo tecnológico y la protección de los valores esenciales del ordenamiento jurídico y el respeto a la dignidad humana. No se trata de frenar la innovación, sino de dirigirla hacia fines justos y transparentes, evitando que la inteligencia artificial se convierta en un factor más de exclusión, especialmente para los sectores más vulnerables. La adaptación del derecho penal a estas nuevas realidades implica también anticipar riesgos futuros. Para ello, se requieren marcos regulatorios dinámicos y flexibles, aptos para evolucionar a la par con la tecnología y brindar previsibilidad y certeza jurídica. Esta previsibilidad es clave para que los operadores jurídicos, la ciudadanía y las propias empresas tecnológicas sepan cuáles son sus responsabilidades y límites, evitando la inseguridad.

Finalmente, debe entenderse que el diálogo sobre responsabilidad penal en el uso de inteligencia artificial es un proceso continuo que exige actualización constante, acompañada de investigación, discusión académica y participación plural. Ecuador tiene una oportunidad valiosa para proyectar una normativa innovadora y humanista, que sirva de ejemplo regional en la regulación ética y jurídica de la IA, garantizando que la inteligencia artificial sea una herramienta al servicio de la justicia y no su obstáculo. Solo así se podrá construir un sistema penal moderno, justo y efectivo, que enfrente con éxito los retos que plantea la inteligencia artificial y que proteja a plenitud a las personas y sus derechos en esta nueva era.

Referencias

- Aguilar, Pablo y Alé, Victor. "Responsabilidad penal en la era de la inteligencia artificial: De la agencia humana a la autonomía de la machina sapiens". *Revista de estudios de la justicia* 1, no. 42 (2025): 153-183. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=10342275>
- Ávila, María y Zamora, Ana. "Aplicación de la inteligencia artificial en el derecho penal: problema y desafíos". *Revista de Filosofía de la Historia* 5, no. 9 (2024): 1-20. <https://resistances.religacion.com/index.php/about/article/view/142>
- Aicad Business School. "¿Cuáles son los 3 Tipos de Inteligencia Artificial?". Aicad, 22 de abril de 2025. <https://www.aicad.es/cuales-son-los-3-tipos-de-inteligencia-artificial>
- Comisión Europea. *Ethics Guidelines for Trustworthy AI*. Bruselas: Comisión Europea, 2018.
- Escalante Huisacayna, Leslye Juana. "Responsabilidad Penal e Inteligencia Artificial: Una Revisión Sistemática de la Literatura Científica". Artículo científico de licenciatura, Universidad Privada del Norte, 2024. <https://repositorio.upn.edu.pe/handle/11537/40280>
- Ganzhi, Kleber. "Responsabilidad penal cometida con el uso de la inteligencia artificial y sistemas autónomos en delitos informáticos". Artículo científico de maestría, Universidad Regional Autónoma de los Andes, 2024. <https://dspace.uniandes.edu.ec/handle/123456789/19011>
- Morán, Alejandra. "Responsabilidad penal de la Inteligencia Artificial (IA). ¿La próxima frontera?". *Revista Ius* 15, no. 48 (2021): 289-323. <https://www.scielo.org.mx/pdf/rius/v15n48/1870-2147-rius-15-48-289.pdf>



Análisis de la acción de repetición como mecanismo de protección financiera para el Gobierno Autónomo Descentralizado del cantón Centinela del Cóndor

Analysis of the Action for Repetition as a Financial Protection Mechanism for the Decentralized Autonomous Government of the Centinela del Cóndor Canton

Francois Didier Costa Espinoza
francostae@hotmail.com

Resumen

El presente artículo tiene como objetivo analizar el funcionamiento de la acción de repetición como un mecanismo de protección financiera para el gobierno autónomo descentralizado del cantón Centinela del Cóndor. La metodología empleada fue el modo jurisprudencial. En este marco, se realizó una descripción y sistematización de cinco sentencias en las que se resolvieron acciones de repetición. Cuatro de ellas fueron seguidas en contra del alcalde del Gobierno Autónomo Descentralizado del cantón Centinela del Cóndor, correspondiente al período 2014–2018, con una cuantía total en los cuatro procesos de USD 74.070,75.

Por otra parte, se analizó una sentencia correspondiente a una acción de repetición seguida en contra del entonces cónsul del Ecuador en Ipiales, por una cuantía de USD 11.142,00. Para finalizar, se definió a la acción como un mecanismo de protección financiera, que previene el mal o negligente accionar de los servidores públicos y exige, de forma inmediata, el reembolso de los recursos económicos erogados por el Estado. Adicionalmente, se estableció la necesidad de que el Proyecto de Ley de Repetición, presentado en 2021 a la Asamblea Nacional, sea tramitado para garantizar la eficacia de esta acción.

Abstract

The purpose of this article is to analyze the functioning of the action for repetition as a financial protection mechanism for the Decentralized Autonomous Government (GAD) of the Centinela del Cóndor Canton. The methodology used was the jurisprudential method, involving the description and systematization of five rulings in which actions for repetition were resolved. Four of these actions were brought against the mayor of the GAD of Centinela del Cóndor for the period 2014–2018, with a total amount across the four proceedings of USD 74,070.75. In addition, a ruling on an action for repetition against the then Consul of Ecuador in Ipiales was analyzed, amounting to USD 11,142.00. Finally, the action is defined as a financial protection mechanism, both to prevent negligent or wrongful conduct by public servants and to demand the immediate reimbursement of public funds disbursed by the State. Moreover, it is established that the Repetition Bill submitted to the National Assembly in 2021 must be processed, as it is essential to ensure the effectiveness of the action for repetition.

Palabras Clave

Acción de repetición, culpa grave, dolo, protección financiera, responsabilidad objetiva, responsabilidad subjetiva

Keywords

Repetition action, serious fault, fraud, financial protection, strict liability, subjective responsibility

Introducción

El Estado ecuatoriano enfrenta una crisis económica causada por la corrupción y mala gestión de sus instituciones públicas por parte de ciertos funcionarios. Esto se refleja, en su mayoría, cuando la omisión o mal accionar del servidor público ocasiona daños a terceros, obligando a la administración pública a repararlos económicamente. Por esta razón, nuestro ordenamiento reconoce el derecho de repetición, el cual tiene como objetivo recuperar parcial o de forma absoluta los recursos empleados para cancelar indemnizaciones a los afectados.¹

En el caso del Gobierno Autónomo Descentralizado (en adelante, GAD) del cantón Centinela del Cóndor, se ejercieron cuatro acciones de repetición independientes contra su máxima autoridad. Esto se debió a que el GAD tuvo que indemnizar a cuatro funcionarios destituidos mediante un acto administrativo declarado nulo e ilegal.

En los procesos judiciales con números 11802-2014-0012G, 11803-2014-0014G, 11802-2014-0013G y 11803-2014-0016G, se estableció la responsabilidad objetiva del GAD del cantón Centinela del Cóndor para el período 2014–2018. En cada uno de estos procesos se resolvió que debía indemnizar a los funcionarios con los salarios dejados de percibir, una suma que en total ascendió a USD 74.070,75 (setenta y cuatro mil setenta dólares con setenta y cinco centavos de los Estados Unidos de América).

En los casos en que mediante sentencia se declare la responsabilidad de las autoridades en el desempeño de sus cargos, se ordenará que se inicie el proceso de repetición en su contra.² Por este motivo el Estado mediante la Procuraduría General del Estado (en adelante PGE) inició los procesos de repetición en contra del entonces Alcalde del GAD.

En nuestro país, la acción de repetición no es efectiva desde su planteamiento. Esto se debe a que el órgano estatal encargado de presentar la demanda no realiza una investigación previa adecuada que permita identificar a los presuntos responsables³ y establecer la existencia de dolo o culpa grave en el funcionario demandado.

El ordenamiento jurídico ecuatoriano exige que se determine, sin lugar a dudas, que un funcionario público actuó con dolo o culpa grave al cometer una acción u omisión que causó un daño. Solo en ese caso, en el proceso judicial respectivo, la demanda de repetición será aceptada y se obligará al funcionario a devolver lo erogado por el Estado. Esto obliga al órgano administrativo que presenta la demanda a contar con pruebas suficientes que permitan establecer, más allá de toda duda razonable, la responsabilidad del funcionario en el daño ocasionado.

La responsabilidad subjetiva y objetiva del estado

La responsabilidad extracontractual del Estado se divide en dos clases: la responsabilidad subjetiva, que se cimienta en la intención o culpabilidad del servidor público y la responsabilidad objetiva, que se enfoca en el resultado del daño, sin detenerse en el hecho doloso o culposos.⁴

1. Guillermo Enríquez Burbano, "Ineficacia de la Acción de Repetición", *Ius Humani Revista De Derecho* 6, (2017): 109, doi:<https://doi.org/https://doi.org/10.31207/ih.v6i0.133>.

2. Código Orgánico General de Procesos, Registro Oficial Suplemento 506, 22 de mayo de 2015, art. 328.

3. María Reyes y María Torres, "Juicio de repetición en el Ecuador: su efectividad frente a la falta de armonía y claridad de las normas jurídicas que lo regulan", *Polo del Conocimiento* 7, N° 10, (2022): 1595-1609, <https://polodelconocimiento.com/ojs/index.php/es/article/view/4801>

4. María Cumbicus y Marco Oramas, "La responsabilidad objetiva del estado frente a la acción del derecho de repetición", *Revista Caribeña de Ciencias Sociales* (2019): 1-10. <https://www.eumed.net/rev/caribe/2019/09/responsabilidad-objetiva-estado.html/hdl.handle.net/20.500.11763/caribe1909responsabilidad-objetiva-estado>

Nuestra legislación nacional establece que la responsabilidad del aparato estatal es objetiva, con el fin de garantizar y proteger los derechos de las personas frente a un mal proceder institucional. En consecuencia, el Estado tiene la obligación de resarcir los daños ocasionados. De manera secundaria, subsiste la responsabilidad subjetiva, a través de la cual se determina la responsabilidad por acción u omisión de los servidores públicos que, por dolo o culpa grave, causen un daño en el ejercicio de sus funciones. Para que el ente estatal pueda ejercer de forma efectiva la acción de repetición, debe demostrarse la existencia de responsabilidad subjetiva.

El artículo 330 del Código Orgánico Administrativo contempla la responsabilidad objetiva⁵, mientras que el 344, de la norma *ibídem*, se refiere a la repetición contra el funcionario con un carácter puramente subjetivo.⁶ Sin embargo, para hacer efectiva esta responsabilidad se debe justificar que el funcionario público actuó con dolo o culpa grave, conforme lo establece el artículo 29 del Código Civil.⁷ Si en la sustanciación del proceso se establece que lo hizo con culpa leve o levísima, no debe proceder la acción de repetición.

Por esta razón, para que subsista la responsabilidad objetiva basta con demostrar la existencia de un daño, independientemente de si en la conducta del servidor público hubo dolo o culpa grave. En cambio, para establecer la responsabilidad subjetiva, se examina la presencia de dolo o culpa grave en las actuaciones de los servidores que ocasionaron perjuicios indemnizados por el Estado.

Una vez comprobada la responsabilidad subjetiva, se activa el derecho de repetición, que faculta al Estado a reclamar contra el o los funcionarios responsables.

La responsabilidad extracontractual del Estado

La responsabilidad extracontractual del Estado nace de la ampliación de figuras jurídicas del derecho civil en el ámbito administrativo, por lo que se le denomina también como el ilícito no contractual, el cual genera responsabilidad de tipo patrimonial.⁸

Además, la responsabilidad extracontractual tiene su origen en el cuidado y respeto a la Constitución y la Ley por parte del aparato público, en el ejercicio de sus funciones y en la prestación de un servicio público, evitando causar un daño.

En cambio, la responsabilidad contractual implica la existencia previa de un contrato que contiene una obligación principal, cuyo incumplimiento genera una indemnización.⁹ Esta se distingue porque nace de un contrato, mientras que la responsabilidad extracontractual emana del derecho, el cual pone límites y establece consecuencias patrimoniales a la administración pública ante el ejercicio negligente de sus atribuciones.¹⁰

El dolo y la culpa grave en el accionar de los servidores públicos

La culpa grave se define como la falta de diligencia o cuidado, que excede los estándares de lo razonable y desemboca, en algunas ocasiones, en el daño o perjuicio a otra persona.¹¹

5. José García Falconí, "Trámite de la Acción de Repetición", Derecho Ecuador, 19 de diciembre de 2017, párr. 21, <https://derechoecuador.com/accion-de-repeticion-2/>

6. *Ibíd.*

7. *Ibíd.*

8. Enrique Barros, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006), 20.

9. *Ibíd.*

10. *Ibíd.*

11. Gabriela Jácome et al., "¿Por Qué El Código Civil Ecuatoriano Equipara La Culpa Grave Y El Dolo? Análisis jurídico Sobre La Culpabilidad, Su aplicación Y Finalidad". *USFQ Law Review* 10, N0. 2 (2023): 212, <https://doi.org/10.18272/ulr.v10i2.3000>.

Por su parte, se puede comprender el dolo como el hecho realizado con la intención de dañar, mientras que la culpa es el hecho que se realiza sin la intención de causar daño alguno.

El grado de culpabilidad define la intencionalidad con la que una persona actúa en relación con los efectos dañosos que se desprenden de su conducta. Subsiste el dolo cuando se busca, mediante la acción, producir una afectación. En cambio, existe culpa cuando no hay intención de provocar el daño, pero este se produce por imprudencia, negligencia o impericia al obrar. Según lo previsto en el artículo 29 del Código Civil, la culpa puede ser grave, leve o levísima.¹²

Conforme la normativa civil ecuatoriana, la culpa grave, negligencia grave o culpa lata, implica mantener un nivel alto de negligencia que equivale al dolo en materia civil.¹³ En su lugar, el dolo es la pretensión de causar un daño a una persona o a la propiedad de otra.¹⁴

La responsabilidad personal de los agentes, exagentes estatales o particulares que gozan de potestad pública se determina analizando si, en el desempeño de sus funciones, cometieron un acto u omisión con dolo o culpa grave que generó un incumplimiento relevante.

Es esencial, además, establecer si el agente tuvo la voluntad de ocasionar el incumplimiento, es decir, actuó consciente de la irregularidad de su conducta y con el objetivo de provocar un daño (actuación dolosa). En cambio, hay actuación gravemente culposa cuando el agente pudo prever la irregularidad y el daño que esta causaría, pero aun así procedió, o cuando confió de manera imprudente en que podía evitarlo.¹⁵

El Estado es responsable del daño calificado causado por la acción u omisión de los servidores públicos. Por esta razón, tiene la obligación de ejercer la acción de repetición contra quienes actuaron con dolo o culpa grave y provocaron dicho daño.¹⁶

Para que la acción de repetición proceda, debe existir un daño calificado, es decir, aquel declarado en sentencia firme por autoridad judicial competente. En tal decisión se establece que el perjuicio fue ocasionado por servidores públicos que, ya sea de manera intencional, tuvieron la voluntad de causar un daño, o que, por negligencia grave, lo produjeron.

La reparación material de daños causados por servidores públicos

El daño se entiende como toda afrenta a los intereses lícitos de una persona, ya sean derechos pecuniarios o no pecuniarios, individuales o colectivos. Este se manifiesta como una lesión definitiva a un derecho o como una alteración en su ejercicio.¹⁷

Lo anterior faculta a la persona afectada a recurrir a las autoridades judiciales y exigir una reparación, siempre que concurren otros requisitos de la responsabilidad civil, como la imputación y el deber de reparar.¹⁸

12. Proceso no. 11804-2018-00219, Tribunal de lo Contencioso Administrativo y Tributario con sede en el cantón Loja 14 de mayo del 2019", numeral 7.6. literal g.

13. Código Civil, Registro Oficial Suplemento 46, 24 de junio de 2005, art. 29.

14. Id. inciso quinto.

15. Jairo Solano, *Medios de Control Contencioso – Administrativo*, (Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2016), 343-344.

16. Ecuador, Código Orgánico Administrativo, Registro Oficial 31, Segundo Suplemento, 07 de julio de 2017, art. 333.

17. Juan Carlos Henao, *Le dommage. Analyse à partir de la responsabilité civile extracontractuelle de l'État en droit colombien et en droit français* (tesis doctoral, Universidad de París 2 Panthéon-Assas, sustentada el 27 de noviembre de 2007), 133, citado en: Juan Carlos Henao, "Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado", *Revista de Derecho Privado*, No. 28, (2015): 280, <https://doi.org/10.18601/01234366.n28.10>

18. *Ibíd.*

Por su parte, la reparación es la forma en que el responsable cumple con la obligación de resarcir, procurando el retorno al *status quo ante*; es decir, restableciendo la situación existente antes del daño.¹⁹

Cuando el daño sea patrimonial, se procurará la restitución de las cosas a su estado original o al más próximo al que se encontraban antes de la afectación o de no ser posible, mediante reparación pecuniaria en la que estará incluida la reparación por daños meramente morales, cuando corresponda.²⁰

La normativa administrativa añade que “la reparación pecuniaria podrá sustituirse por una compensación equivalente en especie o ser abonada mediante pagos periódicos, cuando resulte más adecuado para lograr la reparación debida y convenga al interés público, siempre que exista acuerdo con el interesado”²¹.

La acción de repetición

La Corte Constitucional de Colombia define la acción de repetición como un mecanismo judicial que faculta al Estado a recuperar, de sus funcionarios o exfuncionarios, las indemnizaciones pagadas a los particulares en un proceso contencioso-administrativo por daños antijurídicos.²²

Con esta acción se indaga sobre la responsabilidad subjetiva de las personas, ya no la anónima u objetiva de la administración. El objetivo es determinar si su conducta se enmarcó en comportamientos gravemente culposos o dolosos, los cuales deben ser examinados en el proceso judicial.²³

La Carta Magna, respecto de la repetición, establece que “el Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas”.²⁴

En este sentido, se exige que la acción se ejerza de manera inmediata contra los funcionarios que, en el desempeño de sus funciones, ocasionen un daño calificado cuya reparación haya sido ordenada por autoridad judicial competente.

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, la acción de repetición se distingue en dos vías: la regulada por el COA y la Ley Orgánica de Servicio Público (LOSEP), aplicables a la administración pública en general; y la prevista en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC) junto con el Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ), destinada a casos de vulneración de derechos constitucionales y de inadecuada administración de justicia.

19. *Ibíd.*, 286.

20. Código Orgánico Administrativo, Registro Oficial 31, Segundo Suplemento, 07 de julio de 2017, art. 336.

21. *Id.* inciso segundo.

22. Juan Galindo, *Derecho Procesal Administrativo Tomo I* (Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana Facultad de Ciencias Jurídicas, 2013), 375-376-380-381

23. *Ibíd.*

24. Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 11 numeral 9.

Normativa	Código Orgánico Administrativo (Art. 344)	Ley Orgánica de Servicio Público (Art. 46)	Código Orgánico de la Función Judicial (Arts. 32 y 33)	Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (Arts. 20, 67, 68, 69, 70, 71, 72)
Objeto de la acción de repetición	Su objeto es declarar y hacer efectiva la responsabilidad patrimonial por dolo o culpa grave de las servidoras y servidores públicos que, en el ejercicio de sus funciones, ocasionaron un perjuicio. Dicho daño ha generado que, mediante sentencia en un proceso por reclamo de responsabilidad extracontractual, el Estado sea condenado a indemnizar a los afectados.	Su objeto es declarar y hacer efectiva la responsabilidad patrimonial por dolo o culpa grave de las servidoras y servidores públicos que, en el ejercicio de sus funciones, ocasionaron un perjuicio. En tales casos, el Estado, mediante sentencia en un proceso contencioso-administrativo, puede ser condenado a restituir a un servidor suspendido o destituido en su puesto de trabajo, así como a pagar las remuneraciones dejadas de percibir.	Su objeto es declarar y hacer efectiva la responsabilidad patrimonial por dolo o culpa grave de las servidoras y servidores de la Función Judicial que, en el ejercicio de sus funciones, causaron un perjuicio. En estos casos, el Estado, mediante sentencia en un proceso por mal funcionamiento de la administración de justicia, puede ser condenado a indemnizar los daños y perjuicios generados.	Su objeto es declarar y hacer efectiva la responsabilidad patrimonial por dolo o culpa grave de las servidoras y servidores públicos que, en el ejercicio de sus funciones, ocasionaron un perjuicio. En tales casos, el Estado, mediante sentencia en un proceso de garantías jurisdiccionales o por decisión de un organismo internacional de derechos humanos, puede ser condenado a reparar materialmente el daño causado.

Requisitos	1. Declaración mediante sentencia firme de la responsabilidad extracontractual del Estado. ²⁵ 2. Pago completo de la respectiva indemnización.	1. Se requiere una declaración, mediante sentencia firme, de la nulidad o ilegalidad del acto que produjo la suspensión o destitución. En consecuencia, debe disponerse la restitución del servidor público a su puesto de trabajo, así como el pago de todas las remuneraciones que dejó de percibir.	1. Se debe declarar, mediante sentencia firme, que el Estado es responsable por error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia. En la misma resolución se dispondrá la indemnización de daños y perjuicios, así como la reparación por daños morales, si el caso lo amerita.	1. Que el Estado haya sido condenado a reparar materialmente, mediante sentencia o auto definitivo en un proceso de garantías jurisdiccionales, o por decisión de un organismo internacional de protección de derechos. Además, que haya erogado en su totalidad la reparación material a la víctima.
Legitimación Activa	1. La máxima autoridad de la institución responsable propondrá la acción de repetición. 2. Si varias instituciones han sido declaradas responsables, propondrán en conjunto la acción de repetición.	1. Será el Estado quien ejerza la acción de repetición a través de la PGE.	1. El Estado ejercerá la acción de repetición a través de la PGE	1. La máxima autoridad de la institución será la legitimada activa. 2. La PGE. 3. Cualquier persona podrá interponer la acción de repetición. ²⁶

Tabla 1: *La acción de repetición en el ordenamiento jurídico ecuatoriano*

Fuente: Elaboración propia

De la normativa expuesta, la única que exige la realización de una investigación previa es la LOGJCC, complementada por la sentencia de la Corte Constitucional Nro. 71-17-EP/22. En dicho fallo, la Corte y la ley *ibídem* establecen que corresponde a la máxima autoridad de la institución estatal responsable de la reparación material determinar la identidad de la persona o personas presuntamente responsables de la violación de derechos.

25. Para que sea declarada la responsabilidad extracontractual del Estado, deben subsistir los siguientes requisitos: a. Deficiencia en la provisión de un servicio público; b. Daño calificado; c. Existencia de nexo causal entre el daño calificado y la acción u omisión de la administración pública o el hecho dañoso que violenta el derecho.

26. Ver, Caso Nro. 71-17-EP, Corte Constitucional del Ecuador, 28 de noviembre del 2022, párr. 35.

El resto de normas (COA, COFJ y LOSEP) no contemplan esta exigencia. Sin embargo, la investigación previa resulta esencial para identificar a los posibles responsables del daño objeto de reparación material. Su práctica es además prudente, pues evita demandar indiscriminadamente a todos los servidores públicos que, sin haber actuado con dolo o culpa grave, solo intervinieron en el procedimiento administrativo —por ejemplo, suscribiendo un memorando o asistiendo a una reunión— sin relación de causalidad con el daño.²⁷

La acción de repetición como un mecanismo de protección financiera

La acción de repetición funciona como un mecanismo de protección financiera para el Estado, así lo manifestó el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de la Provincia de Loja:

La acción de repetición no solo está orientada a garantizar los principios de moralidad y eficiencia de la función pública, sino también está dirigida a proteger el caudal estatal y obtener el reembolso de la reparación patrimonial impuesta y pagada por el Estado, como consecuencia de una condena judicial contencioso administrativa, una conciliación u otro mecanismo alternativo de solución de conflictos que hubiere generado erogación económica, derivados del daño causado por dolo o culpa grave del sujeto pasivo de la acción.²⁸

La protección financiera es un “conjunto de mecanismos financieros de retención intencional o transferencia del riesgo que se establece en forma coordinada y planificada para acceder a recursos económicos oportunos y suficientes ante la potencial ocurrencia u ocurrencia de un desastre”.²⁹ En este sentido, la acción de repetición también puede concebirse como un mecanismo de protección financiera. Según lo señalado por los jueces del Tribunal, su finalidad es proteger el caudal estatal, ya que, una vez aceptada la demanda, se puede obtener el reembolso de las sumas que el Estado se vio obligado a pagar por concepto de reparaciones derivadas de la actuación de servidores públicos.

La acción de repetición cumple este rol porque transfiere el riesgo hacia los propios servidores. Así, si mediante sentencia firme se declara que un funcionario, en el desempeño de sus funciones, actuó de manera negligente o con la intención de causar un daño a un tercero que no estaba obligado a soportarlo, será responsable de devolver al Estado los fondos desembolsados en un inicio. Estos recursos, que provienen principalmente de los tributos aportados por la ciudadanía, deben ser protegidos, pues constituyen la base del financiamiento del gasto público.

El Proyecto de Ley de Repetición

En vista de esta dispersión normativa, la PGE remitió a la Asamblea Nacional del Ecuador el Proyecto de Ley de Repetición, suscrito por el doctor Íñigo Salvador Crespo, exprocurador general del Estado, mediante el Oficio No. 14587 de 1 de julio de 2021. Ese mismo día ingresó a la legislatura con el número de trámite 405618 y fue distribuido a las y los asambleístas para su tratamiento.³⁰

27. Andrés Moreta, *Derecho Administrativo Ecuatoriano*, (Quito: Ediciones Legalité, 2023), 732.

28. Proceso no. 11804-2018-00252, Tribunal de lo Contencioso Administrativo y Tributario con sede en el cantón Loja, 19 de junio del 2019”, numeral 7.

29. Cristian Fernández, “La Protección Financiera para la Gestión del Riesgo de Desastres en América Latina”, *Revista de Estudios Latinoamericanos sobre Reducción del Riesgo de Desastres REDER*, No. 2 (2020): 24, <https://doi.org/10.55467/reder.v4i2.48>

30. Proyecto Ley de Repetición, Asamblea Nacional del Ecuador, 2021), 1. <https://ppless.asamblea-nacional.gob.ec/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/faa9a694-a793-4d08-8935-727846b08333/pp-405618-isalvador.pdf>

Según el artículo 1, el Proyecto de Ley de Repetición tiene por objeto declarar y hacer efectiva la responsabilidad patrimonial de los servidores públicos que, actuando con dolo o culpa grave en el ejercicio de sus funciones, ocasionen que el Estado se vea obligado a reparar materialmente. Esta reparación procede en los siguientes casos:

1. Sentencia o auto definitivo dictado en un proceso de garantías jurisdiccionales.
2. Sentencia o resolución definitiva emitida por un organismo internacional de protección de derechos.
3. Laudo arbitral expedido por un organismo internacional de solución de controversias.
4. Sentencia o auto definitivo que declare la responsabilidad del Estado.³¹

El proyecto, en sus artículos 5 y 6, exige como requisito una investigación previa realizada por la máxima autoridad de la entidad causante del daño. Esta debe efectuarse antes de presentar la demanda y tiene por objeto determinar la identidad de los presuntos responsables de la acción u omisión, o de la deficiente prestación del servicio público que originó la obligación de reparar materialmente.³² Como resultado, debe emitirse un informe en el que se identifique a los servidores públicos, delegatarios o concesionarios que, por sus actuaciones, generaron la responsabilidad y la obligación de reparación a cargo del Estado.³³

De acuerdo con el proyecto de ley, este informe debe cumplir con una serie de requisitos obligatorios, uno de ellos es el establecimiento de:

Un nexo entre las acciones u omisiones del presunto o presuntos responsables y los actos que provocaron la reparación material, su grado de responsabilidad con establecimiento, del tiempo y del espacio, en relación con lo dictado en sentencia, laudo, auto o resolución respectiva en la que se condenó al Estado.³⁴

Además, “deben constar de manera clara los hechos relevantes del caso y la determinación de las acciones u omisiones del presunto o presuntos responsables”.³⁵ Uno de los cambios que propone el Proyecto de Ley de Repetición es que la acción de repetición se sustancie bajo el procedimiento sumario y ya no en el procedimiento ordinario, como lo establece actualmente el Código Orgánico General de Procesos.³⁶

De acuerdo con el portal web de la Asamblea Nacional³⁷ y el informe para el primer debate del proyecto³⁸ el presidente de la Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado informó que, en la sesión Nro. 086 del 17 de febrero de 2022, no se consiguieron los votos necesarios para aprobar dicho informe. En virtud de la normativa de la Función Legislativa, el proyecto fue remitido al Pleno de la Asamblea Nacional, donde hasta la fecha continúa sin ser tramitado.³⁹

La propuesta de Ley Orgánica de Repetición busca efectivizar esta acción. El principal obstáculo para el legitimado activo es identificar con certeza a los presuntos responsables del acto u omisión que, con dolo o culpa grave, ocasionó un perjuicio que el Estado debió

31. Ibidem. Pág. 6

32. Ibidem. Pág. 7

33. Ibidem.

34. Ibidem. Pág. 8, literal b)

35. Ibidem

36. Ibidem. Artículo 12.

37. Sistema de Consulta de Proyectos de Ley, Asamblea Nacional del Ecuador, 2019): <https://leyes.asambleanacional.gob.ec/>

38. Informe Primer Debate de la Comisión, Asamblea Nacional, 2022, 1. <https://ppless.asambleanacional.gob.ec/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/803e2890-8a8b-451a-aff7-98dd61cd35c3/1d%20-%20informe%20comision.pdf>

39. Ley Orgánica de la Función Legislativa, Registro Oficial Suplemento 642, 27 de julio de 2009, art. 142.

reparar económicamente. El desafío radica en determinar la conducta concreta atribuible a dichos responsables, lo cual exige una investigación exhaustiva que permita reconstruir los hechos. Por ello, la exigencia de una investigación previa y la emisión de un informe constituyen elementos esenciales para contar con pruebas suficientes que respalden el ejercicio efectivo de la acción. Actualmente, la acción de repetición se encuentra regulada de manera dispersa en varios cuerpos legales, como el COA, la LOSEP, el COFJ y la LOGJCC. Esta última es la única que exige la investigación previa antes de la demanda, lo que impide contar con un procedimiento uniforme que garantice la efectividad de la acción y la recuperación de los recursos estatales desembolsados.

Análisis de sentencias contencioso-administrativas

En el presente trabajo se analizaron cuatro sentencias⁴⁰ dictadas por los jueces del Tribunal de lo Contencioso Administrativo y Tributario con sede en el cantón Loja, Provincia de Loja. Los mismos resolvieron cuatro acciones de repetición seguidas en contra del alcalde de ese período del Gobierno Autónomo Descentralizado del cantón Centinela del Cóndor. Las decisiones judiciales fueron dictadas en los procesos: 11804-2018-00167, 11804-2018-00219, 11804-2018-00251 y 11802-2018-00252, respectivamente.

Estos procesos tienen como antecedente que, mediante cuatro actos administrativos, el alcalde del GAD del cantón Centinela del Cóndor dejó sin efecto el concurso de méritos y oposición en el que se había declarado ganadoras a cuatro personas para los cargos de técnico de proyectos, técnico forestal, químico laboratorista y secretaria.

Las resoluciones emitidas fueron declaradas nulas por los jueces del Tribunal de lo Contencioso Administrativo No. 5 de Loja y Zamora Chinchipe. En consecuencia, se dispuso el reintegro de los funcionarios públicos a sus cargos y el pago de las remuneraciones pendientes, incluidos décimos tercero y cuarto, vacaciones no gozadas e intereses legales, lo que sumó un total de USD 74.070,75 pagados por el GAD.

Los tribunales no se pronunciaron sobre la actuación del alcalde, es decir, no determinaron si existió dolo o culpa grave. Únicamente declararon la nulidad de las resoluciones, ordenaron la reincorporación de los afectados y dispusieron el pago de las remuneraciones, conforme al artículo 46 de la Ley Orgánica de Servicio Público.

Procesos 11804-2018-00167; 11804-2018-00219; 11804-2018-00251; 11804-2018-00252

Actor: Procuraduría General del Estado

Demandado: Ing. Patricio Giovani Quezada Moreno ex alcalde del GAD Municipal del cantón Centinela del Cóndor

Sentencia: los jueces del Tribunal Contencioso Administrativo en sentencia desecharon las cuatro demandas.

Análisis de las sentencias

En las cuatro sentencias analizadas se negó la acción de repetición interpuesta contra el entonces alcalde del GAD del cantón Centinela del Cóndor. Según lo resuelto por los jueces del Tribunal Contencioso Administrativo, la PGE no logró demostrar con suficiencia la existencia de responsabilidad subjetiva del alcalde, pues no se probó dolo ni culpa grave en las actuaciones realizadas al momento de emitir los actos administrativos posteriormente anulados. Como consecuencia, el Estado tuvo que desembolsar un total de USD 74.070,75.

40. Las sentencias analizadas fueron obtenidas gracias a la gestión realizada en el trabajo investigativo de Maribel Muñoz, "Requisitos de procedencia de la acción de repetición, por la declaración de la responsabilidad extracontractual del estado, por actuaciones administrativas" (tesis de maestría, Universidad Internacional SEK, 2019), 79-82, <https://repositorio.uisek.edu.ec/handle/123456789/3356>

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Provincial, para que una acción de repetición sea admitida y prospere mediante sentencia firme, es indispensable acreditar la responsabilidad subjetiva del funcionario demandado. El Tribunal estableció que no debe quedar duda alguna de que el servidor público cometió una acción u omisión con dolo o culpa grave.

En estos procesos, la acción de repetición no pudo consolidarse como un mecanismo de protección financiera para el GAD del cantón Centinela del Cóndor.

Proceso 17811-2016-01659

Actor: Ministro de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana

Demandado: A. P. N. G.

Sentencia: El tribunal encontró fundamentos de la responsabilidad del señor A. P. N. G. por la violación de derechos del señor C. D. M. E., lo que generó la obligación de reparar de manera material a dicho ciudadano por parte del Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, debido al comportamiento gravemente negligente del demandado. La sentencia estableció el pago de lo erogado por el Estado por concepto de reparación material, esto es, USD 11.142,00, ya entregados al señor C. D. M. E. Dicho monto deberá ser restituido en 18 cuotas iguales, pagaderas en un período de 18 meses a partir de la ejecutoria de la sentencia, evitando afectar la congrua sustentación del demandado.

Análisis de la sentencia

El presente proceso fue sustanciado conforme a lo establecido en la LOGJCC. De la lectura de la sentencia se desprende que, debido a la negligencia grave con la que actuó el servidor público, el Estado se vio obligado a erogar la cantidad de USD 11.180,00. En dicha resolución se determinó la responsabilidad subjetiva del funcionario, quien en el desempeño de sus labores, y por negligencia grave manifiesta, ocasionó un perjuicio a un ciudadano al entregar de manera errónea un vehículo a una persona que no era la propietaria legítima. El Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, en su calidad de legitimado activo y conforme a la LOGJCC, realizó la investigación previa correspondiente, la cual permitió establecer los elementos fácticos y probatorios, así como la identidad del presunto responsable. Dicho proceso probatorio demostró, sin lugar a dudas, la existencia de culpa grave en el accionar del funcionario público, razón por la cual se admitió a trámite la acción de repetición y se declaró la responsabilidad del señor A. P. N. G. por la vulneración de los derechos del señor C. D. M. E., obligándole a devolver al Estado lo erogado.

Conclusiones

La jurisprudencia es clara al señalar que, para la procedencia de la acción de repetición, la legitimada activa debe contar con elementos fácticos y probatorios suficientes que permitan demostrar ante los jueces la existencia de la responsabilidad subjetiva del funcionario público.

Del análisis de la normativa ecuatoriana sobre esta acción, se observa una dispersión normativa, pues se encuentra regulada en cuatro cuerpos legales distintos. Aunque todos se sujetan al procedimiento ordinario y son tramitados ante los jueces de lo contencioso administrativo, mantienen diferencias sustanciales que pueden determinar el éxito o fracaso de la acción.

Únicamente la LOGJCC exige la realización de una investigación previa a la presentación de la demanda de repetición. Además, fija el plazo que tiene la legitimada activa para llevarla a cabo, lo que permite identificar a los presuntos responsables y establecer si actuaron con dolo o culpa grave.

En consecuencia, la acción de repetición se halla dispersa en la normativa, y solo en la LO-GJCC subsiste la obligación legal de realizar una investigación previa, lo que limita su eficacia. El Proyecto de Ley de Repetición, presentado por el entonces Procurador General del Estado a la Asamblea Nacional, constituye una alternativa adecuada, pues busca unificar en un solo cuerpo legal la sustanciación de esta acción e instituir la obligación de la investigación previa para todos los casos.

Es fundamental que los legisladores tramiten dicho proyecto, a fin de que la acción de repetición pueda consolidarse como un verdadero mecanismo de protección financiera para el GAD del cantón Centinela del Cóndor y para la administración pública en general.

Con base en la jurisprudencia analizada, se evidencia que la acción de repetición no fue efectiva para proteger los recursos económicos del mencionado GAD, ya que las cuatro acciones planteadas fueron negadas. Ello se debió a que no se logró desvirtuar la inocencia del entonces alcalde, al no probarse que actuó con dolo o culpa grave. Esto revela la necesidad de una investigación previa sólida que permita reunir los elementos probatorios suficientes.

Referencias

- Asamblea Nacional del Ecuador. "Sistema de Consulta de Proyectos de Ley. 20242024. <https://leyes.asambleanacional.gob.ec/>
- Barros, Enrique. *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006.
- Código Civil. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005.
- Código Orgánico Administrativo. Registro Oficial Segundo Suplemento 31, 07 de julio de 2017.
- Código Orgánico General de Procesos. Registro Oficial Suplemento 506, 22 de mayo de 2015.
- Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.
- Cumbicus, María y Marco Oramas. "La responsabilidad objetiva del Estado frente a la acción del derecho de repetición". *Revista Caribeña de Ciencias Sociales* (2019). <https://www.eu-med.net/rev/caribe/2019/09/responsabilidad-objetiva-estado.html>
- Enríquez, Guillermo. "Ineficacia de la Acción de Repetición". *Ius Humani Revista de Derecho* 6 (2017): 107-22. <https://doi.org/10.31207/ih.v6i0.133>
- Fernández, Cristian. "La Protección Financiera para la Gestión del Riesgo de Desastres en América Latina". *Revista de Estudios Latinoamericanos sobre Reducción del Riesgo de Desastres REDER*, n.o 2 (2020): 22-35. <https://doi.org/10.55467/reder.v4i2.48>
- Galindo, Juan. *Derecho Procesal Administrativo Tomo I*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana Facultad de Ciencias Jurídicas, 2013.
- García Falconí, José. "Trámite de la Acción de Repetición". *Derecho Ecuador*, 19 de diciembre de 2017. <https://derechoecuador.com/accion-de-repeticion-2/>
- Henao, Juan Carlos. Le dommage. Analyse à partir de la responsabilité civile extracontractuelle de l'État en droit colombien et en droit français (tesis doctoral, Universidad de París 2 Panthéon-Assas, sustentada el 27 de noviembre de 2007), versión traducida al español por el autor y citado en: Henao, Juan Carlos. "Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado". *Revista de Derecho Privado*, n.o 28 (2015): 277-366. <https://doi.org/10.18601/01234366.n28.10>
- Informe Primer Debate de la Comisión*. Asamblea Nacional. 2022.
- Jácome, Gabriela, Daniela Pérez y Ailyn Arguello. "¿Por Qué El Código Civil Ecuatoriano Equipara La Culpa Grave Y El Dolo? Análisis jurídico Sobre La Culpabilidad, Su aplicación Y Finalidad". *USFQ Law Review* 10, n.o 2 (2023): 209-29. <https://doi.org/10.18272/ulr.v10i2.3000>
- Ley Orgánica de la Función Legislativa. Registro Oficial Suplemento 642, 27 de julio de 2009.
- Moreta, Andrés, *Derecho Administrativo Ecuatoriano* (Quito: Ediciones Legalité, 2023), 730.
- Muñoz, Maribel. "Requisitos de Procedencia de la Acción de Repetición, Por la Declaración de la Responsabilidad Extracontractual del Estado, por Actuaciones Administrativas". Tesis de Maestría, *Universidad Internacional SEK*, 2019. <https://repositorio.uisek.edu.ec/handle/123456789/3356>
- Proceso no. 11804-2018-00219*. Tribunal de lo Contencioso Administrativo y Tributario con sede en el cantón Loja, 14 de mayo del 2019. *Proceso no. 11804-2018-00252*. Tribunal de lo Contencioso Administrativo y Tributario con sede en el cantón Loja, 19 de junio del 2019".
- Proyecto Ley de Repetición*. Asamblea Nacional. 2021.
- Reyes, María G. y María Torres. "Juicio de repetición en el Ecuador: su efectividad frente a la falta de armonía y claridad de las normas jurídicas que lo regulan". *Polo del Conocimiento* 7, n.o 10 (2022): 1594-1609. <https://polodelconocimiento.com/ojs/index.php/es/article/view/4801>
- Solano, Jairo. *Medios de Control Contencioso – Administrativo*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2016.



Centro de Arbitraje y Mediación
CÁMARAS DE LA PRODUCCIÓN DEL AZUAY

Caso Perenco vs. Ecuador: una lectura de la decisión de responsabilidad y la determinación de la indemnización

Perenco v. Ecuador: A Reading of the Decision on Liability and the Determination of Compensation

Francisco Javier Jaramillo Nieto
francisco.jaramillo@es.uazuay.edu.ec

Resumen

Perenco v. Ecuador (CIADI ARB/08/6) es uno de los casos más representativos de arbitraje internacional de inversiones en el contexto ecuatoriano, pues aborda temas contractuales, normativos y ambientales de gran importancia jurídica y social. La controversia se originó tras la implementación de reformas legales sobre el régimen de participación en contratos petroleros. Perenco, quien mantenía contratos de participación con el Estado, inició una demanda arbitral por violaciones de las cláusulas contractuales y del TBI entre Ecuador y Francia, mientras que el Estado presentó una reconvencción por daño ambiental. El laudo final de esta controversia constituyó un precedente significativo en relación con la política regulatoria del Estado, el cumplimiento de los TBI y el uso de contrademandas como mecanismos de justicia ambiental.

Abstract

Perenco v. Ecuador (CIADI ARB/08/6) is one of the most representative cases of international investment arbitration in the Ecuadorian context, as it dealt with contractual, regulatory, and environmental issues of great legal and social importance. The dispute arose from the implementation of legal reforms concerning the participation regime for oil contracts. Perenco, which had participation contracts with the State, initiated arbitration proceedings alleging violations of contractual clauses and of the BIT between Ecuador and France, while the State lodged a counterclaim for environmental damage. The final award in this dispute constituted a significant precedent in relation to the State's regulatory policy, compliance with BITs, and the use of counterclaims as mechanisms for environmental justice.

Palabras clave

Arbitraje de inversiones, soberanía, contratos petroleros, trato justo y equitativo, reconvencción ambiental

Keywords

Investment arbitration, sovereignty, oil contracts, fair and equitable treatment, environmental counterclaim

Introducción

Perenco Ecuador Limited v. República del Ecuador (CIADI ARB/08/6), debido a su contexto, es uno de los casos más emblemáticos de las últimas décadas en arbitraje internacional de inversiones. El conflicto se originó tras las reformas implementadas por el Estado ecuatoriano mediante la Ley 42 y el Decreto Ejecutivo 662, que afectaron las condiciones económicas de los contratos de participación en los bloques petroleros 7 y 21 de la Amazonía ecuatoriana, en esta ocasión, operados por la empresa. La reacción de la empresa consistió en suspender sus operaciones e iniciar un arbitraje ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, en adelante CIADI, bajo el TBI Ecuador-Francia, lo cual dio lugar a un procedimiento arbitral de gran relevancia no solo a nivel nacional, sino también a nivel regional.

Este artículo analiza los antecedentes fácticos, el desarrollo del proceso y el contenido del laudo arbitral dictado el 27 de septiembre de 2019,¹ así como la decisión de responsabilidad del 12 de septiembre de 2014.² El eje central de la discusión se sitúa en la protección internacional de las inversiones frente a la política pública del Estado, considerando además cómo el razonamiento del tribunal aborda la determinación del *quantum* bajo modelos financieros armonizados y la procedencia de una indemnización a favor del Estado por daños ambientales en contra de Perenco.

La metodología empleada consiste en un análisis de las decisiones de fondo del tribunal arbitral y el laudo final, complementada con los hechos que dieron lugar a la controversia, las normas pertinentes y la doctrina relevante en la materia. El objetivo es realizar una lectura crítica de este caso simbólico en arbitraje de inversiones.

Antecedentes del conflicto

Contratos de participación y contexto petrolero en Ecuador

En la década de 1990 el Estado ecuatoriano, en un contexto de apertura a la inversión extranjera y a la firma de tratados bilaterales de inversión (TBI),³ realizó contratos de participación con diversas compañías petroleras para la exploración y explotación de hidrocarburos en la región amazónica. Estos contratos tenían una particularidad frente a los de prestación de servicios: el modelo de participación permitía a las empresas asumir los riesgos de inversión y recibir, como contraprestación, un porcentaje de las ganancias del petróleo extraído. En ese contexto, Perenco Ecuador Limited suscribió contratos de participación sobre los bloques 7 y 21, junto con Burlington Resources Oriente Limited.

Estos contratos fueron considerados como una herramienta útil para atraer a la inversión extranjera directa en el sector petrolero, permitiendo que el Estado ecuatoriano se beneficiara del aumento en los precios del crudo sin asumir el costo de las operaciones ni su compleja logística.⁴ No obstante, empezaron a surgir problemas jurídicos. Las condiciones contractuales permanecieron rígidas frente a los cambios abruptos en el mercado internacional (en una

1. CIADI, Perenco Ecuador Limited v. República del Ecuador y Petroecuador, Caso CIADI No. ARB/08/6, Laudo Final, 27 de septiembre de 2019.

2. CIADI, Perenco Ecuador Limited v. República del Ecuador y Petroecuador, Caso CIADI No. ARB/08/6, Decisión sobre las cuestiones pendientes relativas a la jurisdicción y sobre la Responsabilidad, 12 de septiembre de 2014.

3. Isabel Yepes y Nicolás Larrea, "Cambio en las reglas de juego: el futuro del arbitraje en el Ecuador", *USFQ Law Review* 2, n.º 1 (2014): 107, <https://doi.org/10.18272/lr.v2i1.878>

4. Víctor Guevara, *El sistema de contratación en las actividades del sector petrolero y su incidencia en la economía del país* (Tesis de Maestría, Instituto de Altos Estudios Nacionales, 2001), 39.

política petrolera que es naturalmente volátil),⁵ lo que generó fricciones entre los objetivos de rentabilidad estatal y la estabilidad jurídica exigida por los inversionistas.

Aplicación de la Ley 42 y el Decreto 662

El Estado ecuatoriano adoptó medidas para incrementar su participación de las rentas extraordinarias del sector. La llamada Ley 42, promulgada en abril de 2006, modificó el régimen jurídico y determinó que las compañías contratistas debían transferir al aparato estatal un 50 % de los ingresos extraordinarios generados por precios superiores a los previstos dentro de las cláusulas contractuales.⁶ Posteriormente, en octubre de 2007, se dio otro cambio radical mediante el Decreto Ejecutivo 662, el cual elevó dicho porcentaje al 99 %⁷, sin modificar de manera formal las cláusulas contractuales.

Si bien el cambio del escenario económico y jurídico fue producto de medidas adoptadas en ejercicio del interés general y la soberanía del Estado para garantizar una distribución más equitativa de los recursos naturales, desde la perspectiva de Perenco, estas acciones configuraron incumplimientos contractuales. También afectaron su expectativa legítima de retorno sobre la inversión. La controversia sobre la legalidad y efectos económicos de estas medidas constituye el núcleo del litigio.

Reacción de Perenco y activación del arbitraje CIADI

Como consecuencia de la emisión del Decreto 662, Perenco decidió unilateralmente suspender sus operaciones en los bloques 7 y 21. De manera simultánea, presentó una solicitud de arbitraje ante el CIADI, el 30 de abril de 2008, al amparo del Tratado Bilateral de Inversiones entre Ecuador y Francia.

El Estado ecuatoriano, respondió declarando la caducidad del contrato sobre el bloque 21 en 2009, lo que solo intensificó las diferencias entre ambas partes. Respecto a la demanda en el CIADI, Ecuador no solo se opuso a las pretensiones de Perenco, sino que también presentó una reconvencción ambiental por daños en los bloques operados por la demandante, por un monto superior a USD 2.500 millones.

El arbitraje Perenco vs. Ecuador ante el CIADI

Fases del proceso

La solicitud de arbitraje fue presentada el 30 de abril de 2008 por parte de Perenco, conforme al Convenio CIADI y al TBI entre Francia y Ecuador (1994).⁸ El Tribunal Arbitral fue constituido en junio de 2009 y se conformó por Peter Tomka, junto con los árbitros Neil Kaplan y Christopher Thomas. El procedimiento, que se extendió durante más de una década, atravesó múltiples fases como es habitual en controversias complejas relativas a inversiones. Entre ellas se encontraron: memoriales escritos, audiencias orales, bifurcación de cuestiones jurisdiccionales y de fondo, designación de expertos independientes y, finalmente, una etapa para valorar la reconvencción ambiental.

5. Mónica Cecilia Orozco Medina, *Una política sin rumbo: El caso del sector petrolero ecuatoriano 2005-2010, tesis de Maestría en Ciencias Sociales con mención en Gobernanza Energética* (Quito: FLACSO Sede Ecuador, 2013).

6. Ecuador, Congreso Nacional, Ley Reformativa a la Ley de Hidrocarburos. Ley No. 2006-42, Registro Oficial, 19 de abril de 2006.

7. Ecuador, Decreto Ejecutivo No. 662, Registro Oficial, 4 de octubre de 2007.

8. Convenio entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República Francesa para la Promoción y Protección Recíprocas de Inversiones, París, 21 de agosto de 1995.

En el proceso intervinieron varios factores relevantes como la complejidad técnica del daño ambiental alegado por el Estado, las reclamaciones económicas y ambientales, así como la necesidad de recabar peritajes independientes que garantizaran la objetividad de los hallazgos y la coherencia de la decisión. El laudo final fue emitido el 27 de septiembre de 2019, seguido por un procedimiento de anulación solicitado por Ecuador con base en su inconformidad por la decisión tomada por el tribunal, lo que culminó con la decisión del Comité *ad hoc* en mayo de 2021.

Argumentos centrales de las partes respecto a la responsabilidad

Perenco Ecuador Limited estructuró la argumentación de su demanda arbitral en cinco puntos principales. En primer lugar, alegó que la promulgación de la Ley 42 y del Decreto 662 modificaron unilateralmente los términos contractuales, lo que configuró un incumplimiento del contrato y una violación al trato justo y equitativo del Artículo 4 del TBI. En segundo lugar, argumentó que la declaratoria de caducidad constituyó una expropiación indirecta sin compensación, lo cual significa una violación al Artículo 6 del TBI. En tercer lugar, sostuvo que Ecuador violó cláusulas relevantes de los contratos respecto a negociaciones previas ante cambios significativos en el equilibrio económico. Como cuarto punto, mencionó una violación de cláusulas que prohibían la discriminación entre contratistas. Finalmente, alegó que Ecuador incumplió su obligación contractual de respetar las decisiones dictadas por el Tribunal arbitral respecto a medidas provisionales.

Ecuador respondió negando de manera categórica las acusaciones de Perenco, sosteniendo que la promulgación de la Ley 42 y el decreto 662 fueron medidas legítimas de política pública orientadas a fomentar el equilibrio económico de sus contratos de participación frente a ganancias extraordinarias derivadas del incremento de precios del petróleo. Además, enfatizó que estas acciones, lejos de violar los contratos, buscaban justamente una asignación equitativa de la renta petrolera, constituyendo un legítimo ejercicio de su capacidad regulatoria.

Respecto a las alegaciones de violación del Artículo 4 del TBI, el país argumentó que Perenco no tenía derecho a una expectativa legítima respecto a ganancias fijas. Añadió que los contratos solo garantizaban una participación en porcentaje del petróleo producido, sin protección específica contra posibles fluctuaciones de las participaciones. Por ello, a criterio de la defensa de Ecuador, no existía una violación al trato justo y equitativo ni tampoco una interferencia indebida en el uso y goce de sus inversiones. Señalaron que todas las acciones posteriores a la Ley 42 y el decreto 662 fueron respuestas legítimas y legales frente a la negativa de Perenco a cumplir con sus obligaciones.

En respuesta al argumento sobre expropiación, Ecuador afirmó que la Ley 42 y el decreto 662 no privaron sustancial ni permanentemente a Perenco del uso y beneficio económico de sus inversiones. De igual manera, se sostuvo que cualquier posible afectación económica fue resultado directo del incumplimiento de las obligaciones legales de la empresa, lo cual justificaba a plenitud las acciones regulatorias y coactivas del Estado.

Sobre las supuestas violaciones contractuales, se mantuvo que la Ley 42 no modificó términos clave de los contratos ni activó la cláusula de renegociación. También se negó la existencia de una obligación de estabilidad legal o contractual frente a cambios con respecto a la participación del Estado. Ecuador también rechazó las acusaciones de discriminación, argumentando que Perenco no probó estar en condiciones comparables con otros contratistas que recibieron un trato diferente. Por último, el país negó que hubiese violado las decisiones arbitrales provisionales, señalando que las mismas no generaron obligaciones contractuales adicionales que implicaran compensación por incumplimiento.

Monto reclamado y reconversiones

La reclamación inicial de Perenco superaba los USD 1.500 millones, correspondientes a ingresos no percibidos como consecuencia de la aplicación de la Ley 42 y el Decreto 662, así como a los daños derivados de la caducidad del contrato del bloque 21. En respuesta, Ecuador presentó la mencionada reconversión ambiental por más de USD 2.500 millones, basada en la responsabilidad por remediación y compensación de impactos como la contaminación de suelos, aguas y sitios sensibles en la Amazonía.

Análisis de las decisiones del tribunal arbitral

De la decisión respecto a la responsabilidad

La decisión respecto a la responsabilidad se realizó de forma previa al laudo final, dentro de dicho documento el tribunal resolvió los siguientes puntos:

En relación con los Contratos de Participación y en la decisión con respecto a la responsabilidad, se realizó una diferenciación entre los efectos de la Ley 42 y el Decreto 662. Por un lado, se concluyó que la aplicación de la Ley 42 al 50 % no constituyó un incumplimiento contractual, ya que se mantuvo dentro de márgenes tolerables para una adaptación razonable del contrato ante cambios regulatorios. Por otro lado, la aplicación del Decreto 662, que aumentó la participación estatal al 99 %, sí fue calificada como un incumplimiento sustancial al alterar de forma drástica la situación económica del contrato original sin negociación ni compensación.

Adicionalmente, el Tribunal consideró que la declaratoria de caducidad del Contrato del Bloque 21 constituyó también un incumplimiento contractual. A su juicio, el Estado pudo haber garantizado la continuidad de la producción sin necesidad de poner fin anticipado al contrato durante la vigencia del arbitraje. En contraste, se rechazó la alegación de Perenco sobre un trato discriminatorio con respecto a Andes Petroleum (cláusula 5.1.28 del Contrato del Bloque 7), al considerar que no se probó que ambas empresas estuvieran en situaciones comparables o que el trato diferenciado careciera de justificación objetiva.

Con respecto al estándar de trato justo y equitativo, consagrado en el artículo 4 del TBI, el Tribunal sostuvo que la aplicación de la Ley 42 al 50 % no lo violó. Sin embargo, concluyó que el Decreto 662 (Ley 42 al 99 %) sí lo infringió, pues implicó un cambio abrupto y desproporcionado en la participación estatal, afectando las legítimas expectativas de Perenco de forma arbitraria y sin justificación razonable. También destacó la falta de transparencia y la ausencia de negociación como elementos determinantes para declarar dicha violación.

En cuanto al artículo 6 del TBI, relativo a la prohibición de expropiación sin compensación, el Tribunal realizó una evaluación caso por caso. Determinó que ni la ejecución de coactivas por parte de la autoridad tributaria, ni la intervención temporal de las operaciones petroleras, ni la retención de crudo configuraron una expropiación indirecta. Estas medidas fueron consideradas agresivas y posiblemente abusivas, pero no cumplieron con el umbral de privación sustancial, permanente y total.

Por otra parte, se concluyó que la declaratoria de caducidad del Contrato del Bloque 21 sí constituyó una expropiación indirecta, en tanto que privó a Perenco del goce efectivo de sus derechos contractuales y de los beneficios económicos de su inversión, sin ofrecer compensación alguna. Esta medida fue considerada desproporcionada, en especial porque se produjo en el contexto de un arbitraje en curso.

Sobre la solicitud de Perenco para que se declarara que no tenía obligaciones pendientes respecto a los bloques, el Tribunal no accedió, al considerar que Ecuador ya había formulado una reconversión ambiental que abarcaba esa materia. Además, reconoció que el Estado no había cumplido plenamente con la orden de medidas provisionales dictada en mayo de 2009. No obstante, remarcó que este incumplimiento no generaba una responsabilidad autónoma bajo el contrato ni bajo el TBI, aunque tuvo peso como elemento contextual que agravó las violaciones declaradas con anterioridad.

De la decisión respecto a la evaluación de daños y el monto de la indemnización

La decisión sobre la indemnización se realizó en el laudo final y, por lo tanto, fue uno de los puntos más controvertidos del arbitraje. Debido a que la reclamación fue superior a los USD 1.500 millones por parte de la demandante, el Tribunal adoptó un método armonizado de valoración de los daños.

Delimitación metodológica: enfoques en disputa

En este caso, el Tribunal enfrentaba diferencias clave entre los dos modelos de cálculo de daños presentados por los peritos expertos de ambas partes: el modelo del profesor Kalt (experto de Perenco) y el modelo de The Brattle Group (expertos de Ecuador).

Debido a esto, se decidió adoptar un “modelo armonizado”, que incorpora las decisiones y conclusiones del Tribunal, buscando resolver los desacuerdos más importantes y llegar a una valoración equilibrada de los daños.

Modelo adoptado por el Tribunal

Para calcular la indemnización, el tribunal no adoptó solo uno de los dos enfoques de los peritos, por el contrario, tomó en consideración los elementos más razonables y probados de cada modelo y realizó ajustes para reflejar sus propias conclusiones sobre:

- Efecto del Decreto 662
- Efecto de la declaración de caducidad de los contratos
- Producción e inversión proyectadas
- Precios del petróleo esperados en cada bloque
- Costos operativos (OPEX) y de capital (CAPEX)

También aplicó descuentos y ajustes adicionales para alcanzar un resultado coherente con la realidad económica y las expectativas previas a los incumplimientos.

Compensación final ajustada

La valoración adoptada por el tribunal calculó los daños a partir de la fecha de los incumplimientos cometidos por Ecuador. En esta línea, concluyó que, de no haberse producido los hechos controvertidos, Perenco habría aumentado su producción, lo cual habría implicado perforar un mayor número de pozos en los bloques 7 y 21.

Además, el Tribunal determinó aplicar precios ajustados según las calidades específicas del petróleo involucrado, es decir, diferenciando entre los tipos de crudo del Oriente y Napo. También se analizaron los gastos operativos (OPEX) y de capital (CAPEX), los cuales debían reflejar las condiciones en ausencia de las violaciones contractuales y del tratado cometidas por Ecuador. En este contexto, los flujos de caja proyectados se descontaron a una tasa del 12 %, una cifra acordada previamente por los expertos de ambas partes.

En este caso se realizó un *True-Up*, que consistió en ejecutar una revisión que toma en consideración los eventos ocurridos posteriormente y que incidieron sobre el cálculo original de la indemnización. Este ajuste reflejó pagos pendientes por parte de Perenco, los excesos que pagó debido al Decreto 662, los costos reales que asumió Ecuador al administrar los bloques petroleros después de la salida de la empresa, así como los costos asociados al cierre de operaciones.

Luego de aplicar este modelo armonizado, la indemnización inicial estimada fue de USD 418.9 millones. Sin embargo, tras la aplicación del *True-Up*, esta cifra se redujo a USD 382.5 millones. Posteriormente, se agregó una cantidad adicional de USD 9 millones debido a la deducibilidad tributaria relacionada con el oleoducto privado (OCP) y otros USD 25 millones

en razón de la pérdida de oportunidad causada por Ecuador al impedir que Perenco explotara ciertos derechos petroleros.

Finalmente, la indemnización total otorgada a Perenco quedó establecida en USD 416.5 millones (valor calculado en septiembre de 2016). Tras actualizar esta cifra a la fecha del laudo, emitido en 2019, el monto definitivo fue fijado en USD 448.820.400.

Reconversión ambiental: entre defensa legítima y estrategia procesal

Fundamentos de la reconversión del Estado

Una parte de la estrategia realizada por la República del Ecuador fue realizar una reconversión ambiental contra Perenco, debido a su responsabilidad por daños ambientales generados en los bloques 7 y 21 durante su operación.

El país alegó que la empresa actuó negligentemente, lo cual ocasionó la contaminación del suelo, de aguas superficiales y subterráneas, la quema de residuos no controlada y una excesiva acumulación de lodos petroleros. Esto, de manera clara, generaba la responsabilidad de indemnizar al Estado.

Determinación de la responsabilidad ambiental

El Tribunal se centró en identificar diferentes factores según la prueba aportada por el perito independiente designado. La responsabilidad de Perenco se determinó tomando en cuenta el tipo de contaminación, la ubicación de los daños, el momento en que ocurrió la contaminación y si existían evidencias que vinculen directamente a las operaciones realizadas por la empresa.

Solo aquella contaminación que el tribunal determinó que era atribuible a Perenco se cuantificó para la indemnización. Por otro lado, si la contaminación sucedió antes de las operaciones y era atribuible a operadores anteriores, el Tribunal asignó tales costos a sus predecesores o en su defecto a aquellos agentes que actuaron posteriormente.

En situaciones en que la contaminación no pudo ser atribuida con claridad a un solo operador, el Tribunal empleó un método que analizaba el tiempo de operación para distribuir la responsabilidad entre Perenco, sus predecesores y Petroamazonas (su sucesor), de acuerdo con el período en que cada uno estuvo a cargo de las actividades en los sitios afectados.

Tras realizar todo su análisis el Tribunal asignó a Perenco una responsabilidad de USD 85.938.890. Este monto fue incrementado en USD 7.7 millones para cubrir sitios que no habían sido adecuadamente evaluados por el perito independiente.

Sin embargo, también se consideraron los daños ambientales ya indemnizados por Burlington, socio de Perenco en el Consorcio, en otro arbitraje relacionado en donde la determinación de la indemnización fue claramente distinta. En palabras de Emilia Limongi Izaguirre y César Sánchez Icaza:

El significativo incremento, evidentemente está relacionado con la forma de determinar el costo, que fue totalmente distinto para los dos Tribunales, empezando por los lineamientos para determinarlo, en donde uno de los Tribunales decidió hacerlo a precios de Ecuador y el otro a precios internacionales, hasta en el método para determinarlo, ya que para uno de los Tribunales se aplicó el método subjetivo dejando en parte a la discrecionalidad del Tribunal, mientras que en el otro, de manera objetiva se determinó en base a cotizaciones de los contratistas de remediación.⁹

9. Emilia Limongi Izaguirre y César Sánchez Icaza, "Los casos Burlington y Perenco: una mirada a las discrepancias ambientales en aspectos de determinación de responsabilidades y cuantificación de daños", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, n.º 12 (2021): 14, <https://doi.org/10.36649/rea12>

Dado que el Tribunal reconoció la necesidad de evitar una doble recuperación por parte de Ecuador, decidió restar del monto total asignado a Perenco la cantidad determinada para Burlington (USD 39.199.373). Por consiguiente, la indemnización definitiva que Perenco debía abonar a Ecuador por daños ambientales quedó establecida en USD 54.439.517.

Conclusiones

Perenco v. Ecuador muestra la complejidad que tiene el arbitraje de inversiones, tanto en determinar la situación jurídica y fáctica del fondo del asunto, como la cuantificación de las distintas indemnizaciones. A su vez, ejemplifica las tensiones existentes entre la soberanía y los compromisos asumidos en tratados bilaterales de inversión, así como la creciente relevancia de la responsabilidad ambiental en el contexto del arbitraje internacional.

A lo largo de todo el procedimiento el Tribunal Arbitral del CIADI no solo abordó reclamos por violación del trato justo y equitativo o expropiación indirecta, sino que también sentó precedentes importantes sobre responsabilidad ambiental, valoración de daños y perjuicios y reconvenções dentro de procesos arbitrales.

El laudo sigue la línea de que los Estados, aun en ejercicio de su soberanía, no pueden modificar unilateralmente los términos de los contratos firmados con inversionistas sin incurrir en su responsabilidad con base en Tratados Bilaterales de Inversión. Esto se debe a que es necesario considerar las obligaciones del Estado antes de tomar decisiones relevantes, como lo menciona el doctrinario Gustavo Prieto, es clave que para que se cumpla el estándar de trato justo y equitativo debe existir un entorno jurídico estable y previsible.¹⁰

El caso evidenció que, si bien medidas regulatorias pueden estar justificadas por razones de interés público, deben implementarse dentro de márgenes de razonabilidad, proporcionalidad y sin ser retroactivas a obligaciones ya adquiridas.

Sin duda, uno de los aportes más relevantes del laudo es la admisión de la reconvencción ambiental del Estado ecuatoriano, no solo por su valor jurídico, sino también simbólico y estratégico. La decisión del Tribunal de reconocer una indemnización a favor del país por daños ambientales valida el uso de contrademandas como mecanismos de defensa ambiental y de protección de recursos naturales frente a prácticas extractivas negligentes.

Este caso invita a repensar los límites y posibilidades del arbitraje de inversiones en la actualidad, ya no como un foro asimétrico que protege únicamente capitales, sino como un espacio donde se reconozca que la responsabilidad es bidireccional. También que certifique que los Estados no solo deben responder, sino también tienen el derecho de exigir reparación cuando el desarrollo sostenible y los derechos colectivos han sido vulnerados.

10. Gustavo Prieto, *El trato justo y equitativo en el derecho internacional de inversiones* (Quito: Corporación Editora Nacional, 2013).

Referencias

- CIADI, Perenco Ecuador Limited v. República del Ecuador y Petroecuador, Caso CIADI No. ARB/08/6, Laudo Final, 27 de septiembre de 2019.
- CIADI, Perenco Ecuador Limited v. República del Ecuador y Petroecuador, Caso CIADI No. ARB/08/6, Decisión sobre las cuestiones pendientes relativas a la jurisdicción y sobre la Responsabilidad, 12 de septiembre de 2014.
- Yepes, Isabel y Larrea, Nicolás. "Cambio en las reglas de juego: el futuro del arbitraje en el Ecuador". *USFQ Law Review* 2, n.º 1. (septiembre de 2014): 105-26. <https://doi.org/10.18272/lr.v2i1.878>.
- Guevara, Víctor. *El sistema de contratación en las actividades del sector petrolero y su incidencia en la economía del país*. Tesis de Maestría, Instituto de Altos Estudios Nacionales, 2001.
- Orozco Medina, Mónica Cecilia. *Una política sin rumbo: El caso del sector petrolero ecuatoriano 2005-2010*. Tesis de Maestría en Ciencias Sociales con mención en Gobernanza Energética. Quito: FLACSO Sede Ecuador, 2013.
- Ecuador, Congreso Nacional, Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos. Ley No. 2006-42, Registro Oficial, 19 de abril de 2006.
- Ecuador. Decreto Ejecutivo No. 662, Registro Oficial. 4 de octubre de 2007.
- Convenio entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República Francesa para la Promoción y Protección Recíprocas de Inversiones. París. 21 de agosto de 1995.
- Limongi Izaguirre, Emilia y Sánchez Icaza, César. "Los casos Burlington y Perenco: una mirada a las discrepancias ambientales en aspectos de determinación de responsabilidades y cuantificación de daños," *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, n.º 12. (2021): 339-366. <https://doi.org/10.36649/rea12>
- Prieto, Gustavo. *El trato justo y equitativo en el derecho internacional de inversiones*. Quito: Corporación Editora Nacional, 2013.

CORDERO &
ASOCIADOS

El derecho penal del enemigo para la sociedad ecuatoriana: reflexiones sobre un posible antihéroe

Enemy Criminal Law for Ecuadorian Society: Reflections on a Possible Antihero

Sergio Mateo Ludeña Torres
smateolt30@gmail.com

Gabriel Fernando Torres Andrade
torresgabriel000@gmail.com

Resumen

El derecho penal del enemigo, sin lugar a dudas, es un tema que nos sitúa en un escenario de reflexión profunda y desafiante, especialmente al evaluar su posible aplicación en el contexto ecuatoriano. El presente trabajo busca exponer algunas reflexiones en torno a esta temática, con base en el análisis de sus principales autores, explorando sus aspectos más álgidos y los matices que, en virtud del paradigma constitucional vigente, no podrían ser eliminados, salvo que se dieran reformas que implicarían una especie de mutación dentro del sistema ecuatoriano. Del mismo modo, se deja claro que, aunque determinados sectores lo nieguen, existe una puerta abierta a la aplicación del derecho penal del enemigo, visible tanto en la normativa ecuatoriana actual como en determinadas instituciones jurídicas e incluso en algunos tipos penales. Finalmente, se deja constancia de posibles vías de solución o al menos de la idea de que podrían coexistir el derecho penal del enemigo y el derecho penal tradicional, con apoyo en ciertos requerimientos y circunstancias especiales.

Abstract

Enemy criminal law is undoubtedly a topic that prompts deep and challenging reflection, particularly when evaluating its possible application in the Ecuadorian context. This paper seeks to present reflections on this issue, drawing on the analysis of its most influential authors, exploring its most critical aspects as well as certain nuances that, under the current constitutional paradigm, could not be overturned except through reforms that, if enacted, would entail a form of mutation within the Ecuadorian legal system. Likewise, it is emphasized that, even if certain sectors may seek to deny it, there is indeed an open door to the application of enemy criminal law, evident both in current Ecuadorian legislation and in certain legal institutions, and even in specific criminal offenses. Finally, possible solutions are outlined, or at least the suggestion that enemy criminal law and traditional criminal law could coexist, provided that special requirements and circumstances are met.

Palabras clave

Derecho penal del enemigo, sociedad ecuatoriana, aplicación, normativa ecuatoriana, paradigma constitucional

Keywords

Enemy criminal law, Ecuadorian society, application, Ecuadorian regulations, constitutional paradigm.

Introducción

“¡Esto es lo último! Nuevamente, arrancaron otra vida. ¡Ya es el colmo! Estas leyes solo sirven para gastar pólvora en gallinazo. ¿Dónde se ha visto que un delincuente merece más protección que uno?”

No se es escritor erudito de este tipo de situaciones cotidianas —aún—, pero algo puede asegurarse: cada día que pasa penetra más y más el peso de la preocupación de dichas declaraciones. Esta inquietud está escondida en el cognitivismo humano de quienes intentan mantener, cuanto menos, la calidad de un ciudadano decente.

¿Lo primordial del escenario inicial? Ha generado un impulso: que la mente humana rememore, consciente o no, un concepto imprescindible y de raíces antiguas, pero formalizado como teoría no hace mucho tiempo. Requerido por algunos y repudiado por otros, resultaría imperdonable el hecho de no dedicarle, como mínimo, una pizca de óptica investigativa-analítica a aquel antihéroe: el derecho penal del enemigo. Más aún, esto sucede con la realidad descrita con anterioridad, que desde los últimos años ha venido siendo, tristemente, el diario vivir en Ecuador.

Es así como lo expuesto habilita a dejar por sentada la base del derecho penal del enemigo. Para ello, hay que remontarse a su máximo expositor, Jakobs, quien define a este proyecto jurídico como aquel conjunto de normas dirigidas a individuos que, por su naturaleza peligrosa, se consideran “no personas”. Las mismas, como resultado de su accionar transgresivo, reciben la suspensión de las garantías y derechos que con normalidad tendrían como ciudadanas. Parafraseando al autor, estas “no personas” no se encuentran bajo el orden jurídico regular y su comportamiento antisocial es una justificación de un derecho penal desproporcionado y anticipatorio.¹

Bajo la luz del derecho penal contemporáneo, el derecho penal del enemigo no es más que una mera sombra de lo que alguna vez fue una teoría jurídica controversial. El presente y actualmente instaurado Estado constitucional de derechos proporciona un derecho penal garantista, centrado en los hechos. Por su parte, la rama que aquí se expone plantea una óptica preventiva y autoritaria, centrada en los sujetos y su posible amenaza.

Debe aclararse que, por definición, ambas teorías son antagónicas entre sí y, teóricamente, bajo su propia naturaleza, no deberían poder coexistir en un Estado como el ecuatoriano. A pesar de ello, observando los resultados que se tienen como sociedad, en la cual reina un aparato estatal que día tras día incumple su compromiso y deber de proteger al ciudadano, surgen las siguientes preguntas: ¿puede ser el derecho penal del enemigo una alternativa oportuna para solventar las problemáticas de seguridad, desamparo y emergencia que existen latentemente en Ecuador? Y, si fuera así, ¿de qué manera podría lograr incrustarse en la normativa ecuatoriana teniendo en cuenta el Estado constitucional de derecho que existe?

Desarrollo

Para efectos del presente análisis, resulta vital iniciar con un concepto imprescindible: aquel denominado contrato social. Con respecto a este, los autores Rousseau y Kant afirman que “[...] lo importante no es el origen del Estado sino su fundamento racional”², una expresión que redirige, inequívocamente, a la contextualización del llamado contrato social, el cual versa en atención a que:

[...] solo la voluntad general puede dirigir las fuerzas del Estado según el fin de su institución, que es el bien común; pues si la oposición de los intereses particulares ha hecho

1. Gunther Jakobs, *Derecho penal del enemigo* (Madrid: Civitas Ediciones, S. L, 2003), 24.

2. Jefferson Jaramillo Marín, “Significado e impacto de la noción de contrato social en Rousseau y Kant. Alcances y limitaciones en la teoría democrática”, *Civilizar. Ciencias Sociales y Humanas* 12, no. 23 (2012): 111-123. <https://www.redalyc.org/pdf/1002/100228405007.pdf>

necesario el establecimiento de sociedades, la conformidad de estos mismos intereses le ha hecho posible. Lo que hay de común entre estos diferentes intereses es lo que forma el vínculo social; y si no hubiese algún punto en el que todos los intereses estuviesen conformes, ninguna sociedad podría existir: luego la sociedad debe ser gobernada únicamente conforme a este interés común.³

En términos analíticos, se puede evidenciar que el hecho de convivir al margen de un contrato social trae consigo, de forma inherente, el pensamiento de que todos consienten dicho pacto con un fin: otorgar poder a una determinada organización para conformar una comunidad sociopolítica. ¿El fundamento racional para lograrlo? La renuncia a determinadas libertades naturales propias de un ser humano, a cambio de recibir protección en todo momento dentro de las diferentes aristas vivenciales. Si a pesar de este esfuerzo continuase existiendo alguien que amedrente este acuerdo social, no tendría sentido su razón de ser.

Un caso perverso, pero real, de cómo se ha perdido dicho fundamento racional es el ecuatoriano. Al sumergirse en las profundidades del país y en la realidad del ciudadano común, se observa que el Estado no puede garantizar eficazmente la seguridad frente a las problemáticas amenazantes que se viven. El narcotráfico, crimen organizado, delincuencia, asesinatos, sicarrios, lavado de activos e incluso la propia corrupción política son solo algunos ejemplos de situaciones a las cuales el Estado no ha podido hacer frente desde décadas atrás.

Lo indicado no son ideas infundadas ni palabras al aire; de hecho, lo confirman algunas voces autorizadas para el efecto. Así lo indican las palabras de BBC News Mundo al anunciar, que: “La directora de la Penitenciaría del Litoral, la prisión más grande de Ecuador, fue asesinada el jueves en un ataque a tiros perpetrado por sicarios cuando se dirigía a la localidad de Daule, cercana a Guayaquil”;⁴ y, por si ello no bastara: “[...] Fiscalía procesa a 6 personas por lavado de activos: estarían relacionadas con el hallazgo de 2 millones de dólares en el aeropuerto de Quito”.⁵

La normativa e institucionalidad actual son deficientes y, en la mayoría de los casos, no han podido dar señal alguna de una solución real a estos problemas. En consecuencia, este escenario conduce de forma inevitable a ampliar el espectro de posibilidades y, ante la falta de cumplimiento de deberes por parte del Estado, a considerar más opciones para dar fin a estos inconvenientes.

Antes de comenzar el cuerpo analítico de este trabajo, es importante definir el término enemigo. El autor Jakobs señala que los enemigos son aquellos que no se dejan obligar — por el contrato social que se indicó inicialmente— a ser parte del Estado conformado por el ciudadano.⁶ Además, por decisión propia del poder regente, se envuelve a estos individuos dentro de un marco excepcional del orden jurídico normal.⁷

A modo de análisis, el enemigo sería todo aquel que, por su conducta peligrosa, rompe con el pacto social y, voluntariamente mediante sus acciones, renuncia a ser considerado como un ciudadano. Ahora bien, esta afirmación podría llevar a que cierto sector manifieste su rechazo, al considerarla inconstitucional. Sin embargo, no se considera que lo sea, debido a que es importante aclarar que el término no se aplica como una etiqueta social discrimi-

3. Jean-Jacques Rousseau, *El Contrato social* (Madrid: Biblioteca de Cataluña, 1880), 34.

4. BBC News Mundo, “Asesinan a tiros a la directora de la prisión más grande de Ecuador”, *BBC News Mundo*, 13 de noviembre de 2024, párr. 1, <https://www.bbc.com/mundo/articles/c17g7759de9o>

5. Fiscalía General del Estado, “Fiscalía procesa a 6 personas por lavado de activos: estarían relacionadas con el hallazgo de 2 millones de dólares en el aeropuerto de Quito”, *Fiscalía General del Estado*, 22 de noviembre de 2024, párr. 1, <https://www.fiscalia.gob.ec/fiscalia-procesa-a-6-personas-por-lavado-de-activos-estarian-relacionadas-con-el-hallazgo-de-2-millones-de-dolares-en-el-aeropuerto-de-quito/>

6. Gunther Jakobs, *Derecho penal del enemigo*, 30.

7. Clara María Mira Gonzáles, “Guerra y política en el derecho penal de enemigo: un análisis del concepto de terrorismo”, *Revista Via Iuris*, no. 15 (2013): 121-131.

natoria —tal como ese sector podría interpretar o como lo sugeriría la Constitución—, sino como una categoría atribuida al acto irrespetuoso de derechos que el enemigo comete contra un ciudadano de bien. Por lo tanto, en este aspecto no habría vulneración alguna de la Carta Magna ecuatoriana.

El derecho penal del enemigo plantea una lógica interesante porque busca instaurar una idea preventiva del crimen, a diferencia del derecho penal tradicional que adopta una postura evidentemente reactiva, es decir, que actúa cuando el daño se ha consumado. Lo peor de esta perspectiva radica en que, en muchos casos, ni se reintegra a la persona que cometió el delito a la sociedad, ni mucho menos se repara el daño sufrido por la víctima como consecuencia de un actuar contrario al pacto social. No obstante, para los defensores del derecho penal tradicional, anticipar castigos en función de la peligrosidad o intencionalidad de un acto que aún no se ha cometido constituiría una violación clara al principio de lesividad; por lo tanto, consideran que esta nueva lógica no tendría viabilidad en el contexto ecuatoriano.

Al efectuarse un primer análisis, conviene se traiga a colación la existencia de una notoria contradicción entre quienes defienden el derecho penal tradicional y no soportan las premisas del derecho penal del enemigo. El mismísimo Código Orgánico Integral Penal, en su artículo 370, indica un aporte valioso que debe ser aludido: “cuando dos o más personas se asocien con el fin de cometer delitos [...] cada una de ellas será sancionada, **por el solo hecho de la asociación** (...)”.⁸ (las negritas son propias). No hay más que agregar, de esta manera, ¿en dónde queda la dichosa no criminalización de intenciones o la no punibilidad de actos no consumados? Resulta clara la existencia actual de una primera manifestación posible del derecho penal del enemigo que no está en contra del paradigma constitucional ecuatoriano.

Es así como, por más que el derecho penal del enemigo sea repudiado por determinado sector, resulta imposible negar que, aunque de forma no declarada, ya existen figuras jurídicas que incorporan parcialmente la orientación propuesta por esta doctrina. En el caso ecuatoriano, disposiciones del Código Orgánico Integral Penal, como la prisión preventiva, los estados de excepción, las técnicas de vigilancia invasiva, las operaciones encubiertas, los cooperadores eficaces y los delitos de peligrosidad anticipada, responden a una lógica similar.

Si existe prevención, hay eficacia, y esto es precisamente lo que permite el derecho penal del enemigo: la preservación de la vida de quienes respetan la ley y el pacto social. El crimen organizado frustra esa posibilidad, pues se trata de un fenómeno sistemático y estructurado que exige un modelo penal más flexible para poder enfrentarlo. Es cierto que las garantías plenas del derecho penal tradicional son fundamentales, pero es conveniente preguntarse: ¿para quién deberían ser prioritarias? La respuesta es clara: para los ciudadanos que cumplen la ley y sostienen el pacto social. Cuando esas garantías se aplican de manera indiscriminada a miembros del crimen organizado, terminan siendo utilizadas como escudo para retardar o evadir la justicia.

Analíticamente, desde el primer artículo de la Carta Magna actual ya se observan algunos de los varios inconvenientes producto de lo que podría categorizarse en Ecuador como la existencia de un garantismo desmedido y no focalizado.

Art. 1.- El Ecuador es un **Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico**. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.

La **soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad**, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución (énfasis añadido).⁹

[...]

8. Ecuador, Código Orgánico Integral Penal, Registro Oficial, Suplemento núm. 180, 10 de febrero de 2014, art. 370.

9. Ecuador, Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 1.

¿Cuál es la relevancia de este articulado para el “enemigo”? Que aquel se da cuenta que vive en un país donde puede cometer crímenes a sabiendas de la existencia de un sistema legal basado en el respeto irrestricto a los derechos sin importar quién sea, y, por tanto, ello desemboca en un actuar retardado, cuando la lesión al ciudadano inocente está consumada en la mayoría de los casos.

Por otra parte, la ciudadanía demanda el cese de la inseguridad y de la criminalidad, ante una situación que se ha vuelto insostenible. Si en la práctica la soberanía radicara efectivamente en el pueblo, y su voluntad constituyera el fundamento de quienes gobiernan, no tendría justificación el costo humano que han debido asumir tantas personas inocentes a causa del “enemigo”, ni la ausencia de justicia derivada de un sistema que, en muchos casos, no sanciona o incluso otorga beneficios a los responsables. Existe una incongruencia entre el clamor social, que exige protección y la erradicación de la delincuencia, incluso mediante medios excepcionales, y la ineficacia institucional que impide materializar esa voluntad soberana. En consecuencia, el principio según el cual el poder emana del pueblo podría interpretarse, en este contexto, como una declaración de carácter retórico.

Cabe preguntarse cómo deberían sentirse las personas que anhelan justicia, la obtienen formalmente, y poco tiempo después descubren —a través de los medios de comunicación— que el responsable de un crimen o un narcotraficante goza de privilegios y comodidades dentro del sistema penitenciario. Esta situación no constituye una invención, ha sido reconocida incluso por funcionarios penitenciarios, tal como lo señala Bargent:

Alojados en el pabellón de máxima seguridad de La Regional, Fito y sus dos principales lugartenientes tenían sus propios bloques de celdas. El pabellón tenía de todo, desde televisores y aire acondicionado hasta máquinas para hacer helados y una panadería. Gracias a los certificados médicos que acreditaban las necesidades dietéticas de los reclusos, todos los días les traían comidas especiales: bistec, langosta, pescado y ceviche, según el funcionario. Y cuando estalló la pandemia, introdujeron de contrabando vacunas Covid, añadió el funcionario.¹⁰

Ahora bien, afirmar que el derecho penal del enemigo vulnera los principios de igualdad y no discriminación constituiría una falacia notoria, derivada de una comprensión imprecisa de las ideas y conceptos que sustentan este sistema. Muchas personas, incluso en el ámbito académico, afirman que Günther Jakobs recaería en dicha conducta a través de su postulado; sin embargo, ello no es del todo cierto. La respuesta a la interrogante sobre cómo se preservan esos principios radica en identificar e interpretar con precisión dicho planteamiento. Como lo menciona en su obra, el derecho penal del enemigo no discrimina con base en categorías prohibidas o protegidas por la Carta Magna, como la raza, la religión u orientación sexual, entre otras, sino que se enfoca en aquellos casos en los que el enemigo “no actúa en fidelidad al ordenamiento jurídico”¹¹.

En la misma línea argumentativa, potencialmente no se vulneraría el principio de igualdad y no discriminación. Para Jakobs, la palabra “persona” dentro del Derecho no debe comprenderse en un sentido ontológico —es decir, como equivalente a “ser humano”—, sino como un rol que se adquiere a partir del reconocimiento de la validez de la ley y del comportamiento conforme a derecho. De este modo, Jakobs concibe la noción de persona. Esto tiene fundamento en su propia obra, donde señala que “la coacción [...] no se dirige contra la persona en Derecho, sino contra el individuo peligroso”

¹².

10. Bargent James, “El fortín de Fito: la prisión de Ecuador convertida en un comando criminal”, *Insight Crime*, 28 de noviembre de 2024, párr. 38, <https://insightcrime.org/es/investigaciones/el-fortin-de-fito-la-prision-de-ecuador-convertida-en-un-comando-criminal/>

11. Gunther Jakobs, *Derecho Penal del Enemigo*, 36.

12. *Ibid*, 24.

De lo expuesto se desprende un tema a tratar de manera primordial: el modelo de reinserción social respaldado por la Constitución. El análisis permite evidenciar que dicho modelo no ha alcanzado los resultados esperados y, por ende, ha demostrado su falta de eficacia y eficiencia. Por lo tanto, no genera apoyo ni respaldo al sistema de justicia ecuatoriano actual. Esto desemboca en la constatación empírica de que el modelo resulta ineficiente desde diferentes aristas. Por una parte, se observan deficiencias de carácter estructural y material. Como lo indica la CIDH:

Asimismo, se da cuenta de las lamentables condiciones de detención a raíz del hacinamiento; falta de separación entre personas condenadas y procesadas; infraestructura deficiente; atención médica negligente, y alimentación inadecuada. Se destacan los riesgos que corren las mujeres de ser víctimas de violencia, mismos que se agudizan por la proximidad entre los centros de privación de libertad para mujeres y para hombres.¹³

Aquello deja más que clara: “la imposibilidad de garantizar la reinserción social a las personas detenidas”.¹⁴ Asimismo, otra de las deficiencias existentes en este modelo es la referente a la gestión y seguridad. Como lo manifiesta la misma CIDH en su informe:

Entre los factores que derivan en la violencia intracarcelaria en Ecuador, se encuentran la ausencia de control de los centros penitenciarios por parte del Estado, la existencia de sistemas de autogobierno, corrupción y la insuficiencia de personal de seguridad. En particular, las cárceles donde han ocurrido hechos violentos están dominadas por grupos del crimen organizado, quienes ejercen el control intramuros.¹⁵

Para finalizar este apartado, cabe señalar una deficiencia adicional en el modelo ecuatoriano de reinserción social, que podría calificarse como una deficiencia postpenitenciaria. En atención a la investigación realizada por Brito Febles y Alcocer Castillo:

Los datos obtenidos de la aplicación del cuestionario indican, que, en Ecuador no es posible la rehabilitación del exrecluso porque no se cumple con la finalidad de la pena, lo que resulta contrario a la Constitución y a las normas provenientes de organismos internacionales de Derechos Humanos, además no se cumplen las etapas del proceso rehabilitatorio.¹⁶

En contraste, el derecho penal del enemigo permitiría la desarticulación inmediata de dichas estructuras antes de la consumación del delito. El derecho penal tradicional, en cambio, ha generado una profunda sensación de insatisfacción social. Con el paso del tiempo, la ciudadanía continúa esperando respuestas ágiles y firmes frente a los fenómenos delictivos que afectan a la sociedad. De esta manera, las pautas del derecho penal del enemigo podrían contribuir a disuadir la comisión de delitos y a restaurar la confianza casi plena y total del conglomerado social en el Estado. No obstante, esta perspectiva presenta una desventaja: la demanda ciudadana de aplicar una política de “mano dura” debería sustentarse en la razón, pero con frecuencia surge de impulsos emocionales y coyunturales. A pesar de esto, conviene señalar que dicha exigencia social, bajo la lógica democrática según la cual el poder emana del pueblo, confiere al derecho penal del enemigo una legitimidad derivada de la voluntad colectiva.

13. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “CIDH presenta informe sobre situación de personas privadas de libertad en Ecuador”, *CIDH*, 17 de marzo de 2022, párr. 6. <https://www.oas.org/es/cidh/jsForm/?File=/es/cidh/prensa/comunicados/2022/053.asp>

14. *Ibid*, párr. 5

15. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “CIDH llama a Ecuador a adoptar medidas efectivas ante la persistente violencia en cárceles”, *CIDH*, 14 de enero de 2025, párr. 4. https://www.oas.org/es/cidh/jsForm/?File=/es/cidh/prensa/comunicados/2025/012.asp&utm_content=country-ecu&utm_term=class-mon

16. Osvaldo Brito Febles y Byron Ramiro Alcocer Castillo, “La reinserción social post penitenciaria: un reto a la justicia ecuatoriana”, *Uisrael Revista Científica* 8, no 1 (2021): 11-27. <https://doi.org/https://doi.org/10.35290/rcui.v8n1.2021.265>

En la misma línea argumentativa, el transcurso del tiempo trae consigo aspectos positivos y negativos. Con el paso de los días, han surgido nuevas formas de criminalidad, como delitos cibernéticos, pandillas paramilitares y delitos informáticos, entre otros. Estos fenómenos delictivos muchas veces no responden a la lógica del derecho penal tradicional; por ello, se plantea la necesidad de un modelo penal capaz de actuar más allá del paradigma clásico del castigo posterior al hecho.

Hasta este punto, el derecho penal del enemigo aparece como un posible “antihéroe” frente a la inseguridad del país. Sin embargo, es importante enfatizar que su aplicación implica riesgos considerables. En palabras de la maestra en derecho penal María del Pilar Espinosa Torres:

El derecho penal del enemigo responde a un modelo funcional en el cual el valor prioritario es la estabilidad del sistema. Para ello el instrumento deberá ser útil y eficiente. Se corre, sin embargo, el riesgo de volver a situaciones dictatoriales ya pasadas como en la Alemania nazi. Contra un enemigo se vale todo, imperará el poder del más fuerte. Será la preeminencia de la razón de Estado.

Como atinadamente anota Muñoz Conde, hay brotes de ese derecho en todas las legislaciones modernas, sobre todo aquellas destinadas a combatir el terrorismo y el narcotráfico, pero el riesgo enorme, ya real en algunas, es el de extender esas disposiciones hacia otras situaciones como la inmigración. El atentado en Nueva York en 2001 y recientemente, el de la estación de Atocha en España ha permitido justificar acciones excepcionales del derecho penal moderno, independientemente de que Estados Unidos no ha firmado la mayoría de los convenios internacionales. Italia, España e Inglaterra apoyan medidas de ese tipo en su lucha antiterrorista.

Muñoz Conde hace énfasis en la confrontación entre los principios de libertad y seguridad. El autor reflexiona en el difícil equilibrio entre ambos, mismo que siempre trata de lograr el derecho penal. Nunca será posible, dice, conseguir una total seguridad y no conviene terminar con la libertad ni aún con la mínima de la que gozan los procesados.¹⁷

Por lo tanto, es entendible que algunos voceros doctrinarios afirmen que el derecho penal del enemigo representaría una regresión de derechos en el ordenamiento jurídico y que no se debe sucumbir a medidas que rozan lo despótico. Se trataría de una solución rápida cuya aplicación generaría desconfianza hacia el sistema, facilitando que las arbitrariedades se coloquen al servicio del poder y, con el respaldo del propio sistema, terminen juzgando indiscriminadamente a cualquiera considerado enemigo. Sin embargo, para el caso ecuatoriano, no cabría esta visión, pues la idea que se busca destacar es la posibilidad de un acercamiento a la implementación del derecho penal del enemigo, pero bajo regulación y con mecanismos de control sobre el ejercicio del poder.

Otros sostienen que este enemigo sin rostro podría convertirse en una herramienta de persecución política. Y algunos se preguntan: ¿qué ocurrirá cuando los supuestos enemigos sean ciudadanos comunes o incluso un grupo étnico específico? ¿Qué pasará cuando este “monstruo sin jaula” se utilice con fines reprochables?

En respuesta a estas ideas, debe señalarse a quienes, con justa razón, mantienen dudas, que no se invita a ignorarlas, sino a reflexionar sobre el poder punitivo, muchas veces percibido como un “monstruo enjaulado”. No se propone liberarlo sin control, pues como sociedad se ha evolucionado lo suficiente para establecer límites y mecanismos que contengan el poder estatal. En otras palabras, ante los cuestionamientos planteados, simplemente debe recalcar lo ya expresado: el derecho penal del enemigo no posee una naturaleza política, ni mucho menos se guía por aspectos como raza, género, orientación sexual o religión, sino que se aplica cuando existen realmente pruebas objetivas de que una conducta es del tipo

17. María del Pilar Espinosa Torres, “El derecho penal del enemigo”, *Letras jurídicas: revista de los investigadores del Instituto de Investigaciones Jurídicas UV*, no. 11 (2005): 237-247. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5208423>

antisistémico y grave; por ende, se excluye cualquier aspecto que tenga que ver con opiniones o pertenencia. Lo indicado se corrobora con lo expresado por Jacobs, quien enfatiza que: “esta coacción no se dirige contra la persona en Derecho [...], sino contra el individuo, que con sus instintos y miedos pone en peligro el decurso ordenado del proceso, es decir, se conduce en esa medida, como enemigo”.¹⁸ Por consiguiente, el objetivo es que el derecho penal del enemigo no se convierta en un juzgamiento arbitrario o herramienta de represión, sino en una medida excepcional, que en contextos de emergencia pueda servir como un primer paso para enfrentar la criminalidad y propiciar un verdadero cambio.

¿Cómo se enmarcaría el derecho penal del enemigo dentro de un estado democrático de derechos como el ecuatoriano? Una de las posibilidades sería promover la tipificación precisa de la categoría “enemigo”, debiendo constar de manera taxativa su definición en la normativa y siendo sujeta a control de jueces especializados. Como lo expresa el autor Cancio Meliá: “[...] La tipificación penal, por lo tanto, distingue dos niveles de pertenencia: los cuadros de la organización y los meros militantes”.¹⁹ De esta manera, se asegura la inexistencia de arbitrariedad. Desde una óptica analítica, y tras una reflexión pertinente, podría considerarse como otra opción el hecho de plantear al derecho penal del enemigo como un sistema de carácter transitorio, que se aplique toda vez que se presente una crisis extrema, guerras o terrorismo. De esta manera, se evidenciaría de manera lógica que lo último que sucedería es que se recaiga en un sistema autoritario.

Así como se ha indicado, se reconoce que ese sector crítico tiene sus preguntas y el presente análisis también las plantea. Por ello, cabe interpelar a los defensores del derecho contemporáneo y, en particular, del derecho penal tradicional: ¿cómo se espera que las cosas cambien si se insiste en aplicar los mismos métodos que han demostrado ser ineficaces? No se trata de una problemática únicamente nacional, sino también continental. Y la realidad es que, con los sistemas e instituciones actuales, la respuesta sigue siendo insuficiente. Mientras los defensores del dogma jurídico repiten fórmulas cíclicas, el país entero continúa desangrándose por la ineficacia del poder frente a su deber con la ciudadanía.

No por nada son alarmantes la cantidad de boletines y documentación que refieren al aumento precipitado de, por ejemplo, homicidios en el país. Si se toman como referencia algunos de ellos, se tiene que, según la organización Human Rights Watch: “la tasa de homicidios de Ecuador pasó de 13,7 por cada 100.000 habitantes en 2021 a 25,9 en 2022. En 2023 incrementó hasta aproximadamente los 43 homicidios por cada 100.000 habitantes [...]”.²⁰ En la misma línea, en el Boletín Anual de Homicidios Intencionales en Ecuador expedido por el Observatorio Ecuatoriano de Crimen Organizado, se indica que:

[...] en 2023, Ecuador registró su número más alto de homicidios intencionales desde que se realizan mediciones cuantitativas, con un total de 8004 eventos. Estos, divididos para la población total definida en el último censo poblacional de 2022 (16 938 986 de ecuatorianos), resultan en una tasa de homicidios por cada 100 000 habitantes de 47.25.²¹

18. Gunther Jakobs, *Derecho Penal del Enemigo*, 45.

19. Manuel Cancio Meliá, “El Delito de Pertenencia a una Organización Terrorista en el Código Penal Español”, *REJ – Revista de Estudios de la Justicia*, no 12 (2010): 149-167. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3402498>

20. Human Rights Watch, “Ecuador eventos de 2023”, *Human Rights Watch*, 2023, párr. 6.

21. Observatorio Ecuatoriano de Crimen Organizado, “Boletín Anual de Homicidios Intencionales en Ecuador”. *Pan American Development Foundation*, 2023, p. 10. https://oeco.pdf.org/wp-content/uploads/2025/06/Boletin-anual-de-homicidios-intencionales-en-Ecuador-ajustado_compressed.pdf

A modo de análisis, resulta notorio e innegable cómo la delincuencia y el crimen organizado han tenido una ruta de ascendencia espeluznante en el país. Por dicho motivo surge una cuestión importante: ¿se trata de una falla del modelo aplicable o de la ejecución estatal del mismo? Desde una perspectiva teórica, esto responde a una falla en el modelo garantista aplicable, pues basta con acudir a las palabras del mismísimo Ferrajoli, quien expresa en su obra *Principia iuris: Teoría del Derecho*, que:

El precio que el positivismo jurídico paga a la certeza del derecho no es sólo, como he dicho más veces, la posible incoherencia del derecho, sino también su posible falta de plenitud. Pero se trata de un precio necesario, dado que sobre el mismo se funda el entero edificio del garantismo y del estado de derecho.²²

Esto, sin duda, sitúa el debate en una posición reflexiva: si se habla de “precios necesarios”, ¿por qué no aplicar la misma lógica, ya no bajo el sistema garantista, sino bajo el sistema del derecho penal del enemigo?

Es importante puntualizar que la aplicación teórica del derecho penal del enemigo, como ya se mencionó, no sería arbitraria, sino que requeriría reformas constitucionales específicas. Se trataría de una medida excepcional, semejante a un estado de excepción, pero con mayor definición y precisión. Con ello se expresa que su instauración estaría sujeta a límites y regulaciones, lo que permitiría reducir riesgos de despotismo. Desde esta óptica, se buscaría restringir la actuación de grupos terroristas, organizaciones criminales, redes de narcotráfico y personas vinculadas al sicariato.

Es así como, el planteamiento del derecho penal del enemigo, concebido como un caso excepcional, singularizado y específico para escenarios determinados, podría ser aplicado de manera diferenciada, sobre la base de la distinción ciudadano-enemigo e incluso como último recurso si una declaratoria de estado de excepción resultara fallida. Con claridad, esto exigiría que el poder legislativo diseñe y articule, mediante sus facultades, una nueva legislación que habilite jurídicamente esta herramienta del poder punitivo.

Conclusiones

Es claro que, bajo el paradigma constitucional vigente, no existe espacio para aplicar de manera general el derecho penal del enemigo. Es por ello que, si se regula como un sistema excepcional y bajo condiciones precisas —proporcionalidad, control judicial, plazos determinados, entre otras—, podría compatibilizarse con los derechos humanos y con el marco constitucional ecuatoriano. En este sentido, la Corte Constitucional actuaría desde la facultad de establecer los requisitos para su aplicación sin que ello implique una regresión de derechos. Además, el derecho penal del enemigo podría funcionar como modelo teórico para fundamentar leyes especiales destinadas a combatir fenómenos extremistas, siempre con un uso limitado y no indiscriminado. De este modo y para finalizar, podría plantearse una legislación penal diferenciada en casos de terrorismo, secuestro agravado, homicidio por encargo, rebelión armada, entre otros.

La sola idea de instaurar el derecho penal del enemigo genera rechazo. Sin embargo, ante la situación actual del país —donde el Estado constitucional de derecho y su sistema garantista han demostrado ser insuficientes para enfrentar la inseguridad ciudadana—, resulta importante analizar todas las opciones posibles, incluso aquellas que a lo largo de la historia y doctrinariamente han sido cuestionadas o descartadas.

En este contexto, no se está discutiendo de simples normas y leyes, sino de una situación real que exige medidas urgentes, más allá de la burocracia y de procesos que nunca resuelven el conflicto. Consecuencias habrá, se adopte o no un sistema como el propuesto; la diferencia radica en qué decisiones se toman y en la responsabilidad que se asume frente a sus efectos.

22. Luigi Ferrajoli, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia* (Madrid: Trotta, 2011), 653-654.

Finalmente, la discusión sobre este y otros temas no debe limitarse a su validez teórica, sino también a su viabilidad práctica. El sistema jurídico actual demuestra con urgencia la necesidad de adaptarse a realidades complejas, en las que no todo puede descansar sobre principios nobles que, aunque legítimos, han terminado por sostener un país sumido en la criminalidad. En este escenario, el derecho penal del enemigo surge como un antihéroe dormitado, que deja de ser solo una teoría para convertirse en una posible realidad a considerar.

Referencias

- Bargent, James. "El fortín de Fito: la prisión de Ecuador convertida en un comando criminal". Insight Crime, 28 de noviembre de 2024. <https://insightcrime.org/es/investigaciones/el-fortin-de-fito-la-prision-de-ecuador-convertida-en-un-comando-criminal/>
- BBC News Mundo. "Asesinan a tiros a la directora de la prisión más grande de Ecuador". BBC News Mundo, 13 de septiembre de 2024. <https://www.bbc.com/mundo/articles/c17g-7759de9o>
- Brito Febles, Osvaldo y Alcocer Castillo, Byron Ramiro. "La reinserción social post penitenciaría: un reto a la justicia ecuatoriana". *Uisrael Revista Científica* 8, n.o 1 (2021): 11-27. <https://doi.org/https://doi.org/10.35290/rcui.v8n1.2021.265>
- Cancio Meliá, Manuel. "EL DELITO DE PERTENENCIA A UNA ORGANIZACIÓN TERRORISTA EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL". *REJ - Revista de Estudios de la Justicia* 12, n.o 1 (2010): 149-167. <https://rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/15233/15646>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. "CIDH llama a Ecuador a adoptar medidas efectivas ante la persistente violencia en cárceles". CIDH, 14 de enero de 2025. https://www.oas.org/es/cidh/jsForm/?File=/es/cidh/prensa/comunicados/2025/012.asp&utm_content=country-ecu&utm_term=class-mon
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. "CIDH presenta informe sobre situación de personas privadas de libertad en Ecuador". CIDH, 17 de marzo de 2022. <https://www.oas.org/es/cidh/jsForm/?File=/es/cidh/prensa/comunicados/2022/053.asp>
- Ecuador. Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial, Suplemento Núm. 180, 10 de febrero de 2014.
- Ecuador. Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.
- Espinosa Torres, María del Pilar. "El derecho penal del enemigo". *Letras jurídicas: revista de los investigadores del Instituto de Investigaciones Jurídicas UV*, n.o 11 (2005): 237-247. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5208423>
- Ferrajoli, Luigi. *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*. Madrid: Trotta, 2021.
- Fiscalía General del Estado. "Fiscalía procesa a 6 personas por lavado de activos: estarían relacionadas con el hallazgo de 2 millones de dólares en el aeropuerto de Quito". *Fiscalía General del Estado*, 22 de noviembre de 2024. <https://www.fiscalia.gob.ec/fiscalia-procesa-a-6-personas-por-lavado-de-activos-estarian-relacionadas-con-el-hallazgo-de-2-millones-de-dolares-en-el-aeropuerto-de-quito/>
- Human Rights Watch. "Ecuador Eventos de 2023". *Human Rights Watch*, 2024. <https://www.hrw.org/es/world-report/2024/country-chapters/ecuador>
- Jakobs, Günther. *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Civitas Ediciones, S. L, 2003.
- Jaramillo Marín, Jefferson. "Significado e impacto de la noción de contrato social en Rousseau y Kant. Alcances y limitaciones en la teoría democrática". *Civilizar. Ciencias Sociales y Humanas* 23, n.o 12 (2012): 111-123. http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1657-89532012000200009
- Mira Gonzáles, Clara María. "Guerra y política en el derecho penal del enemigo: un análisis del concepto de terrorismo". *Revista Via Iuris*, n.o 15 (2013): 121-131. [file:///C:/Users/User/Downloads/Dialnet-GuerraYPoliticaEnElDerechoDeEnemigoEnColombia-6610262%20\(7\).pdf](file:///C:/Users/User/Downloads/Dialnet-GuerraYPoliticaEnElDerechoDeEnemigoEnColombia-6610262%20(7).pdf)
- Observatorio Ecuatoriano de Crimen Organizado. Boletín Anual de Homicidios Intencionales en Ecuador: Ecuador: *Fundación Panamericana para el Desarrollo*, 2023
- Rousseau, Jean-Jacques. *El Contrato social*. Madrid: Biblioteca de Catalunya, 1880.



TORRES & RODAS
ABOGADOS

La suspensión de la terminación unilateral del contrato administrativo: pronunciamientos de la jurisdicción contencioso- administrativa

Suspension of the Unilateral Termination of Administrative Contracts: Decisions of the Contentious-Administrative Jurisdiction

Paúl Andrés Vázquez Ochoa
paul.vazquez.ochoa@gmail.com

Juan José Córdova López
cordovajuanjo5@gmail.com

Juan Sebastián Aguilar Sánchez
juansaguilar61@gmail.com

Resumen

La suspensión del acto administrativo constituye una medida cautelar destinada a neutralizar temporalmente los efectos gravosos de decisiones emitidas por la administración pública. Garantiza que el control de legalidad ejercido por la jurisdicción contencioso-administrativa sea efectivo y que la sentencia definitiva conserve utilidad práctica. En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, su regulación se encuentra en el Código Orgánico Administrativo (COA) y el Código Orgánico General de Procesos (COGEP). Los mismos exigen la existencia de un perjuicio irreparable o de muy difícil reparación, junto con la apariencia de buen derecho y la razonabilidad de la medida. Sin embargo, el concepto de irreparabilidad carece de parámetros uniformes, lo que genera interpretaciones dispares en la práctica judicial.

Este trabajo analiza la naturaleza jurídica de la suspensión, su evolución como límite a la autotutela administrativa y la problemática derivada de la indeterminación conceptual del *periculum in mora*. En este contexto, a partir de un estudio de casos relativos a terminaciones unilaterales de contratos administrativos, se evidenciará que, ante supuestos fácticos similares —como la inhabilitación para contratar con el Estado y la ejecución de garantías—, los tribunales adoptan criterios divergentes. Algunos consideran estas consecuencias como daños de difícil reparación, mientras que otros las califican como reparables vía indemnización económica. La investigación sostiene que el estándar para valorar el peligro en la demora debe orientarse a preservar la eficacia real de la sentencia, priorizando la protección de derechos frente a una reparación meramente patrimonial e incorporando una ponderación que incluya dimensiones extrapatrimoniales e irreversibles. Se concluye que una interpretación garantista y uniforme del *periculum in mora* es esencial para fortalecer la tutela judicial efectiva.

Abstract

The suspension of an administrative act is a precautionary measure designed to temporarily neutralize the effects of decisions issued by the public administration, ensuring that the review of legality carried out by the contentious-administrative jurisdiction is effective and that the final judgment retains practical utility. Under Ecuadorian law, it is regulated by the Organic Administrative Code (COA) and the Organic General Procedural Code (COGEP), which require the existence of irreparable harm or harm that is very difficult to remedy, together with a prima facie case and the reasonableness of the measure. However, the notion of “irreparability” lacks uniform parameters, leading to divergent interpretations in judicial practice.

This paper examines the legal nature of suspension, its evolution as a limitation on the Administration's prerogatives of self-enforcement, and the problems stemming from the conceptual indeterminacy of *periculum in mora*. Based on a case study of unilateral terminations of public contracts, it shows that, in the face of similar fact courts apply divergent criteria: some regard these consequences as harm that is difficult to remedy, while others deem them reparable through monetary compensation. The research argues that the standard for assessing the danger in delay should aim to preserve the real effectiveness of the judgment, prioritizing the protection of rights over purely pecuniary redress and incorporating a balancing test that includes extra-patrimonial and irreversible dimensions. It concludes that a rights-oriented and uniform interpretation of *periculum in mora* is essential to strengthening effective judicial protection.

Palabras clave:

Acto administrativo, validez, eficacia, suspensión, daño, peligro, demora

Keywords:

Administrative act, validity, effectiveness, suspension, damage, danger, delay

Introducción

La suspensión del acto administrativo constituye una medida de naturaleza excepcional destinada a impedir —de forma temporal— la producción de los efectos jurídicos de un acto administrativo. Esto se da hasta que el órgano jurisdiccional se pronuncie sobre su legalidad. En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, uno de los requisitos esenciales para su procedencia es la acreditación de un perjuicio irreparable o de muy difícil reparación. Sin embargo, este concepto carece de un criterio uniforme en la jurisprudencia ecuatoriana, lo que ha generado interpretaciones dispares y, en muchos casos, restrictivas, al reducir su alcance a la mera posibilidad de resarcimiento económico posterior.

El presente trabajo parte de la hipótesis de que el parámetro determinante para evaluar la existencia de un perjuicio irreparable debe ser la ejecutabilidad material de la futura sentencia. Desde esta perspectiva, este trabajo analiza los fundamentos teóricos y normativos de la suspensión del acto administrativo. También examina la práctica judicial ecuatoriana en torno a este requisito y propone un estándar que armonice la protección cautelar con la efectividad real de las decisiones judiciales.

La suspensión del acto administrativo: naturaleza jurídica

La suspensión del acto administrativo es una institución jurídica destinada a evitar que los efectos gravosos de los actos emitidos por la administración pública queden fuera del control de legalidad ejercido por los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo. Su finalidad es garantizar que dichos efectos se mantengan bajo supervisión hasta que se dicte una sentencia en firme que determine si el acto debe o no ser expulsado del ordenamiento jurídico.¹

La suspensión del acto administrativo es una medida eminentemente cautelar, pues no decide su legalidad, sino que suspende de forma provisional sus efectos gravosos para resguardar derechos e intereses y preservar la eficacia de una eventual sentencia.² Esta ha evolucionado como límite temporal a las prerrogativas de autotutela, ejecutividad y ejecutoriedad de la Administración,³ en especial ante posibles desvíos en el ejercicio de sus potestades. Se fundamenta en la tutela judicial efectiva y opera hasta que se realice el control de legalidad, asegurando que el fallo contencioso sea plenamente eficaz.

Históricamente, el acto administrativo ha gozado de la característica de ser ejecutorio desde el momento mismo de su notificación, lo que le permite al Estado ejecutar su voluntad sin necesidad de acudir con anterioridad al órgano jurisdiccional.⁴ En otras palabras, dispone de la autotutela suficiente para imponer sus decisiones al ciudadano o administrado. En este contexto, la suspensión del acto se configura como un límite de carácter temporal a dicha

1. Juan Francisco Yépez Tamayo, "Las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo" (tesis de licenciatura, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, 2021).

2. Carlos David Coello Jácome, "Las medidas cautelares dentro del proceso contencioso administrativo" (tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2019).

3. Luis Barrios Flores, "Los actos administrativos: efectos", en *El procedimiento administrativo común*, t. 1 (Valencia: Tirant lo Blanch, 2007), 153.

4. Álvaro Esteban Sánchez Solís, "Eficacia de la suspensión del acto administrativo en el ordenamiento jurídico ecuatoriano" (proyecto de investigación, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Sede Ambato, 2023).

ejecutividad, aplicable cuando se cumplen los requisitos legales establecidos. Esto sucede, en especial, en casos donde exista riesgo de vulneración de derechos y la producción de un daño irreparable o de difícil remediación. La suspensión del acto administrativo es una medida cautelar instrumental, vinculada a un proceso principal y con efectos temporales. Está destinada a equilibrar el poder de la administración y proteger los derechos del ciudadano.

Normativa ecuatoriana que regula la suspensión del acto administrativo

En el marco del derecho administrativo ecuatoriano, la figura de la suspensión del acto administrativo reviste una importancia sustancial para los ciudadanos. Constituye un mecanismo cautelar orientado a preservar los derechos subjetivos del destinatario frente a los efectos inmediatos y obligatorios de los actos emitidos por la Administración Pública. Esta relevancia se explica, en parte, por la existencia de dos elementos fundamentales que caracterizan al acto administrativo: su presunción de legitimidad y su ejecutoriedad.

El primero implica la presunción de que el acto ha sido emitido conforme a derecho y al ordenamiento jurídico específico que lo origina. Mientras que el segundo elemento faculta a la Administración a ejecutar el acto una vez notificado, salvo los que se encuentran condicionados a causar estado en vía administrativa o alcanzar firmeza. En consecuencia, la suspensión aparece como una herramienta necesaria para evitar que actos eventualmente viciados produzcan efectos jurídicos perjudiciales antes de que se confirme o ratifique su validez.

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, tanto el COA como el COGEP regulan la suspensión del acto en sus respectivas instancias. En sede administrativa, el artículo 229 del COA⁵ establece que podrá solicitarse la suspensión cuando su ejecución pueda generar un perjuicio de imposible o difícil reparación (términos que serán revisados a profundidad más adelante). Así como también cuando la impugnación se fundamente en causales de nulidad de pleno derecho, previstas en el artículo 105 de este cuerpo normativo. Sin embargo, la norma no ofrece parámetros objetivos para determinar la gravedad del daño, situación que deja al criterio subjetivo o convicción propia de la autoridad pública la valoración de estas condiciones.

Se ha propuesto que la imposibilidad de reparación se refiere a daños materiales irreversibles, como la destrucción de bienes patrimoniales. Mientras que la difícil reparación puede comprender afectaciones económicas desproporcionadas⁶ e incluso constituir una vulneración al principio de seguridad jurídica y confianza legítima, consagrado en el artículo 22 del COA.

En sede jurisdiccional, el artículo 330 del COGEP⁷ recoge los requisitos aplicables a la suspensión del acto administrativo. Según la disposición mencionada, la suspensión del acto administrativo impugnado en sede jurisdiccional se sujeta a tres requisitos acumulativos: (i) la existencia de una apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*), que requiere que los hechos alegados y las pruebas presentadas generen en el juzgador una convicción inicial favorable sobre la plausibilidad de la pretensión, sin que ello implique un pronunciamiento anticipado sobre el fondo; (ii) el peligro en la demora (*periculum in mora*), por su parte, exige demostrar un riesgo real e inminente de que la dilación en la resolución de la causa provoque un daño irreparable o de difícil remediación; y, (iii) la razonabilidad de la medida, que, finalmente, demanda que la medida cautelar solicitada guarde coherencia con la pretensión principal y que su concesión no cause un perjuicio grave al interés público o a terceros, en atención a los principios de proporcionalidad y ponderación de intereses.

5. Ecuador, *Código Orgánico Administrativo* (COA), Registro Oficial Segundo Suplemento No. 31, 7 de julio de 2017, art. 229.

6. Benjamín Marcheco Acuña, "La tutela cautelar en los procesos contra la administración pública en Ecuador", *Revista de Derecho / Revisión académica*, 2017, Repositorio Institucional.

7. Ecuador, *Código Orgánico General de Procesos* (COGEP), Registro Oficial Suplemento No. 506, 22 de mayo de 2015, art. 330.

Si bien el COA y el COGEP presentan diferencias respecto a los requisitos y al procedimiento para la admisión de la suspensión del acto administrativo, debe destacarse que ambos cuerpos normativos coinciden en un elemento sustantivo central. Este es la necesidad de demostrar que la ejecución del acto impugnado pueda causar un perjuicio irreparable o de difícil reparación.

En efecto, el artículo 229 del COA establece expresamente como requisito que la ejecución del acto pueda generar “perjuicios de imposible o difícil reparación”, mientras que el artículo 330 del COGEP dispone que la suspensión procede “cuando el acto administrativo produzca daños irremediables o de muy difícil remediación”. Pese a la variación terminológica entre ambas disposiciones, resulta evidente la convergencia conceptual en torno a la protección frente a daños cuya reparación ulterior sería material o jurídicamente inviable, pues su ejecución implicaría una carga desproporcionada. Esta similitud revela un criterio uniforme del legislador respecto a la naturaleza excepcional y cautelar de la medida, orientada a preservar la eficacia del pronunciamiento definitivo y garantizar los derechos del administrado, mientras se resuelve el fondo del recurso administrativo o acción judicial.

Esta cuestión pone en evidencia una problemática adicional, en especial si se la analiza a la luz de los argumentos más frecuentemente invocados para negar la suspensión del acto administrativo impugnado. En efecto, alegar la inexistencia de un peligro real en la demora o la reversibilidad del daño constituye, en muchos casos, una omisión de la valoración del perjuicio bajo la categoría de “daño de muy difícil reparación”. Si bien es cierto que el ordenamiento jurídico contempla la posibilidad de accionar después por los daños derivados de la ejecución del acto impugnado en sede jurisdiccional, ello no garantiza en modo alguno una reparación efectiva.

¿Por qué el requisito de “irreparabilidad” resulta indeterminado?

Como se mencionó anteriormente, la suspensión del acto administrativo solo procede cuando se cumplen determinados requisitos específicos, pues su finalidad es equilibrar el poder del Estado frente a la posición más débil del administrado o ciudadano. Si se concediera de forma indiscriminada la autotutela administrativa carecería de sentido. Por ello, esta medida cautelar debe ser aplicada cuando el acto administrativo, además de presentar un vicio en su validez, presente pruebas indiciarias o provisionales de generar un daño irreparable o de muy difícil reparación en los derechos del administrado.

En este contexto, un requisito para que proceda la suspensión del acto es el peligro en la demora (*periculum in mora*), siendo este el pilar fundamental para la adopción de esta medida cautelar. Según Mariano Bacigalupo⁸, este se refiere al riesgo que la demora en el proceso judicial puede causar que derechos subjetivos del ciudadano sean vulnerados y consumados antes de una decisión de fondo y en firme, dejando sin la dimensión reparadora a la sentencia.

Con base en lo expuesto, el *peligro en la demora* representa un riesgo de muy difícil reparación —o irreparable, según la legislación ecuatoriana—. Sin embargo, el concepto de “irreparable” presenta un alto grado de indeterminación, lo que genera serias dificultades en la práctica para conceder o negar la suspensión del acto.

Surgen así las preguntas: ¿qué debe entenderse por irreparable? ¿Nos referimos únicamente a una dimensión económica, que en principio podría subsanarse mediante la correspondiente indemnización? Si fuese así, ¿cómo se cuantificaría esa reparación de manera adecuada? O, por el contrario, ¿aludimos a circunstancias que no pueden valorarse ni repararse a través de las figuras tradicionales de la responsabilidad civil, como el daño emergente o el lucro cesante? Ejemplos de estas últimas serían la pérdida de oportunidades laborales, comerciales, contractuales, las afectaciones en el proyecto de vida o la dignidad, las cuales escapan a una restitución estrictamente pecuniaria.

8. Mariano Bacigalupo, “*Fumus boni iuris, periculum in mora* y equilibrio de intereses como presupuestos de la tutela cautelar comunitaria”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 94 (1997), 287.

Este requisito es el más relevante, pues si bien la apariencia de buen derecho constituye el primer filtro, la verdadera finalidad de la suspensión es evitar que se consume el daño a los derechos del administrado antes de que exista una decisión judicial en firme. Dado que esta resolución no es inmediata, la demora puede provocar que la sentencia pierda eficacia o incluso su razón de ser.

De ahí la importancia de contar con criterios uniformes que otorguen certeza sobre cuándo un perjuicio puede considerarse irreparable. Esta indeterminación se evidencia en la práctica jurídica ecuatoriana porque, como se explicará más adelante, para los operadores de justicia administrativa —aunque no en todos los casos— el perjuicio deja de considerarse irreparable cuando existe la posibilidad de obtener una indemnización en la misma acción a través de una sentencia restauradora. En otros supuestos, dicha reparación puede buscarse mediante una acción contencioso-administrativa posterior.

Un punto de vista en el que no siempre se puede estar en desacuerdo, como en los actos administrativos disciplinarios o sancionadores, cuya reparación suele ser integral en la misma sentencia dentro de la misma acción. Sin embargo, en casos especiales —como las terminaciones unilaterales de contratos administrativos o las limitaciones y extinciones de permisos o licencias— no es posible cuantificar ni dimensionar de forma real los efectos dañosos y colaterales que estos generan. Es precisamente en tales supuestos donde la jurisdicción contencioso-administrativa puede incurrir en error o imprecisión en sus resoluciones posteriores al actuar como mecanismo restaurador.

Frente a lo expuesto, para comprender por qué actualmente existe tanta indeterminación en el concepto de irreparable, es necesario remontarse a los antecedentes históricos de la suspensión del acto. El peligro en la demora surge originalmente en el derecho civil, como una figura destinada a proteger al acreedor frente a la posible enajenación de bienes por parte del deudor, con el fin de eludir el cumplimiento de la obligación y evitar así el riesgo de que no pudiera cobrar sus acreencias.⁹ Trasladado al ámbito administrativo, este concepto se vinculó en un inicio a la solvencia de la Administración Pública. Bajo este enfoque, se argumentaba que no procedía la suspensión del acto porque se presumía que los daños de carácter económico derivados de los efectos jurídicos directos del acto administrativo podían ser resarcidos posteriormente, dado que el Estado no podía caer en insolvencia.

Sin embargo, la doctrina¹⁰ ha evolucionado hasta reconocer que la mera posibilidad de una compensación económica no constituye un obstáculo para la protección de carácter cautelar, pues la indemnización debe considerarse como un remedio de última ratio y, en muchos casos, no satisface plenamente la pretensión inicial del administrado. Sostenemos que el criterio basado en la solvencia patrimonial —esto es, asumir que la vulneración de derechos derivada del efecto gravoso del acto puede ser reparado posteriormente mediante una indemnización— resulta contrario a los principios del Estado constitucional de derechos y justicia, así como al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Tomando como punto de partida la tutela judicial efectiva, entendida como un derecho de contenido integral, la Corte Constitucional ecuatoriana¹¹ ha señalado que esta comprende, entre otros aspectos, el acceso a la justicia y a una sentencia útil. También corresponde a la posibilidad de obtener medidas cautelares destinadas a evitar que el derecho defendido se torne ilusorio.

En este marco, la compensación monetaria se debe concebir como la *última ratio* en la protección de los derechos, es decir, como un remedio que solo debe aplicarse cuando la

9. Manuel Ortells Ramos, "Doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional sobre la tutela judicial cautelar en materias no penales", *Tribunales de Justicia: Revista Española de Derecho Procesal*, n.º 6 (1997), 623-642.

10. Miguel Sánchez Morón, "El derecho a la tutela efectiva como límite a la ejecutividad de los actos administrativos", *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 32 (1983), 669-673.

11. Corte Constitucional del Ecuador, "Sentencia No. 724-17-EP/23", *Caso No. 724-17-EP*, 15 de febrero de 2023, 7.

lesión ya se ha consumado por completo y los perjuicios no pueden agravarse, de modo que resulte imposible restituir la situación jurídica a su estado anterior. Se trata, por tanto, de una medida compensatoria.

En el derecho administrativo moderno, la interpretación contemporánea del *periculum in mora* ha incorporado una distinción fundamental entre irreparabilidad e irreversibilidad de los perjuicios. En la práctica tradicional, el análisis se centraba en determinar si el daño podía ser valorado y compensado económicamente. Sin embargo, la evolución doctrinal ha reconocido que existen situaciones jurídicas cuyo menoscabo no admite reparación alguna, ni siquiera mediante la reposición de las cosas a su estado original (*restitutio in integrum*).¹²

La irreparabilidad hace referencia a aquellos daños que, aun pudiendo ser resarcidos económicamente, dejan secuelas que impiden restituir plenamente la situación previa; por ejemplo, la pérdida de una oportunidad profesional o el deterioro en la calidad de vida.

Por otro lado, la irreversibilidad describe escenarios en los que el perjuicio altera de manera definitiva una situación jurídica o fáctica, de modo que cualquier reparación posterior—incluso en especie— resulta imposible. Esto ocurre en la pérdida de un bien único o en la extinción de un derecho personalísimo.¹³

Esta diferenciación amplía el alcance protector de las medidas cautelares, pues desplaza el análisis de una visión meramente patrimonial a una comprensión integral de los derechos afectados. Así, el Tribunal no debería limitarse a calcular un eventual resarcimiento futuro, sino evaluar si la inejecución provisional del acto es indispensable para preservar la esencia misma del derecho, evitando que la decisión judicial de fondo se torne inútil o solo simbólica.

Algunos ejemplos de perjuicios no pecuniarios o de carácter irreversible incluyen: la denegación de un permiso para la realización de una manifestación; la negativa a suministrar medicamentos; la pérdida de una licencia para ejercer una profesión, agravada por la mora o retardo judicial, como ocurre con la suspensión del Registro Único de Proveedores en casos de terminación unilateral de contrato o de declaratoria de adjudicatario fallido; el reconocimiento tardío de una pensión de vejez, que con frecuencia llega cuando el beneficiario ya ha fallecido; o la demolición de un edificio, que no solo supone la destrucción de un bien patrimonial, sino que además incide de manera grave en la vida de las personas afectadas. En estos supuestos, el mero transcurso del tiempo resulta suficiente para acreditar la existencia del *periculum in mora*.

A partir de lo señalado, se evidencia que la evolución de este concepto se vincula estrechamente con la efectividad de la sentencia y la finalidad legítima de acción contencioso-administrativa. Las medidas cautelares tienen como propósito asegurar que el fallo final no se vea privado de contenido con anticipación ni resulte nugatorio. El proceso judicial no puede convertirse en un instrumento para frustrar la justicia, incumplir obligaciones, evadir deberes o menoscabar el alcance de los derechos. Si el recurrente no obtiene, al término del proceso, la satisfacción del derecho reclamado en su pretensión, el recurso habrá perdido su finalidad y la tutela judicial efectiva se verá comprometida en gran medida.

Considerado lo anterior, es evidente que el peligro en la demora admite diversas interpretaciones, prevaleciendo entre los jueces—en la mayoría de los casos— el criterio de que, si existe la posibilidad de una reparación económica posterior, no procede la suspensión del acto. No obstante, esta interpretación, a la luz de un Estado constitucional de derechos y justicia, resulta excesivamente restrictiva. Desvirtúa la finalidad esencial de la tutela judicial efectiva y el objeto de la jurisdicción contencioso administrativa: obtener una sentencia reparadora y tutelar los derechos de los administrados. Dicha finalidad se ve comprometida

12. Jaime Rodríguez-Arana, "Ejecutividad y suspensión del acto administrativo en el derecho administrativo español: especial referencia a los actos sancionadores", *Revista Derecho & Sociedad*, n.º 54 (2020), 432.

13. *Ibíd.*, 438.

cuando, aún obteniendo una sentencia favorable en el proceso principal, el afectado debe iniciar posteriormente, por cuerda separada, una demanda de daños y perjuicios contra el Estado para obtener una compensación económica que repare el daño sufrido por la ilegalidad del acto administrativo.

Es así como, al tratarse de una potestad discrecional del juez —en lo que respecta a otorgar o negar la suspensión del acto administrativo— y estando en juego derechos subjetivos susceptibles de ser vulnerados de forma irreparable o de muy difícil reparación, el estándar de motivación y el nivel de análisis exigidos deben ser altos. Sin embargo, como se evidenciará en la mayoría de los casos que se examinan en este trabajo, los tribunales suelen limitarse a verificar, casi como un simple *check list*, si el daño pudiera ser posteriormente indemnizado económicamente. Esta aproximación deja de lado elementos esenciales como la reversibilidad del acto, el riesgo de consumación definitiva, la complejidad de restaurar la situación y la posible vulneración de derechos como el trabajo, el proyecto de vida, la tutela judicial efectiva, así como el costo social y económico que tales decisiones implican. Todo esto sin considerar que obtener una sentencia en firme en los Tribunales de lo Contencioso Administrativo conlleva varios años, aun cuando sean tribunales de única instancia. Esto sucede por su excesiva carga procesal y el tiempo que toma sustanciar un eventual recurso de casación ante la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia.

En conclusión, el estándar para calificar el *periculum in mora* en el marco de la suspensión de actos administrativos debe orientarse a garantizar la efectividad real de la sentencia y la finalidad legítima del recurso, evitando que el proceso judicial se convierta en un trámite meramente declarativo. Para ello, el juez no puede limitarse a constatar la eventual posibilidad de una indemnización económica, pues esta constituye un remedio de última *ratio*, aplicable solo cuando la lesión ya se ha consumado y la restitución de la situación jurídica original resulta imposible. El análisis debe reconocer que la demora procesal, por sí misma, comporta un riesgo real para la integridad de los derechos en disputa, configurando un *periculum in mora* intrínseco que exige respuesta cautelar.

Asimismo, el estándar debe incorporar una ponderación rigurosa de los intereses y derechos en juego, sin limitarse exclusivamente a lo patrimonial. En este ejercicio, el juez debe evaluar —con base en los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad— los perjuicios que se ocasionarían al administrado si la medida no se concede, frente a los que podrían derivarse para el interés público o para terceros si la medida se otorga. Solo así se asegura que la suspensión del acto cumpla su función protectora, evite daños irreparables o de difícil reparación y preserve la utilidad de la tutela judicial efectiva, así como la eficacia del objeto propio de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Pronunciamientos judiciales: criterios discordantes

Si bien el estudio del desarrollo doctrinario y de la normativa aplicable a la suspensión del acto administrativo en el contexto ecuatoriano resulta indispensable para enmarcar la problemática, este solo constituye un punto de partida. El eje central de la investigación se concentra en el examen de los criterios que, en la práctica jurisdiccional, han adoptado los jueces al momento de determinar la procedencia o improcedencia de dicha medida cautelar.

Con el fin de garantizar la solidez metodológica y la pertinencia de las conclusiones, se ha delimitado la muestra de estudio a casos que los autores hemos patrocinado, con características homogéneas, centrando la atención en controversias originadas por terminaciones unilaterales en el ámbito de la contratación pública. Estas disputas representan algunos de los actos administrativos con mayor capacidad de generar efectos gravemente lesivos para el sujeto pasivo del acto.

Dicho lo anterior, del examen de los casos en que se concedió o negó la suspensión del acto administrativo, se advierte que la motivación y la profundidad del análisis presentan variaciones significativas. Por ejemplo:

Casos donde se concedió la suspensión del acto administrativo

Juicio	Decisión	Explicación
01803-2023-00630 ¹⁴	Concedida	El Tribunal ordenó la suspensión de la Resolución No. GADMICP-PS-2023-119 al considerar que se cumplían los condicionantes del artículo 330 del COGEP.
01803-2023-00670 ¹⁵	Concedida	El Tribunal consideró que la ejecución de la terminación unilateral No. GADMICP-PS-2023-015, que declaraba a la accionante como contratista incumplida, podía causar un daño de difícil reparación al impedir nuevas adjudicaciones y afectar contratos vigentes.
01803-2023-00874 ¹⁶	Concedida	Se suspendieron los efectos de la Resolución No. 013-2023-GADMZ-AL-CA por cumplirse los condicionantes del artículo 330 del COGEP.
01803-2024-00332 ¹⁷	Concedida	Se suspendieron los efectos del acto de terminación unilateral, la inhabilitación para contratar con el Estado y la ejecución de garantías, ordenando mantenerlas vigentes, para evitar un perjuicio económico al contratista.
09802-2023-00799 ¹⁸	Concedida (revocación parcial)	Inicialmente negada; luego al invocarse una causal de terminación no pactada en el contrato, y peligro en la mora por la inhabilitación para contratar, afectación financiera, pérdida de ingresos y ejecución de la garantía de fiel cumplimiento, se concedió la suspensión. Un voto salvado negó por considerar que no se acreditó el daño irreparable.
09802-2025-00834 ¹⁹	Concedida	Se suspendieron los efectos de la Resolución No. EPMMOP-GOP-2025-0054-R y su aclaratoria por apariencia de buen derecho (multas impuestas sin debido proceso y falta de análisis de descargos) y peligro en la mora (imposibilidad de suscribir contrato adjudicado por el Banco Central y riesgo de inhabilitación).
11804-2024-00457 ²⁰	Concedida	Aceptada por ajustarse a los presupuestos del artículo 330 del COGEP.
17811-2025-02035 ²¹	Concedida	Suspensión de los efectos de la Resolución No. EPMMOP-GOP-2025-0037-R por afectación irremediable: el procurador común del consorcio sufrió un infarto cerebral, y la declaración de contratista incumplido podría generar daños graves e irreversibles en su situación personal.

14. Tribunal Distrital No. 3 de lo Contencioso Administrativo con sede en Cuenca, "Juicio No. 01803-2023-00630", 07 de noviembre de 2023

15. Tribunal Distrital No. 3 de lo Contencioso Administrativo con sede en Cuenca, "Juicio No. 01803-2023-00670", 29 de septiembre de 2023

16. Tribunal Distrital No. 3 de lo Contencioso Administrativo con sede en Cuenca, "Juicio No. 01803-2023-00874", 1 de diciembre de 2023

17. Tribunal Distrital No. 3 de lo Contencioso Administrativo con sede en Cuenca, "Juicio No. 01803-2024-00332", 14 de mayo de 2024

18. Tribunal Distrital No. 2 de lo Contencioso Administrativo con sede en Guayaquil, "Juicio No. 09802-2023-00799", 20 de diciembre de 2024

19. Tribunal Distrital No. 2 de lo Contencioso Administrativo con sede en Guayaquil, "Juicio No. 09802-2025-00834", 20 de mayo de 2025

20. Tribunal de lo Contencioso Administrativo y Tributario con sede en Loja, "Juicio No. 11804-2024-00457", 6 de diciembre de 2024

21. Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en Quito, "Juicio No. 17811-2025-02035", 2 de julio de 2025

Casos donde se negó la suspensión del acto administrativo

Juicio	Decisión	Explicación
17811-2025-02102 ²²	Negada	Para el Tribunal, no se evidenció la razonabilidad de la medida ni el carácter irremediable del perjuicio; no existió motivación.
17811-2025-02327 ²³	Negada	El Tribunal señaló que no existían indicios claros de afectación irremediable conforme al artículo 330 del COGEP; no se evidenció motivación.
17811-2025-02512 ²⁴	Negada	Se concluyó que no se justificó la suspensión y que los actos administrativos no pueden ser suspendidos de forma parcial, descartando la procedencia de la medida y no se justificó mayor motivación.

Con base en lo expuesto, el análisis comparado de estos procesos revela que, aunque todos involucran actos administrativos de terminación unilateral de contrato que generan efectos gravosos similares —como la declaratoria de contratista incumplido y la suspensión en el Registro Único de Proveedores por cinco años, con el consiguiente impedimento para participar en procedimientos precontractuales, celebrar contratos con el Estado y la ejecución de garantías contractuales—, los Tribunales han adoptado criterios diferentes y contradictorios. Estas divergencias se reflejan especialmente en la aplicación del estándar probatorio y conceptual del peligro en la demora. Con base en lo expuesto, el análisis comparado de estos procesos revela que, aunque todos involucran actos administrativos de terminación unilateral de contrato que generan efectos gravosos similares —como la declaratoria de contratista incumplido y la suspensión en el Registro Único de Proveedores por cinco años, con el consiguiente impedimento para participar en procedimientos precontractuales, celebrar contratos con el Estado y la ejecución de garantías contractuales—, los Tribunales han adoptado criterios diferentes y contradictorios. Estas divergencias se reflejan especialmente en la aplicación del estándar probatorio y conceptual del peligro en la demora.

En varios de los casos citados (por ejemplo, 09802-2023-00799 y 09802-2025-00834) se desarrolla un examen detallado del *fumus boni iuris* y del *periculum in mora*, vinculando la terminación unilateral con la inhabilidad de contratar con el Estado y con los perjuicios económicos severos que sufriría el contratista por la materialización de los efectos del acto. En este contexto, los tribunales realizan un análisis de los elementos de prueba aportados por el accionante.

De igual forma, algunos tribunales consideran que la sola inhabilidad para contratar con el Estado y la ejecución de garantías constituyen un daño de difícil reparación (por ejemplo, 01803-2023-00670, 09802-2023-00799, 09802-2025-00834, 17811-2025-02035), teniendo una visión mucho más garantista con respecto de la tutela judicial efectiva y objeto de la jurisdicción contencioso administrativa.

Otros, sin embargo, sostienen que tales consecuencias no configuran por sí solas un daño irreparable (por ejemplo, voto salvado en 09802-2023-00799; negativas en 17811-2025-02102, 17811-2025-02327, 17811-2025-02512). Aquí prevalece una visión más restrictiva: la afectación patrimonial se considera reparable vía indemnización y, por ende, no cumpliría el estándar previsto en el artículo 330 del COGEP, tema que ya se trató previamente en este trabajo. Además, en algunos de los procesos antes citados, no se realiza una motivación

22. Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en Quito, “Juicio No. 17811-2025-02102”, 29 de mayo de 2025

23. Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en Quito, “Juicio No. 17811-2025-02327”, 5 de junio de 2025

24. Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, “Juicio No. 17811-2025-02512”, 22 de julio de 2025.

suficiente que responda a los argumentos planteados por las partes, pues los tribunales se limitan a señalar que no se ha evidenciado un perjuicio irreparable.

En la misma línea, en ciertos casos la valoración del peligro en la demora ha considerado factores extrapatrimoniales, como el estado de salud del representante legal del consorcio afectado (por ejemplo, 17811-2025-02035), con una valoración que supera el análisis meramente patrimonial.

Es relevante considerar lo antes mencionado, cuya realidad es incuestionable: el tiempo que conlleva sustanciar y obtener una sentencia en firme en la jurisdicción contencioso-administrativa ecuatoriana. Durante ese lapso, el accionante se ve coaccionado a soportar y cumplir la sanción del acto administrativo que lo declara contratista incumplido por cinco años, quedando impedido de participar en procedimientos de contratación pública, celebrar contratos con el Estado e incluso formar parte de personas jurídicas o consorcios proveedores debido a su inhabilidad en el Sistema Nacional de Contratación Pública.

El criterio sobre el que se inclina la negativa a conceder la suspensión del acto, por ser un aspecto que pueda ser tratado en la sentencia como garantía de reparación integral o a través de otra acción indemnizatoria, implica la realización de actos procesales adicionales que tornan complejo al proceso. Esto es evidente no solo para las partes procesales sino para el tribunal al momento de encontrarse frente a cuestiones como:

- Reforma a la demanda para incluir los perjuicios derivados de la ejecución de las garantías contractuales, perjuicios materiales e inmateriales por el registro de contratista incumplido durante cinco años, indemnizaciones laborales asumidas por el contratista producto de la terminación unilateral ilegal, otros contratos incumplidos como consecuencia de los daños económicos sufridos, entre otros.
- Acumulación de procesos como consecuencia de una o más acciones contencioso-administrativas iniciadas posteriormente para intentar una reparación integral.
- Prueba nueva cuyo anuncio y admisión está sujeta al orden procesal y valoración del tribunal.
- Inicio de acciones contencioso administrativas posteriores a la sentencia en firme que declara la ilegalidad o nulidad de la terminación unilateral del contrato, para pretender el resarcimiento que se pudo evitar con la concesión de la suspensión del acto administrativo en el primer proceso.

La motivación para negar la suspensión del acto administrativo no debería ser, al menos en este análisis, la posibilidad del administrado de iniciar otras acciones para pretender su reparación integral. Ello, lejos de constituir un remedio procesal, agudiza el peligro en la demora dentro de la jurisdicción contencioso-administrativa, colapsándola con más causas que dilatan la sustanciación y resolución de los procesos, y podría derivar en un quebrantamiento de la tutela judicial efectiva y del objeto de esta jurisdicción especializada.

Acumular causas en la jurisdicción contencioso-administrativa, que podrían evitarse con una oportuna suspensión del acto administrativo, agrava la situación actual que afecta a la tutela de los derechos del administrado. Son casos en los cuales obtener una sentencia en firme, en un parámetro temporal aproximado de cinco años —incluido el recurso de casación en tribunales con menor carga procesal, o más de cinco años en otros—, implica cumplir la sanción derivada de la terminación unilateral del contrato de forma anticipada. Es decir, antes de que el tribunal se pronuncie sobre la validez del acto administrativo, el accionante ya habría cumplido íntegramente lo dispuesto en dicho acto, situación que desnaturaliza la tutela de los derechos del administrado y el objeto mismo de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Actos procesales como la reforma a la demanda, acumulación de procesos o anuncios de prueba nueva, dilatan la tramitación del proceso y son aspectos que, de igual manera, pueden ser evitados de acuerdo con lo mencionado anteriormente. La carga de probar los hechos que acrediten los requisitos para la suspensión del acto administrativo corresponde al accionante y dependerá de su estrategia de defensa. No obstante, el análisis y la valoración de dicha prueba recaen en el operador de justicia, cuya motivación debe ser suficiente y adecuada.

En definitiva, el tribunal tiene la potestad de conceder o no la suspensión del acto administrativo en el auto inicial o en la sentencia. Sin embargo, lo relevante es la motivación judicial, pues de ella depende que el proceso se torne complejo por los actos procesales subsecuentes derivados de una negativa a la suspensión, o que tal situación se evite mediante su concesión oportuna.

Conclusiones

Con base en lo expuesto, el análisis comparativo de diversos procesos judiciales permite concluir que el verdadero problema no radica en la redacción del artículo 330 del COGEP, sino en la ausencia de motivación suficiente en los pronunciamientos judiciales. También recae en la falta de uniformidad al momento de determinar qué constituye un perjuicio irreparable o de difícil remediación.

Para algunos tribunales, si el daño puede ser posteriormente reparado mediante una indemnización —limitando el análisis únicamente a la esfera patrimonial—, este no es irreparable. Mientras que para otros el sentido mismo de la suspensión cautelar radica en proteger un derecho que se encuentra en inminente riesgo de ser vulnerado, evitando así la consumación de un daño que podría resultar irreparable o de muy difícil reparación.

De esta manera, los efectos gravosos de la terminación unilateral del contrato, por su duración de cinco años, la ejecución de las garantías contractuales, el registro de contratista incumplido y el impedimento para participar en procedimientos de contratación pública o celebrar contratos con el Estado, constituyen aspectos fundamentales que deben ser analizados integralmente por el tribunal al momento de decidir sobre la suspensión del acto administrativo. Este análisis no puede limitarse a considerar la posibilidad de generar actos procesales posteriores como único mecanismo de reparación.

En un escenario ideal, consideramos que el parámetro rector debería ser la preservación de la utilidad práctica de la sentencia. Entonces, si la ejecución inmediata del acto administrativo vacía de contenido el fallo futuro, la medida cautelar debería concederse, asegurando así la efectividad de la tutela judicial y evitando que el ciudadano se vea obligado a iniciar, por vías separadas, nuevos procesos para reclamar indemnizaciones por los daños ocasionados.

En conclusión, se ha podido verificar que la coexistencia de criterios dispares en torno a este aspecto debilita la previsibilidad del sistema contencioso-administrativo y expone a los ciudadanos a pronunciamientos contradictorios ante supuestos fácticos similares. De este modo, se ocasiona una clara y evidente vulneración no solo a la tutela judicial efectiva, sino al principio mismo de seguridad jurídica y confianza legítima, en tanto los administrados carecen de certeza respecto al resultado de una solicitud de esta naturaleza en la sede jurisdiccional.

Referencias

- Yépez Tamayo, Juan Francisco. *"Las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo"*. Tesis de licenciatura, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, 2021.
- Coello Jácome, Carlos David. *"Las medidas cautelares dentro del proceso contencioso administrativo"*. Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2019.
- Barrios Flores, Luis. *"Los actos administrativos: efectos"*. En *El procedimiento administrativo común*, t. 1, 153. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.
- Sánchez Solís, Álvaro Esteban. *"Eficacia de la suspensión del acto administrativo en el ordenamiento jurídico ecuatoriano"*. Proyecto de investigación, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Sede Ambato, 2023.
- Ecuador. Código Orgánico Administrativo (COA). Registro Oficial Segundo Suplemento No. 31, 7 de julio de 2017.
- Marcheco Acuña, Benjamín. *"La tutela cautelar en los procesos contra la administración pública en Ecuador"*. Revista de Derecho / Revisión académica, 2017. Repositorio Institucional.
- Ecuador. Código Orgánico General de Procesos (COGEP). Registro Oficial Suplemento No. 506, 22 de mayo de 2015.
- Bacigalupo, Mariano. *"Fumus boni iuris, periculum in mora y equilibrio de intereses como presupuestos de la tutela cautelar comunitaria"*. Revista Española de Derecho Administrativo, n.º 94 (1997): 287.
- Ortells Ramos, Manuel. *"Doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional sobre la tutela judicial cautelar en materias no penales"*. Tribunales de Justicia: Revista Española de Derecho Procesal, n.º 6 (1997): 623-642.
- Sánchez Morón, Miguel. *"El derecho a la tutela efectiva como límite a la ejecutividad de los actos administrativos"*. Revista Española de Derecho Administrativo, n.º 32 (1983): 669-673.
- Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 724-17-EP/23. Caso No. 724-17-EP. 15 de febrero de 2023.
- Rodríguez-Arana, Jaime. *"Ejecutividad y suspensión del acto administrativo en el derecho administrativo español: especial referencia a los actos sancionadores"*. Revista Derecho & Sociedad, n.º 54 (2020): 432, 438.
- Tribunal Distrital No. 3 de lo Contencioso Administrativo con sede en Cuenca. *"Juicio No. 01803-2023-00670"*. 29 de septiembre de 2023.
- Tribunal Distrital No. 3 de lo Contencioso Administrativo con sede en Cuenca. *"Juicio No. 01803-2023-00630"*. 07 de noviembre de 2023.
- Tribunal Distrital No. 3 de lo Contencioso Administrativo con sede en Cuenca. *"Juicio No. 01803-2023-00874"*. 1 de diciembre de 2023.
- Tribunal Distrital No. 3 de lo Contencioso Administrativo con sede en Cuenca. *"Juicio No. 01803-2024-00332"*. 14 de mayo de 2024.
- Tribunal Distrital No. 2 de lo Contencioso Administrativo con sede en Guayaquil. *"Juicio No. 09802-2023-00799"*. 20 de diciembre de 2024.
- Tribunal Distrital No. 2 de lo Contencioso Administrativo con sede en Guayaquil. *"Juicio No. 09802-2025-00834"*. 20 de mayo de 2025.
- Tribunal de lo Contencioso Administrativo y Tributario con sede en Loja. *"Juicio No. 11804-2024-00457"*. 6 de diciembre de 2024.

Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en Quito. "*Juicio No. 17811-2025-02035*". 2 de julio de 2025.

Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en Quito. "*Juicio No. 17811-2025-02102*". 29 de mayo de 2025.

Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en Quito. "*Juicio No. 17811-2025-02327*". 5 de junio de 2025.

Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en Quito. "*Juicio No. 17811-2025-02512*". 22 de julio de 2025.



DEVOIR
ESTUDIO JURÍDICO

Consulta previa, libre e informada: ¿derecho de participación efectivo o mero formalismo jurídico?

Free, Prior and Informed Consultation: An Effective Right to Participation or a Mere Legal Formality

Andrés Santiago Vázquez Lituma
santiagovazquezlit@gmail.com

Nicole Valentina Rivas Rodas
nicole.rivas@es.uazuay.edu.ec

Resumen

El presente artículo tiene como objetivo analizar la consulta previa, libre e informada (CPLI) en el Ecuador, para determinar si constituye un verdadero derecho de participación de los pueblos y nacionalidades indígenas o si, en la práctica, se reduce a un mero formalismo. Partiendo de su reconocimiento en la Constitución de 2008 y en instrumentos internacionales como el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, se estudia la normativa existente, el desarrollo jurisprudencial y los intentos fallidos de regulación legal. A lo largo de esta investigación, se puede evidenciar que, aunque la CPLI se concibe como un derecho colectivo, en donde el Estado mantiene la potestad excepcional de realizar proyectos extractivos frente a la oposición de las comunidades cuando lo justifique o motive de manera adecuada. La jurisprudencia, tanto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) como de la Corte Constitucional del Ecuador, ha precisado los elementos esenciales del derecho como el carácter previo, la buena fe y la información adecuada; sin embargo, la falta de una ley orgánica específica da lugar a inseguridad jurídica y genera que el poder ejecutivo vulnere principios y garantías fundamentales. Se concluye que para el efectivo ejercicio del derecho a la CPLI se requiere legislación orgánica y mecanismos de control que garanticen su efectividad como derecho de participación y justicia ambiental.

Abstract

This article aims to analyze prior, free, and informed consultation (PFIC) in Ecuador, in order to determine whether it constitutes a genuine participatory right of Indigenous peoples and nationalities or whether, in practice, it is reduced to a mere formality. Based on its recognition in the 2008 Constitution and in international instruments such as ILO Convention 169 and the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, the study examines existing regulations, jurisprudential developments, and failed attempts at legal regulation. Throughout this research, it becomes evident that although PFIC is conceived as a collective right, the State retains the exceptional power to carry out extractive projects in the face of community opposition, provided it offers adequate justification or reasoning. Jurisprudence, both from the Inter-American Court of Human Rights (I/A Court H.R.) and the Constitutional Court of Ecuador, has defined the essential elements of the right, such as its prior character, good faith, and adequate information. However, the lack of a specific organic law generates legal uncertainty and allows the executive branch to undermine fundamental principles and guarantees. The article concludes that the effective exercise of the right to PFIC requires organic legislation and monitoring mechanisms that guarantee its effectiveness as a right of participation and environmental justice.

Palabras clave

Consulta previa, libre e informada, pueblos indígenas, derechos colectivos, participación

Keywords

Prior, free, and informed consultation, indigenous peoples, collective rights, participation

Introducción

El Ecuador es un Estado soberano y plurinacional,¹ pues constitucionalmente reconoce que la soberanía recae en el pueblo y debe ser ejercida mediante mecanismos de participación directa. La lucha histórica por parte del movimiento indígena se consolida a finales del siglo XX, con el reconocimiento de derechos colectivos en cuanto a su identidad cultural y territorial. Así, la Constitución de 1998² es pionera en este aspecto, ya que por primera vez establece el carácter pluricultural y multiétnico del Estado ecuatoriano y reconoce a los pueblos indígenas como sujetos de derechos colectivos, así como garantiza su participación mediante la consulta. Si bien en este cuerpo normativo no se menciona explícitamente el término “consulta previa”, fue el instrumento que sentó las bases al reconocer los derechos colectivos de los pueblos indígenas y afroecuatorianos, lo que, de forma implícita, exige su participación en decisiones por las cuales puedan verse afectados.

El punto de inflexión en el ordenamiento jurídico en cuanto a la consulta libre, previa e informada como mecanismo de participación nace con la Constitución de 2008. Es en esta se otorga rango constitucional a esta figura, reconociéndola como un derecho fundamental de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, junto a otros derechos colectivos como la autodeterminación, la propiedad colectiva, la administración de justicia y el mantenimiento de sus sistemas de derecho propio.

La consulta previa, libre e informada se establece como una herramienta para garantizar la participación efectiva de los pueblos y nacionalidades indígenas en las decisiones que afectan sus territorios, cultura y formas de vida. Sin embargo, en la práctica, se plantean varias interrogantes: ¿esta figura es en realidad un mecanismo de participación real? Y, a su vez, ¿es un derecho que se respeta o un mero formalismo procedimental?

Estas preguntas nacen a raíz de la falta de una regulación legal específica y detallada sobre cómo debe interpretarse y ejercerse este derecho, más allá de los estándares ya desarrollados por la justicia constitucional. La CPLI no se limita a dar visibilidad a estos pueblos, sino que busca su participación efectiva y voluntaria en decisiones que afectan sus derechos, territorios y cultura, especialmente antes de la implementación de proyectos o medidas que puedan impactarlos, garantizando un diálogo intercultural horizontal y el respeto a su integridad cultural.³

La respuesta a estas inquietudes resulta esencial para evaluar la efectividad del cumplimiento de este derecho y de los derechos conexos que conlleva. Por tanto, a lo largo del desarrollo de este trabajo se delimitará un marco conceptual de la CPLI y se hará una relación con otras garantías colectivas. Igualmente, se analizará jurisprudencia existente y vinculante acerca del referido mecanismo y, por último, se darán a conocer los inconvenientes en cuanto a la aplicación de la CPLI dentro del sistema jurídico ecuatoriano.

Los diferentes mecanismos de participación ciudadana

En el sistema jurídico ecuatoriano, la consulta previa, libre e informada se erige tanto como un mecanismo de participación así como un derecho colectivo reconocido a los pueblos y nacionalidades indígenas, contemplado en la Constitución de la República del 2008 (en líneas posteriores CRE). Así lo indica su artículo 57 numeral 7:

Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos

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

2. Constitución Política de la República del Ecuador, Registro Oficial 1, 11 de agosto de 1998.

3. Mayuri Castro, “Consulta previa previa, libre e informada”, *Gk city*, 24 de noviembre de 2019, <https://gk.city/2021/11/11/consulta-previa-libre-informada-ecuador/>

colectivos: (...) 7. La consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen. La consulta que deban realizar las autoridades competentes será obligatoria y oportuna. Si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley.⁴

En primer lugar, es menester diferenciar a la CPLI de otros mecanismos de participación, pues este proceso democrático puede manifestarse de diferentes formas, pero siempre llevando implícito el derecho a la información pública, la cual debe ser veraz, precisa, accesible, completa y oportuna.⁵ Así, en primer lugar, para Rodrigo Borja la consulta popular es “el acto por el cual el cuerpo electoral o el conjunto de ciudadanos con derecho a voto aprueba o desaprueba ciertas decisiones de los órganos legislativos del Estado”.⁶ En otras palabras, es el pronunciamiento del pueblo sobre un tema de interés público que trata sobre el futuro del país incluyendo temas ambientales.

Por otra parte, la consulta ambiental, reconocida en el artículo 398 de la CRE, establece que toda persona, comunidad o pueblo que pueda verse afectado directamente por una decisión o autorización de la autoridad competente debe ser consultado antes de la ejecución de cualquier actividad, obra o proyecto que pueda generar impacto ambiental. En este proceso, la información debe ser accesible, clara, objetiva y completa.⁷ Se debe tomar en cuenta que la decisión de realizar o no el proyecto, sería adoptada por una resolución debidamente motivada por el órgano estatal competente para el efecto. Sin embargo, debe considerarse que esta posibilidad es de última ratio, pues además de la suficiente fundamentación, el Estado debe garantizar la repartición de los beneficios económicos de forma significativa y proporcional a la comunidad, pueblo o nacionalidad afectada.

Bajo este contexto, se diferencia la consulta prelegislativa, recogida en el artículo 57 numeral 17 de la CRE,⁸ que se presenta también como un derecho de participación y, a su vez, como una obligación del Estado a garantizar dicha garantía; en donde las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas deben ser consultados antes adoptar cualquier medida legislativa que pueda llegar a afectar sus derechos colectivos. Por tanto, la CPLI recae sobre obras o proyectos y, en cambio, la consulta prelegislativa sobre toda norma que tenga íntima relación con estas comunidades.

Contenido del derecho a la consulta libre, previa e informada

El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales se adoptó en 1989 en la Conferencia General de la OIT y el Estado ecuatoriano lo ratificó en el mismo año. Este es uno de los primeros instrumentos internacionales en donde se reconocen derechos colectivos a pueblos y comunidades indígenas, considerados como tal por descender de poblaciones que habitaban en el país en la época de la conquista y que, a pesar de aquello, conservan sus propias instituciones sociales, económicas y culturales en países independientes. Además, reconoce estos derechos a “pueblos tribales” cuyas características sociales culturales y tradicionales, ya sean de manera total o parcial, sean propias de ellos mismos y, por tanto, distintos a otros sectores de la colectividad nacional.⁹

4. Artículo 57, Constitución de la República del Ecuador.

5. Juan Auz Terra Mater, “El Derecho de la Consulta Ambiental en el Ecuador”, *Revista Latinoamericana de Derecho y Políticas Ambientales* 5, n.o 5 (2017): 132.

6. Rodrigo Borja, *Derecho Político y Constitucional*, (Quito: Casa de la Cultura Ecuatoriana, 1999), 63.

7. Artículo 398, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

8. Ibid, artículo 57.

9. Convenio sobre Pueblos Indígenas y tribales en Países Independientes, Ginebra, 27 de junio de 1989.

Este convenio busca proteger las garantías de dichos grupos, asegurando que puedan preservar y desarrollar sus culturas, identidades, tradiciones, modos de vida, así como garantizar el respeto de sus derechos humanos y libertades fundamentales. En principio, ordena reconocer a los pueblos el derecho de propiedad colectiva y posesión sobre las tierras que ocupan e incluso sobre las que hayan tenido acceso tradicionalmente para realizar sus actividades de subsistencia. Asimismo, contempla la CPLI como un derecho de participación fundamental. Además, trata sobre el derecho a la indemnización, manifestando que los pueblos no deben ser trasladados de las tierras que ocupan; sin embargo, si este traslado llega a ser necesario, debe hacerse con el consentimiento de los mismos.

Yrigoyen Fajardo diferencia el contenido procesal y el sustantivo de este derecho. En términos procesales, obliga a posponer decisiones estatales con incidencia en pueblos indígenas hasta realizar una consulta previa con diálogo y participación; en términos sustantivos, dirige a respetar sus prioridades de desarrollo, sus formas de vida y su integridad.¹⁰

Por otra parte, el fallo No. 1149-19-JP/21¹¹ de la Corte Constitucional del Ecuador ofrece un amplio material de análisis respecto a lo que se debe entender por CPLI. En primer lugar, explica que el hecho de que la consulta sea “previa” no significa que solo deba ser realizada antes de la decisión o autorización, sino que se brinde a la comunidad el tiempo suficiente para acceder a la información y que esta sea debatida antes de que el pueblo se pronuncie. De esta manera, el Estado es el ente obligado a realizar la consulta tan pronto como pueda, permitiendo la deliberación de la comunidad antes de acoger una decisión o emitir una autorización en donde el medio ambiente también pueda verse afectado.

Asimismo, la Corte manifiesta que es “libre”, porque no debe existir coerción ni manipulación a la comunidad consultada. Sobre ello, la Defensoría del Pueblo se ha pronunciado y manifiesta que este particular podría traducirse en incentivos monetarios o incluso llegar a amenazar o tomar represalias contra el pueblo consultado.¹²

Y por último, manifiesta que el término “informada”, hace referencia a que se le debe brindar al pueblo información acerca de la naturaleza, envergadura, alcance, razón y objeto de la decisión, la duración del proyecto, ubicación de las áreas afectadas, evaluación preliminar de los impactos ambientales y sus riesgos, personal que intervendrá y los procedimientos técnicos y jurídicos que puede implicar la decisión.¹³

En adición, el relator especial de las Naciones Unidas para los pueblos indígenas¹⁴ señaló que al ser informada significa que al menos un número considerado de los miembros del pueblo tenga acceso a la información que se presente. Esta debe ser compartida en un lenguaje accesible, traducida a las lenguas indígenas dependiendo de las zonas en las que se trate.

De la misma manera, se debe considerar que el derecho de consulta involucra dos elementos. El primero concibe la consulta libre, previa e informada como un límite al poder estatal, que obliga al Estado a abstenerse de vulnerar los derechos fundamentales de los pueblos indígenas. El segundo consiste en el diálogo entre el Estado y los pueblos indígenas,

10. Raquel Yrigoyen Fajardo, “De La Tutela a Los Derechos De Libre Determinación Del Desarrollo, Participación, Consulta Y Consentimiento: Fundamentos, Balance Y Retos Para Su Implementación,” *Amazónica - Revista De Antropología* 1, no. 2 (19 de noviembre de 2009): 13, <https://doi.org/10.18542/amazonica.v1i2.294>.

11. Sentencia No. 1149-19-JP/20, Corte Constitucional del Ecuador, 10 de noviembre de 2021, párr. 301.

12. Defensoría del Pueblo del Ecuador, *La consulta previa, un derecho de participación* (Quito: Defensoría del Pueblo, 2011).

13. Sentencia Revisión de garantías Caso No. 1149-19-JP/20, Corte Constitucional del Ecuador, 10 de noviembre de 2021, párr. 297.

14. Relator especial de Naciones Unidas sobre los derechos humanos y libertades fundamentales de los Indígenas, “Informe del Relator Especial de Pueblos Indígenas al Consejo de Derechos Humanos”, 2009.

mediante el cual estos aportan sus puntos de vista en la adopción de decisiones estatales.¹⁵

Estos elementos concuerdan con lo establecido tanto en el Convenio 169 de la OIT,¹⁶ como en la Declaración de las Naciones Unidas para los Pueblos Indígenas.¹⁷ La jurista Patricia Carrión¹⁸ resalta que ambos instrumentos consideran al consentimiento no como un derecho exigible, sino como una finalidad o propósito de la consulta, que busca consolidar acuerdos y no la imposición unilateral del criterio de las partes. Esto debido a que los acuerdos facilitan la toma de decisiones por parte del Estado y, al mismo tiempo, se evitan conflictos socioambientales que limitan el ejercicio de los derechos fundamentales.

Este tema ha sido discutido, pues pareciera que hay privilegios para los pueblos, comunidades, comunas y pueblos indígenas frente a los demás ciudadanos. Ante ello, la Defensoría del Pueblo se ha pronunciado, manifestando que los pueblos indígenas son un grupo que históricamente ha sido objeto de discriminación y exclusión, por lo que el hecho de reconocer sus derechos colectivos es indispensable para mantener su cultura e identidad.¹⁹

Ahora bien, es relevante aclarar que el Estado, a través de su autoridad competente, en cualesquiera que fuera el escenario, debe ser el sujeto consultante. Esta capacidad no puede ser delegada a personas naturales ni jurídicas, debido a que históricamente las empresas extractivas eran quienes realizaban las consultas a la población como una forma de asegurar el desarrollo de sus actividades en estos territorios de manera legítima, pero sin cumplir con los principios rectores. Aún cuando las empresas privadas sean quienes realicen las actividades, debe seguir siendo el Estado quien realice las consultas,²⁰ pues este tiene la obligación de garantizar el cumplimiento efectivo de los derechos de los ciudadanos.

Por otro lado, los sujetos consultantes serán las comunidades, comunas o pueblos indígenas y pueblos afroecuatorianos, pues el Ecuador, como estado plurinacional, reconoce el sistema ordinario y el sistema de derecho indígena. Se trata de una consulta diferente por la cosmovisión de las comunidades.

Además de aquello, la consulta debe realizarse a través de las instituciones propias u organizaciones representativas de acuerdo a mandato constitucional; por lo cual, los pueblos son los que definen la institución que gozará de legitimidad para realizar la consulta. Si la misma no se realiza con dichas instituciones, entonces no cumpliría con los requisitos que establece el Convenio 169 de la OIT.

Análisis jurisprudencial

Ante la falta de un desarrollo normativo significativo, la comprensión de la consulta previa se ha configurado principalmente a través de resoluciones judiciales de carácter constitucional y de derechos humanos. De esta forma han existido fallos trascendentales, que han marcado un antes y después en la aplicación de este instrumento de participación ciudadana.

El caso emblemático internacional resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Sarayaku vs Ecuador*,²¹ se considera un referente a nivel internacional en

15. Defensoría del Pueblo del Ecuador, 2011.

16. Convenio sobre Pueblos Indígenas y tribales en Países Independientes, Ginebra, 27 de junio de 1989

17. Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, Nueva York, 13 de septiembre del 2007.

18. Patricia Carrión, *Análisis de la consulta libre, previa e informada en el Ecuador*, (Quito: Carla Bonilla E, 2012), 26.

19. Defensoría del Pueblo del Ecuador, 2011.

20. Relator Especial de Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de los Indígenas, *Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas*, A/HRC/12/34 (Nueva York: ONU, 2009).

21. Sentencia de 27 de junio de 2012, 27 de junio de 2012, pág 99.

cuanto a la protección de los derechos propios de los pueblos indígenas. La sentencia, emitida en fecha 12 de junio de 2012, falló a favor del pueblo Sarayaku al haber encontrado al Estado ecuatoriano responsable de violentar su derecho a la consulta previa, libre e informada y a la integridad cultural, que terminó amenazando su tierra, vida y forma de organización.

A partir de la realización de un proyecto petrolero dentro de la zona habitada por el pueblo Sarayaku en la provincia de Pastaza, se dio lugar a la militarización de su territorio, la destrucción ambiental, violencia, persecución, agresiones e incluso la pérdida y deterioro de elementos sagrados en su cultura y cosmovisión. Se evidenció que la actividad petrolera tuvo como consecuencia no solo una pérdida para el pueblo en un ámbito territorial, sino que afectó también en el ámbito cultural. Su modo de vida fue modificado al haber perdido lugares significativos de manera espiritual, llegando a demostrar así el vínculo interrelacional entre la naturaleza y la identidad cultural de los pueblos indígenas.

Además, la corte enfatizó la relevancia de adoptar medidas de reparación integral, no solo en términos económicos, sino también en acciones que contribuyan a la preservación cultural, la restauración ambiental y la garantía de no repetición. Así impuso que se emitieran disculpas públicas y se realicen acciones de no repetición para evitar futuras violaciones similares.²²

Por otro lado, en cuanto a jurisprudencia nacional, la Corte Constitucional del Ecuador ha sido trascendental para delinear el alcance y la obligatoriedad de la consulta previa, libre e informada. En uno de sus primeros pronunciamientos, dicho tribunal sentó las bases para la aplicación de este derecho dentro de la sentencia N° 001-10-SIN-CC, dándole carácter de obligatorio, al ser un requisito ineludible antes de la ejecución de proyectos que versen sobre recursos no renovables dentro de territorio indígena. Además, enfatizó que la ausencia de un proceso de CPLI válido, vicia de nulidad cualquier acto administrativo o contrato que se derivara de dicha omisión.²³

Otro caso relevante para su análisis, es el resuelto en sentencia número 273-19-JP/22,²⁴ que desarrolló de manera exhaustiva este derecho colectivo. En cuanto a los hechos, la comunidad ancestral Cofán de Sinangoe se vio afectada por diversos proyectos de minería artesanal alrededor de su territorio en la provincia de Sucumbíos. La corte resolvió señalando que se habían vulnerado los derechos de la comunidad, tales como la consulta previa, la naturaleza, el agua, el medio ambiente sano, la cultura y el territorio. De esta manera, interpretó con detalle el contenido y alcance de la consulta previa, libre e informada, y estableció cinco elementos esenciales que el Estado debe respetar: 1) el carácter previo de la consulta; 2) la buena fe y la finalidad de llegar a un acuerdo; 3) la consulta adecuada y accesible; 4) el estudio de impacto ambiental; y 5) la consulta informada.

El Órgano Constitucional enfatiza en la obligación estatal de proporcionar la información y herramientas necesarias para el entendimiento del proyecto objeto de la consulta, que debe darse de manera oportuna y previa. Además, realza la importancia de entender a la consulta no como un simple consentimiento, sino como un diálogo en donde exista flexibilidad para modificar la propuesta inicial con base en las necesidades y propuestas propias de las comunidades, pueblos y nacionalidades.

22. Lizbeth Tatiana Guacho Yumisaca y Wilson Napoleón Del Salto Pazmiño, "Derecho de consulta libre e informada. Análisis de Sentencia CIDH 245 Pueblo Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador", *Código Científico Revista de Investigación* 5, n.o E3 (30 de abril de 2024): 869-91, <https://doi.org/10.55813/gaea/ccri/v5/ne3/349>.

23. Sentencia No. 001-10-SIN-CC", Casos No. 0008-09-IN y 0011-09-IN (Acumulados), Corte Constitucional del Ecuador 18 de marzo de 2010, pág. 54.

24. Corte Constitucional del Ecuador, "Sentencia No. 273-19-JP/22", *Caso Consulta previa en la comunidad A'í Cofán de Sinangoe*, 27 de enero de 2022, párr. 87.

Retos en la práctica: ausencia de regulación legal y violación al principio de reserva de ley

Uno de los principales desafíos para la implementación efectiva de la CPLI en Ecuador radica en la ausencia de una ley orgánica específica que la regule. A pesar de su reconocimiento constitucional y su desarrollo jurisprudencial, la falta de un marco legal detallado genera inseguridad jurídica y discrecionalidad en su aplicación. Esta situación ha llevado a que diferentes actores interpreten esta consulta de diversas maneras, dificultando la armonización de criterios y la coherencia en los procesos de consulta.

El Ejecutivo, extralimitándose de sus potestades, ha intentado regular esta figura erróneamente mediante decretos o acuerdos ministeriales, con lo cual ha vulnerado el principio de reserva de ley. Los artículos 133 y 134 de la CRE²⁵ establecen con claridad que la regulación del ejercicio de los derechos y garantías constitucionales corresponde de forma exclusiva a la Asamblea Nacional, elevándola incluso a la categoría de ley orgánica. En consecuencia, la expedición de una norma con rango de ley es la única vía adecuada para normativizar la CPLI, al tratarse de una garantía fundamental de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas. Incluso, a pesar de la orden expresa de la Corte Constitucional en la Sentencia N.º 38-13-IS/19, que dispuso a la Asamblea Nacional expedir en el plazo de un año un cuerpo legal orgánico para regular la consulta previa, la función legislativa ha mostrado una falta de interés en cumplir con este mandato.

En concordancia con lo señalado, han existido diferentes intentos por parte de la función ejecutiva por reglamentar de manera ilegítima el proceso referente a la consulta previa y quebrantar las potestades exclusivas del Legislativo. En 2012, se emitió el Decreto ejecutivo N° 1247 con el propósito de reglamentar la ejecución de la consulta previa libre e informada en los procesos de licitación y asignación de áreas y bloques hidrocarburíferos. Este generó alarma en organismos internacionales como la Comisión de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) de las Naciones Unidas, quien manifestó su preocupación por la emisión del decreto sin haber consultado a las comunidades indígenas, además de la limitación de un diálogo intercultural y consentimiento, pues se limitaba a una simple socialización. Por último, recomendó al gobierno ecuatoriano suspender la aplicación de este decreto, al no cumplir con los estándares internacionales vigentes.²⁶

Por otra parte, el Decreto N° 704 de mayo de 2023 buscaba reformar el reglamento al Código Orgánico del Ambiente. La Corte Constitucional lo declaró como inconstitucional en la sentencia No. 51-23-IN/23,²⁷ al considerar quebrantado el principio de reserva de ley, pues se buscaba regular a la consulta ambiental y la consulta previa libre e informada mediante un reglamento de ley y, a su vez, por confundir y tratar a ambos derechos como uno solo. Por último, el caso más reciente referente al Acuerdo Ministerial No. MEM-MEM-2024-0002-AM, emitido por el Ministerio de Energía y Minas, que aprueba el manual para la operativización de la consulta previa, libre e informada en la expedición de medidas administrativas sobre concesiones mineras. Frente a esta disposición, la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE) presentó una acción pública de inconstitucionalidad, argumentando que la norma vulnera el principio de reserva de ley y desconoce la consulta prelegislativa, al no haber incorporado el criterio de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas antes de su emisión.²⁸

25. Artículos 133 y 135, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

26. Defensoría del Pueblo, *Consentimiento libre, previo e informado en el Ecuador: Aportes al Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas* (Quito: Defensoría del Pueblo, 2018), 7-8.

27. Sentencia No. 51-23-IN/23", Corte Constitucional del Ecuador, "9 de noviembre de 2023, pág 77.

28. Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. 19-24-IN, 26 de abril de 2024, párr 8-10.

Conclusiones

La Constitución de la República y distintos instrumentos internacionales ratificados por el Estado ecuatoriano reconocen el derecho fundamental a una CPLI para comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas. Sin embargo, al indagar en la búsqueda de respuestas para la interrogante planteada en este trabajo es claro que esta herramienta de participación ciudadana carece de efectividad para su pleno ejercicio, debido a la falta de regulación legal específica y a las divergencias de criterio en cuanto a su interpretación dentro del sistema jurídico ecuatoriano. Pues, si bien la CPLI es reconocida como un derecho constitucional, el fenómeno de la reglamentación insuficiente impide su efectivo ejercicio, debido a que las normas no determinan procedimientos claros, plazos y etapas; o se encuentran de manera dispersa e insuficiente en normas ambientales, mineras o administrativas. Esto origina una consulta vista meramente como un trámite formal, sin reglas mínimas o uniformes, dando paso a que el Estado e incluso las empresas la interpreten de forma variable según el proyecto.

A pesar de la orden expresa de la Corte Constitucional, el Parlamento ha omitido expedir una ley orgánica exclusiva que regule la consulta previa, lo que ha generado inseguridad jurídica y la desatención de otros derechos colectivos de los pueblos indígenas, como la autodeterminación y la participación. La ausencia de mecanismos administrativos y sancionatorios eficaces que garanticen el cumplimiento íntegro de la CPLI convierte a esta figura en una mera formalidad. Si bien es posible acudir a la Corte Constitucional como órgano máximo de justicia en materia de derechos fundamentales, las acciones judiciales suelen presentarse de manera tardía, cuando los proyectos ya están en ejecución y resulta imposible prevenirlos. En tales casos, se recurre a medidas de reparación o indemnización, que en la mayoría de ocasiones no se cumplen o resultan insuficientes para compensar las pérdidas culturales y ambientales ocasionadas.

Además, se llega a evidenciar que la puesta en práctica de la CPLI la degrada a un procedimiento principalmente formal debido a que la consulta se llega a activar cuando decisiones sustantivas del proyecto ya han sido adoptadas. Por otro lado, no existe diálogo alguno o posibilidad de propuestas por parte de los consultados y, además, hay una errónea aplicación y confusión con otros mecanismos de participación ambientales, como incluso lo han llegado a hacer órganos con potestad normativa, como el Ejecutivo. A esto se suma un problema institucional estructural, pues el Estado actúa de forma simultánea tanto como regulador del proceso como interesado en su calidad de promotor de inversión, recaudador y, en ocasiones, beneficiario directo. Esta dualidad de funciones incentiva la idea de un sesgo formalista, pues se busca acortar tiempos y limitar su potencial deliberativo.

Bajo nuestro criterio, resulta indispensable la implementación de un órgano rector independiente, con autonomía funcional y presupuestaria. Esta autoridad autónoma de consulta estaría integrada por un consejo directivo con representación paritaria de los pueblos y nacionalidades, profesionales expertos en la materia, miembros de la sociedad civil y el Estado; o mediante organismos no gubernamentales garantistas de derechos humanos para evitar la politización. Más allá de ser un simple veedor, tendría potestades para asegurar el acceso a información y a asistencia técnico-jurídica independiente, además de monitorear el cumplimiento de lo acordado con registros públicos.

En el marco del reciente proceso constituyente en Chile se elaboró un informe que propone una figura equivalente, denominada *Agencias Reguladoras Independientes* (ARI). Estas serían entidades públicas especializadas, con autonomía orgánica, funcional y presupuestaria, encargadas de regular, autorizar y fiscalizar sectores de alta complejidad técnica, como el ambiental. Su diseño busca equilibrar dos riesgos: por un lado, la politización derivada de decisiones influenciadas por intereses gubernamentales coyunturales; y, por otro, una tecnocracia cerrada, sin experticia suficiente ni espacios de diálogo. Aunque la propuesta

surgió en el contexto constituyente y aún no ha sido implementada, podría convertirse en un referente interesante para la creación de normativa especializada en otros países.²⁹

Más allá de un ente de control independiente, una futura Ley Orgánica para la aplicación de la CPLI también debería regular las competencias y obligaciones de los sujetos consultantes, los derechos de los consultados y el procedimiento. Ruiz-Cedeño, Remache-Llanos y Caveda plantean mantener las fases previstas en los decretos ejecutivos: una etapa informativa, en la que se da a conocer el contenido del proyecto, se visita el lugar y se emplean los mecanismos necesarios; una etapa consultiva, que garantice el diálogo entre las partes y la realización de la asamblea de consulta sobre el proyecto; y, finalmente, una etapa de toma de decisiones, sustentada en los informes de sistematización de la fase consultiva y en la valoración de resultados, con lo cual se da por concluido el proceso. Así también, proponen que el procedimiento tenga una duración de 130 días, con la posibilidad de ampliarse a un promedio de 150–200 días. En consecuencia, toda futura ley destinada a regular la CPLI debe fundarse en principios esenciales como igualdad, buena fe, oportunidad, eficiencia administrativa y, de manera imprescindible, un enfoque intercultural que asegure el respeto a la diversidad cultural indígena y afroecuatoriana.

Asimismo, además de garantizar la integridad cultural, social y económica de los pueblos indígenas, la CPLI nace también como un instrumento de justicia ambiental, en tanto cumple con el deber primordial del Estado de proteger el medio ambiente. Así, la naturaleza al ser sujeto de derechos, mediante la participación ciudadana de sus defensores, hace valer sus garantías reconocidas.³⁰ Por consiguiente, se aseguran tanto los derechos humanos ambientales —como el acceso a un entorno sano y ecológicamente equilibrado— como otros bienes inherentes, entre ellos la integralidad. De ahí que el futuro de la democracia intercultural en Ecuador dependa de la capacidad estatal de superar una visión meramente extractivista y transitar hacia un modelo que materialice la autodeterminación de los pueblos. En tiempos de crisis, garantizar la CPLI no constituye solo una obligación jurídica, sino también una condición para la supervivencia cultural y ambiental.

29. Sofía Rivera Berkhoff y Ezio Costa Cordella, "Agencias reguladoras independientes en materia ambiental y la nueva Constitución de Chile," *Justicia Ambiental*, n.º 14 (2022): 349–376.

30. Joaquín López, *La consulta libre, previa e informada en el Ecuador*, (Quito: Centro de Derechos Económicos y Sociales – CDES, 2016), 29.

Referencias

- Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, Nueva York 13 de septiembre del 2007.
- Borja, Rodrigo. *Derecho Político y Constitucional*. Quito: Casa de la Cultura Ecuatoriana, 1999.
- Carrión, Patricia. *Análisis de la consulta libre, previa e informada en el Ecuador*. Quito: Carla Bonilla E, 2012.
- Castro, Mayuri. "Consulta previa, libre e informada". *Gk city*. 24 de noviembre de 2019. <https://gk.city/2021/11/11/consulta-previa-libre-informada-ecuador/>
- Caso No. 19-24-IN. Corte Constitucional del Ecuador. 26 de abril de 2024.
- Sentencia No. 001-10-SIN-CC. Casos No. 0008-09-IN y 0011-09-IN (Acumulados). Corte Constitucional del Ecuador. 18 de marzo de 2010.
- Sentencia No. 1149-19-JP/20. Corte Constitucional del Ecuador. 10 de noviembre de 2021.
- Sentencia No. 273-19-JP/22. Corte Constitucional del Ecuador. 27 de enero de 2022.
- Sentencia No. 51-23-IN/239 de noviembre de 2023.
- Sentencia de 27 de junio de 2012. Corte Interamericana de Derechos Humanos. 27 de junio de 2012.
- Defensoría del Pueblo del Ecuador. *Consentimiento libre, previo e informado en el Ecuador: Aportes al Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*. Quito: Defensoría del Pueblo, 2018.
- Defensoría del Pueblo del Ecuador. *La consulta previa, un derecho de participación*. Quito: Defensoría del Pueblo, 2011.
- Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449. 20 de octubre de 2008.
- Constitución Política de la República del Ecuador. Registro Oficial 1. 11 de agosto de 1998.
- Fajardo, Raquel Yrigoyen. "De La Tutela a Los Derechos De Libre Determinación Del Desarrollo, Participación, Consulta Y Consentimiento: Fundamentos, Balance Y Retos Para Su Implementación." *Amazónica - Revista De Antropología* 1, núm. 2 (19 de noviembre de 2009): 370- 405. <https://doi.org/10.18542/amazonica.v1i2.294>
- Guacho Yumisaca, Lizbeth Tatiana y Del Salto Pazmiño, Wilson Napoleón. Derecho de Consulta Libre E Informada. Análisis de Sentencia CIDH 245 Pueblo Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador». *Código Científico Revista de Investigación* 5, n.o E3 (30 de abril de 2024): 869-91. <https://doi.org/10.55813/gaea/ccri/v5/ne3/349>.
- Lopez, Joaquin. *La consulta libre, previa e informada en el Ecuador*. Quito: Centro de Derechos Económicos y Sociales – CDES, 2016.
- Organización Internacional del Trabajo. *Convenio sobre Pueblos Indígenas y tribales en Países Independientes*. 1989. https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_COD E:C169.
- Relator Especial de Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos y libertades fundamentales de los indígenas. *Informe del Relator Especial de Pueblos Indígenas al Consejo de Derechos Humanos*. 2009.

- Rivera Berkhoff, Sofía y Costa Cordella, Ezio. "Agencias reguladoras independientes en materia ambiental y la nueva Constitución de Chile" *Justicia Ambiental*, n.º 14 (2022): 349 - 376. <https://www.revistajusticiaambiental.cl/wp-content/uploads/2022/12/AGENCIAS-REGULADORAS-INDEPENDIENTES-EN-MATERIA-AMBIENTAL.pdf>
- Ruiz-Cedeño, Iván Alexander, Víctor Manuel Remache-Llanos, and Duniesky Alfonso Cavada. "La Consulta Previa, Libre e Informada: Sistematización, Histórica Y Normativa Para Su Perfeccionamiento, En El Contexto Ecuatoriano." *MQRInvestigar* 8, no. 4 (octubre de 2024). <https://doi.org/10.56048/mqr20225.8.4.2024.428-454>.
- Terra, Juan. "El Derecho de la Consulta Ambiental en el Ecuador". *Revista Latinoamericana de Derecho y Políticas Ambientales* 5, n.o 5 (2017): 132. https://www.academia.edu/36246649/El_Derecho_a_la_Consulta_Ambiental_en_el_Ecuador



VALENCIA ABOGADOS CIA.LTDA.
asesoría legal empresarial

El uso indebido de la acción extraordinaria de protección: ¿garantía constitucional o estrategia procesal?

The Misuse of Extraordinary Protection Measures: Constitutional Guarantee or Procedural Strategy?

Romina Sofía Cordero Terreros
cordero.romina@es.uazuay.edu.ec

Resumen

El presente trabajo tiene como objetivo analizar de manera exhaustiva la acción extraordinaria de protección (AEP) en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, desde su reconocimiento constitucional hasta el estudio de las causas que permiten su admisión como garantía jurisdiccional. A lo largo de esta reflexión se busca comprender su evolución y verdadero alcance. El principal enfoque del artículo se centra en indagar la desnaturalización de esta acción cuando es utilizada como recurso para corregir errores que corresponden ser analizados por la justicia ordinaria. Surge entonces la pregunta de si la AEP cumple realmente con el propósito para el cual fue creada —esto es, proteger los derechos reconocidos en la Constitución cuando han sido vulnerados por acción u omisión en decisiones judiciales— o si, por el contrario, se ha convertido en un medio para interferir con la celeridad procesal y dilatar el debido proceso.

Abstract

The objective of this work is to carry out an exhaustive analysis of the *acción extraordinaria de protección* (AEP) within the legal system of Ecuador; starting from its constitutional recognition to the study of the causes for which this jurisdictional guarantee can be admitted. The study seeks to clarify its evolution and true scope. The main emphasis of the article focuses on investigating the distortion of the action when it is presented as a resource to try to correct errors that must be analyzed by ordinary justice. This raises the question of whether the AEP is truly fulfilling the purpose for which it was created—namely, serving as a mechanism to protect constitutional rights when they have been violated by judicial acts or omissions—or whether it has become merely a tool to hinder procedural efficiency and delay due process.

Palabras clave

Garantía jurisdiccional, acción extraordinaria de protección, derechos constitucionales, Corte Constitucional, desnaturalización

Keywords

Jurisdictional guarantee, *acción extraordinaria de protección*, constitutional rights, Constitutional Court, denaturalization

Introducción

Las garantías constitucionales se crearon a partir de la necesidad de velar por los derechos de los ciudadanos y, por ende, garantizar el respeto al ordenamiento constitucional del Ecuador. Dentro de estas, las garantías jurisdiccionales se configuran como mecanismos secundarios que operan cuando un derecho constitucional ha sido vulnerado. Así lo reconoce también la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ratificada por el Ecuador, que en su artículo 45¹ establece que todos los ciudadanos tienen derecho a un recurso sencillo y eficaz que los ampare frente a cualquier acto que viole sus derechos fundamentales.

La Constitución de la República contempla a las garantías jurisdiccionales como mecanismos eficaces para proteger los derechos de los cuales los ciudadanos son titulares. De igual manera, el ordenamiento jurídico ecuatoriano ha previsto normar estas herramientas jurídicas dentro de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC), la cual fue creada con la finalidad de garantizar la eficacia y la supremacía constitucional.

En el Título II de la LOGJCC² se establece que las garantías jurisdiccionales de los derechos constitucionales constituyen mecanismos eficaces e inmediatos de protección de los derechos reconocidos tanto en la Carta Magna como en los instrumentos internacionales de derechos humanos. De igual manera, el artículo 6³ determina que la finalidad de estas garantías, además de salvaguardar los derechos en caso de cualquier vulneración, tiene como objeto ordenar la declaración de la violación de uno o varios de ellos, así como la reparación integral de las víctimas.

Por lo tanto, las garantías jurisdiccionales son herramientas jurídicas que el ordenamiento confiere a los individuos para tutelar sus derechos y, en caso de transgresión, asegurar su reparación de forma idónea e inmediata.

La acción extraordinaria de protección es una garantía jurisdiccional que busca reparar las vulneraciones que puedan sufrir los justiciables cuando sus derechos constitucionales han sido quebrantados dentro de una decisión judicial que ha adquirido firmeza o se encuentre ejecutoriada. Resulta fundamental precisar su naturaleza jurídica para evitar desviaciones y un uso desmesurado, en particular cuando se pretende interponerla con el único fin de corregir falencias de orden infraconstitucional que no configuran una vulneración a derechos constitucionales.

Reconocimiento constitucional de la acción extraordinaria de protección

Para poder comprender el alcance de la acción extraordinaria de protección es necesario detenerse en su instauración dentro del ordenamiento jurídico. La Constitución de la República de 1998 prohibía expresamente dentro del artículo 95⁴ que las decisiones judiciales sean susceptibles de una acción de amparo; así mismo el artículo 276⁵ ordenaba que las providencias de la Función Judicial no podían ser objeto de revisión por parte del Tribunal Constitucional. Esto se daba con el objeto de inadmitir cualquier injerencia de la justicia constitucional dentro las decisiones que tomaban los jueces ordinarios en los procesos judiciales. Sin embargo, varios constitucionalistas han estado en desacuerdo, por ejemplo, Grijalva⁶ afirma que “en un Estado Constitucional, justicia ordinaria y justicia constitucional son

1. Convención Americana sobre Derechos Humanos, San José, 22 de noviembre de 1969, art. 45.

2. Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Registro Oficial, 22 de octubre de 2009.

3. Ibid., artículo 6.

4. Artículo 95, Constitución Política de la República del Ecuador, Registro Oficial, 11 de agosto de 1998.

5. Ibid., art. 276.

6. Agustín Grijalva, *Constitucionalismo en Ecuador*, (Quito: Corte Constitucional del Ecuador para el Período de Transición, 2011), 268.

complementarias y guardan permanente comunicación". Es preciso señalar que dentro de un constitucionalismo moderno resalta el principio fundamental de supremacía constitucional, por lo que es necesario que las decisiones judiciales se encuentren alineadas a la Constitución y la protección efectiva de los derechos, y no se las perciba como un sistema aislado.

La Constitución del 2008 muestra un cambio paradigmático al incluir a la acción extraordinaria de protección como una garantía jurisdiccional. Esta acción fue instaurada con el objetivo de crear una suerte de amparo que proteja los derechos constitucionales que han sido vulnerados en decisiones judiciales. La Constitución establece la procedencia de la acción al disponer que esta opera cuando, mediante sentencias, autos definitivos o resoluciones con fuerza de sentencia, se han vulnerado derechos fundamentales de los justiciables.⁷

Por otro lado, es menester hacer un análisis crítico de las objeciones y críticas que se desataron bajo la aparición de esta garantía. A la acción extraordinaria de protección se la consideró como un instrumento capaz de vulnerar a la cosa juzgada al cuestionar una sentencia o resolución ya firme y afectar así la certeza e inmutabilidad de las decisiones judiciales; bajo este mismo enfoque, se la acusó de ser atentatoria contra la seguridad jurídica y la independencia judicial. No obstante, Molina y Zamora⁸ mencionan que la AEP de ninguna manera constituye una intromisión en las decisiones judiciales sino más bien permite un control de constitucionalidad. Como sostienen estos autores, esta garantía no representa una injerencia indebida en las competencias de las demás funciones, en lo cual se concuerda plenamente. Este razonamiento se robustece si consideramos que esta acción no tiene como objetivo revisar el fondo de las resoluciones judiciales desde un enfoque de legalidad, sino garantizar que dichas resoluciones respeten los derechos de los sujetos procesales comprendidos en ellas.

Naturaleza jurídica de la acción extraordinaria de protección

Como se ha señalado en líneas anteriores, la AEP es una garantía constitucional cuyo fin principal es proteger y reparar a los justiciables cuando sus derechos consagrados en la Carta Magna han sido vulnerados. Dentro del artículo 94 de la Constitución⁹ se determina que la AEP se interpone contra sentencias o autos definitivos en los que se haya vulnerado, ya sea por acción u omisión, derechos que han sido reconocidos por la Constitución. De igual manera, se resalta que esta acción solo procede una vez que se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios, limitando así su carácter residual.

Es importante analizar que la Carta Magna, en su artículo 437,¹⁰ establece ciertos requisitos para que los ciudadanos puedan presentar esta acción. El primero consiste en que se trate de sentencias, autos o resoluciones que se encuentren firmes o ejecutoriados. El segundo exige que el justiciable demuestre la vulneración de un derecho constitucional. La Norma Suprema enfatiza en particular la violación del derecho al debido proceso, el cual debe entenderse no solo como un derecho autónomo, sino también como garantía instrumental para la protección de otros derechos constitucionales y legales, como el derecho a la defensa. En este sentido, puede afirmarse que un proceso judicial solo será constitucionalmente válido si se desarrolla conforme al debido proceso. Sin embargo, aunque este derecho es uno de los fundamentos más invocados, sería erróneo afirmar que es el único objeto que esta acción busca proteger.

7. Artículo 94. Constitución de la República del Ecuador, 2008.

8. Luis Molina y Ana Zamora, "Naturaleza de la Acción Extraordinaria de Protección y su mal uso en el Ecuador", *Polo del Conocimiento* 6, n0 11 (2021): 1470-1495, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8219377>.

9. Artículo 94. Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 94.

10. Ibid., artículo 437.

Para abordar la naturaleza jurídica de esta acción, resulta trascendental reconocer que representa un límite constitucional a las posibles decisiones arbitrarias y en sí al ejercicio de la Función Judicial, cuando existen resoluciones que resultan alejadas del respeto hacia los derechos constitucionales de las partes dentro de un proceso. Por lo tanto, esta acción no busca ni intenta llegar a ser una nueva instancia sino aspira a amparar y reintegrar los derechos que hayan sido violentados.

Procedencia y requisitos de la demanda para interponer una acción extraordinaria de protección

Lo que se destaca de la AEP es que, al ser un procedimiento excepcional, se ejerce de forma inmediata frente a una afectación. Al analizar la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC), se advierte que contiene disposiciones que difieren en parte de la Constitución, pues procura que las garantías jurisdiccionales no se conviertan en trámites meramente formalistas, sino en instrumentos eficaces. Sin embargo, desde otra perspectiva, resulta apropiado que la LOGJCC establezca directrices más rigurosas para evitar un uso abusivo de la AEP o su indebida confusión con un recurso ordinario.

Desde esta perspectiva, la acción extraordinaria de protección debe ser concebida como un mecanismo flexible y eficaz, cuyo propósito sea garantizar la tutela inmediata de los derechos constitucionales. Si existe un formalismo excesivo podría obstaculizar el acceso a esta garantía y limitar la protección efectiva de quienes ven violentados sus derechos. No obstante, esta flexibilidad no debe entenderse como ausencia de control; resulta indispensable establecer criterios mínimos que eviten un ejercicio malicioso de la acción. Por lo tanto, debería haber un equilibrio que permita a la acción lograr su doble sentido: proteger los derechos fundamentales de manera eficiente y, asimismo, resguardar la integridad y la institucionalidad del sistema judicial.

Como se expuso con anterioridad, la Constitución consagra el objeto de la acción extraordinaria de protección al mostrarla como una eficaz garantía que busca custodiar a los ciudadanos cuando, dentro de un proceso judicial, sus derechos no solamente han quedado en indefensión, sino que han sido agraviados. De igual manera la LOGJCC, dentro del artículo 58, menciona que¹¹ la AEP procede cuando por acción u omisión se han vulnerado derechos constitucionales. Así, tanto en la Constitución como en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional el objeto de la acción es el mismo.

Como se detalló, la Constitución ha establecido únicamente dos requisitos para la procedencia de la acción: que en el juzgamiento se haya vulnerado el debido proceso u otros derechos constitucionales, y que se trate de sentencias, autos o resoluciones firmes o ejecutoriados, es decir, que hayan puesto fin al proceso al que acudieron las partes. Por su parte, la ley desarrolla una explicación más amplia y detallada sobre la admisibilidad de esta garantía.

En primer lugar, el artículo 59 de la LOGJCC¹² indica que cualquier persona o grupo de personas que han sido o han debido ser parte de un proceso pueden interponer esta garantía al contar con legitimación activa. De igual manera, la ley es clara al señalar que, para las personas que fueron parte del proceso, el término para accionar es de veinte días contados a partir de la notificación de la decisión judicial a la que se le atribuye la vulneración del derecho; mientras que, para quienes debieron ser parte de un proceso, el plazo se cuenta desde que tuvieron conocimiento de la decisión, lo cual resulta impreciso, ya que no se sabría con exactitud en qué momento el accionante tuvo conocimiento de la misma. Esto constituiría una carga procesal excesiva e incluso podría volverse impracticable exigir con determinación el momento en que se conoció del fallo judicial, lo que podría desnaturalizar la finalidad garantista de la acción extraordinaria de protección.

¹¹.Artículo 58. Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Registro Oficial, 22 de octubre de 2009.

¹².Ibid., art. 59.

En segundo lugar, es importante analizar los requisitos que debe contener la demanda, los cuales se encuentran establecidos en el Art. 61.¹³ El primer requerimiento es que la persona accionante establezca la calidad en la que comparece, esto con el objetivo de que se demuestre que quien interpone la acción es quien debía haber sido parte del proceso y es titular de un derecho fundamental infringido. Otro requisito que señala la ley es la constancia de que la sentencia o el auto esté ejecutoriado, lo cual resulta lógico desde el punto de vista en el que la acción es interpuesta de forma excepcional, asegurando que no se la utilice como una instancia o sustituya los recursos planteados en la ley. En esta misma línea, Grijalva señala:

El requisito tiene pleno sentido pues si hay un recurso legal pendiente contra la sentencia o auto, o si el término previsto para interponerlo no ha vencido, mal podría presentarse la acción extraordinaria pues la violación del derecho constitucional se consuma solo mediante sentencia o auto ejecutoriado.¹⁴

En este orden de ideas, no puede plantearse una AEP si no se ha dado fin al proceso y se ha obtenido una sentencia en la que se haya lesionado un derecho del accionante. Es un requisito indispensable demostrar el agotamiento de los recursos ordinarios y extraordinarios, a fin de acreditar que la AEP constituye una acción de carácter residual. No obstante, la LOGJCC establece que este requisito puede omitirse únicamente cuando los recursos interpuestos no resulten eficaces o adecuados para reparar la vulneración del derecho, o cuando la falta de interposición no sea atribuible a la negligencia del titular del derecho.

Otro requisito primordial por el cual cobra sentido esta garantía es la identificación precisa del derecho vulnerado en la resolución judicial, recordando que la violación del derecho hace referencia a uno reconocido por la Constitución. Es importante señalar que no basta con una vaga mención de los derechos, sino que se debe explicar cómo fueron vulnerados. Asimismo, es importante que se indique cual fue la judicatura o el tribunal que emitió la decisión.

Por último, hay que recordar que la Corte Constitucional también ha señalado en qué casos procede la acción. La Constitución ha recalado que las decisiones de la Corte tienen efecto vinculante¹⁵ y que las sentencias respecto de las garantías jurisdiccionales constituyen jurisprudencia obligatoria. En este sentido, la Sentencia No. 007-09-SEP-CC¹⁶ reconoce que la AEP nace y existe para garantizar la supremacía de la Constitución, resguardar el debido proceso y, en sí, el respeto a los derechos, y sobre todo para amparar y tutelar los derechos constitucionales que han sido afectados en un fallo judicial. De igual manera, la sentencia recalca que la acción procede cuando haya intervenido un órgano judicial; cuando se trate de sentencias o resoluciones firmes y ejecutoriadas; cuando el fallo haya causado un agravio y se hayan violado derechos consagrados en la Constitución o reconocidos en los tratados internacionales de derechos humanos; y cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios.

Análisis para la admisibilidad de la acción extraordinaria de protección

Para analizar cómo se admite la AEP, es necesario señalar que la competencia para decidir sobre su admisibilidad recae en el máximo intérprete de la Constitución, es decir, la Corte Constitucional y, en específico, en la sala de admisión. Debe destacarse, además, que existe

13.Ibid., art. 61.

14.Grijalva, *Constitucionalismo en Ecuador*, 279.

15.Se debe recordar que, tal como señala el artículo 429 de la Constitución, la Corte Constitucional representa el máximo órgano de control, interpretación y administración constitucional; y además una de sus atribuciones es expedir sentencias que constituyan una jurisprudencia vinculante.

Artículo 436, Constitución de la República del Ecuador, 2008

16.Sentencia No. 007-09-SEP-CC Corte Constitucional del Ecuador, 19 de mayo de 2009, 7-11,

una contradicción entre la Constitución y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Mientras que el artículo 94 de la Carta Magna establece que la acción debe interponerse directamente ante la Corte Constitucional, el artículo 62 de la LOGJCC¹⁷ dispone que debe presentarse ante la judicatura, sala o tribunal que emitió la decisión definitiva, instancia que notificará a la otra parte y remitirá el expediente a la Corte Constitucional en un plazo máximo de cinco días.

El artículo 62 también expresa qué debe verificar la sala de admisión para que proceda la acción, para lo cual cuenta con el término de 10 días. Estos requisitos se resumen en la existencia de un argumento claro acerca del derecho afectado, así como la relación del mismo con la resolución de una autoridad judicial. Es muy claro el artículo en indicar que los hechos que dieron lugar al proceso son irrelevantes como fundamento para presentar la acción si es que en el proceso no hubo una vulneración de un derecho constitucional. Además, se debe justificar la relevancia constitucional del problema jurídico y la pretensión, algo que tiene un enfoque encaminado a la trascendencia constitucional de manera objetiva. Por otro lado, el fundamento de la acción no puede sustentarse solamente en lo equivocado o injusto de la sentencia, así como tampoco en la falta o en la errónea aplicación de la ley en la apreciación que haya hecho el juez acerca de la prueba. Como requisito también se debe tomar en cuenta que debe presentarse dentro del término establecido (veinte días desde la notificación de la decisión judicial).

De igual manera, el artículo señala que esta acción no puede ejercerse en contra de decisiones del Tribunal Contencioso Electoral cuando se está en un período electoral, lo cual resulta bastante cuestionable ya que la Carta Magna no recoge dicha excepción y, sobre todo, no se justifica la razón por la que se deba excluir el control constitucional en dicho período. Como último requisito se menciona que, el admitir una AEP, debe permitir solucionar la afectación de derechos, instaurar precedentes judiciales, corregir la inobservancia de los precedentes que ya han sido establecidos por la Corte Constitucional y sentenciar solo asuntos que tengan una importancia nacional. Este último requisito es tan amplio, infundado e irrazonable porque puede ocasionar que la corte actúe arbitrariamente al no admitir acciones extraordinarias que, a su juicio, no presenten la relevancia nacional que se exige.

Desnaturalización de la acción extraordinaria de protección

Después de todo este análisis, es inequívoco señalar que el verdadero objeto y la razón de ser de la acción consisten en proteger los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos frente a cualquier vulneración que, por acción u omisión, pueda ocasionar un juez dentro de una sentencia o auto definitivo. Erazo et al. afirman que “la AEP tiene como fin la protección de derechos reconocidos en la Constitución y en el debido proceso, cuando por acción u omisión una autoridad judicial lesione algún derecho establecido en la Constitución.”¹⁸ Por lo tanto, esta acción funciona como un mecanismo que garantiza la supremacía constitucional y salvaguarda el debido proceso, así como todos los derechos constitucionales en sí, cuando son amenazados e inobservados por los jueces.

Sin embargo, en la actualidad, ha habido un ejercicio abusivo de esta acción y sobre todo una tergiversación acerca del fin que persigue, al concebirla como una instancia adicional para corregir presuntos errores de índole legal. Peralta afirma que “el problema que plantea la acción extraordinaria de protección en la actualidad es que sea utilizado de manera ex-

17.Ibid., art. 62.

18.Juan Erazo et al., “La desnaturalización de la acción extraordinaria de protección en la práctica judicial ecuatoriana”, *Revista Arbitrada de Ciencias Jurídicas* 1, n0 8 (2020), <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7408570>

cesiva como un recurso de apelación encubierto.”¹⁹ Esto puede responder por qué muchos profesionales del derecho han pretendido corregir errores que puede tener una decisión judicial, pero que no corresponden a una vulneración de un derecho constitucional.

Como se ha reiterado en líneas anteriores, esta acción reviste un carácter residual y la esencia de esta garantía jurisdiccional es la rapidez con la que debe operar ya que busca, por medio de una vía extraordinaria, proteger un derecho constitucional que ha sido afectado por un juez en su ejercicio jurisdiccional y plasmado en una resolución que tiene firmeza o está ejecutoriada. No es posible confundir esta acción con un recurso o con una instancia destinada a corregir asuntos propios de la justicia ordinaria, como inconsistencias o fallos de carácter legal. Incluso se puede llegar a pensar que esta desnaturalización puede haberse generado por la contradicción de términos que se encuentran tanto en la Constitución como en la LOGJCC, al referirse a esta garantía como un “recurso”.²⁰

Un uso abusivo de la AEP desnaturaliza su finalidad, afectando a quienes acuden legítimamente a este mecanismo por ver vulnerados sus derechos. De igual manera, al plantear acciones sin fundamento, se satura y colapsa la carga laboral de los jueces que conforman la Corte Constitucional y se consigue un ineficaz trabajo de los mismos.²¹ Peralta menciona que, actualmente hay una extralimitación en la utilización de la acción e incluso se la confunde con el recurso de casación, usándola para cuestionar la interpretación o aplicación de la ley.²²

Todo lo expuesto refleja un problema latente y estructural. Al usar de forma indebida esta garantía y concebirla de forma errónea, se desnaturaliza completamente su núcleo esencial y se compromete su finalidad. Esta distorsión no solo afecta a la legitimidad de la acción, sino que también debilita la confianza en la efectividad y eficacia de las garantías constitucionales dentro del ordenamiento.

También es importante reconocer que, de manera coincidente, la Corte Constitucional dentro de su sentencia 785-13-EP/ 19²³ ha señalado que si se plantea una AEP por un desacuerdo con una decisión que haya emitido un órgano jurisdiccional, se estaría desnaturalizando el carácter excepcional de la acción extraordinaria. Por lo tanto, sería errado alegar a través de una garantía jurisdiccional, ya que la Corte Constitucional no puede ser considerada como una instancia más. Este criterio establecido por la corte demuestra nuevamente la naturaleza extraordinaria de la acción, al reconocer que no puede ser planteada cuando haya una mera discrepancia con una decisión emitida por un juez.

En el mismo sentido, la sentencia 378-16-SEP-CC²⁴ indica que los conflictos que pueden ser generados por una aplicación errónea o una mala interpretación de las disposiciones normativas que no tienen un rango constitucional, no pueden ser conocidos por la justicia constitucional a través de una garantía jurisdiccional. Esto se debe a que para aquellos conflictos existen unos intérpretes normativos competentes. En definitiva, la corte señala que no se puede acudir, ni mucho menos saturar, a la justicia constitucional con argumentos improcedentes para proponer una acción extraordinaria de protección.

Por último, es crucial hacer un análisis del último Informe de Rendición de Cuentas de la Corte Constitucional, donde se demuestra que más del 62 % de las decisiones emitidas por

19.Cristian Peralta, “La acción extraordinaria de protección y su desnaturalización procesal en la justicia constitucional del Ecuador”, *Revista Pertinencia Académica* 8, n0 4 (2024), <https://revistas.utb.edu.ec/index.php/rpa/article/view/3211>.

20.Verbigracia el artículo 94 de la Constitución al referirse a la procedencia de la acción extraordinaria de protección menciona que el “recurso” procede cuando se han agotado los recursos ordinarios y extraordinarios. Asimismo, el artículo 62 de la LOGJCC en su numeral 8 menciona que el admitir un “recurso” extraordinario de protección debe permitir solventar una vulneración grave de derechos.

21.Se debe considerar que únicamente nueve jueces conforman e integran la Corte Constitucional.

22.Ibid., 24.

23.Sentencia 785-13-EP/19”, Corte Constitucional del Ecuador, 23 de octubre de 2019.

24.Sentencia 378-16-SEP-CC, Corte Constitucional del Ecuador 29 de noviembre del 2016, 12,

la misma corresponden a la acción extraordinaria de protección. No obstante, también se señala que del total de causas que ingresaron el 90,9 % fueron inadmitidas.²⁵ Lo expuesto lleva a la conclusión de que existe un uso abusivo y mal fundado de la acción extraordinaria de protección porque no existe un sustento en la vulneración de un derecho constitucional que justifique y explique la interposición de esta acción.

Conclusión

El análisis integral de la acción extraordinaria de protección, desde su reconocimiento dentro del ordenamiento jurídico hasta su naturaleza jurídica y procedencia, permite constatar que, en la práctica, esta garantía ha sido desvirtuada. Su aplicación indebida y uso excesivo la alejan de su principal finalidad de proteger de manera efectiva los derechos constitucionales y comprometen su carácter excepcional, lo que termina debilitando su legitimidad y eficacia dentro del sistema jurídico. Es precisamente esta tergiversación la que revela una verdad incómoda pero innegable: la acción extraordinaria de protección, tal como se la emplea, ya no busca salvaguardar derechos, sino que se ha transformado en una vil herramienta dilatoria dentro de los procesos judiciales.

²⁵Informe Rendición de Cuentas, Corte Constitucional del Ecuador, 2023,

Referencias

- Convención Americana sobre Derechos Humanos. 1969. <https://www.oas.org/es/cidh/man-dato/documentos-basicos/convencion-americana-derechos-humanos.pdf>.
- Corte Constitucional del Ecuador. Informe Rendición de Cuentas. 2023. https://esacc.corte-constitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcnBldGE6lCJ3YnByb3YyMDIzliwg-dXVpZDoiZWVjZmE4ZTktdDlyMy00MGViLWlxMjMtMzkwN2QyOGYyYWExLnBkZij9.
- Corte Constitucional del Ecuador. "Sentencia No. 007-09-SEP-CC ". *Caso: 0050-2008-EP*, 19 de mayo de 2009. <http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/b474e872-a08c-4fce-86c1-1ff0bde9fb4a/0050-08-EP-res.pdf>.
- Corte Constitucional del Ecuador. "Sentencia 378-16-SEP-CC". *Caso n0 0445-13-EP*. 29 de noviembre del 2016. <http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/7365771e-cb71-4eb6-b975-1fdbbd978f62/0445-13-ep-sen.pdf?guest=true>.
- Corte Constitucional del Ecuador. "Sentencia 785-13-EP/19". *Caso 785-13-EP*. 23 de octubre de 2019. [http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/97991602-9997-496e-a0d1-aff29c5968fe/785-13-ep-19_\(0785-13-ep\)_razon-sent.pdf?guest=true](http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/97991602-9997-496e-a0d1-aff29c5968fe/785-13-ep-19_(0785-13-ep)_razon-sent.pdf?guest=true).
- Ecuador. *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial. 20 de octubre de 2008.
- Ecuador. *Constitución Política de la República del Ecuador*. Registro Oficial. 11 de agosto de 1998.
- Ecuador. *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Registro Oficial. 22 de octubre de 2009.
- Erazo Juan, Narváez Cecilia, Pozo Enrique y Zhindón Jhony. "La desnaturalización de la acción extraordinaria de protección en la práctica judicial ecuatoriana". *Revista Arbitrada de Ciencias Jurídicas* 1. n0 8 (2020). La desnaturalización de la acción extraordinaria de protección en la práctica judicial ecuatoriana - Dialnet.
- Grijalva, Agustín. *Constitucionalismo en Ecuador*. 1era ed. Quito: Corte Constitucional del Ecuador para el Período de Transición, 2011. http://bivice.corteconstitucional.gob.ec/bases/biblo/texto/Constitucionalismo/Constitucionalismo_en_Ecuador.pdf.
- Molina Luis y Zamora Ana. "Naturaleza de la Acción Extraordinaria de Protección y su mal uso en el Ecuador". *Polo del Conocimiento* 6, n0 11 (2021): 1470-1495. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8219377>.
- Peralta, Cristian. "La acción extraordinaria de protección y su desnaturalización procesal en la justicia constitucional del Ecuador", *Revista Pertinencia Académica* 8, n0 4 (2024), Vista de La acción extraordinaria de protección y su desnaturalización procesal en la justicia constitucional del Ecuador.

PALACIOS &
ASOCIADOS
A B O G A D O S

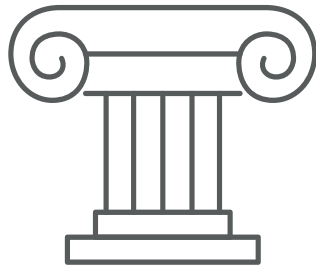


OZC Estudio Jurídico

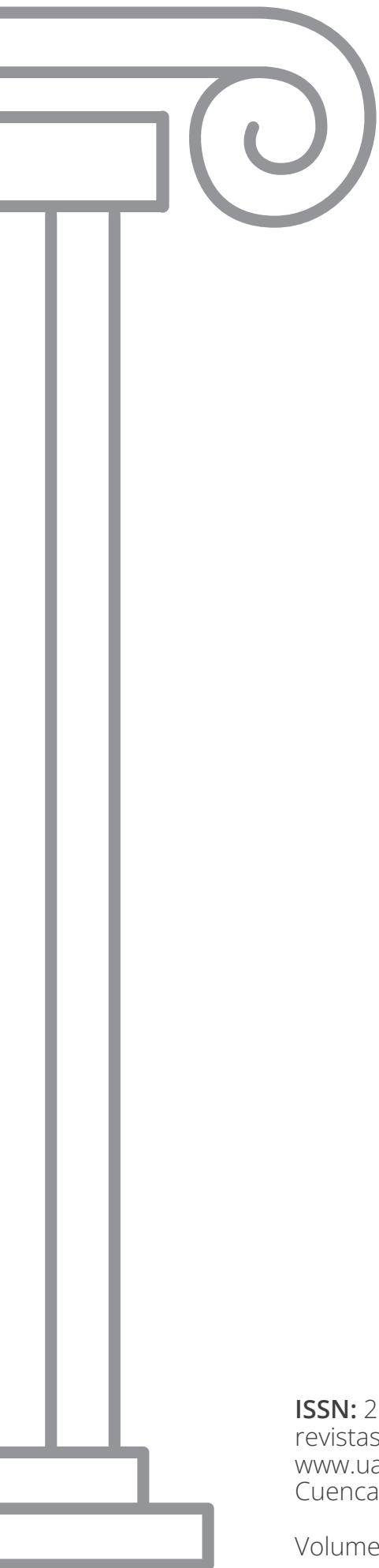


CANDO ABOGADOS

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 2, noviembre 2025



UNIVERSIDAD
DEL AZUAY

Casa
Editora



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

 UDA Law Review

 UDA Law Review