



UNIVERSIDAD
DEL AZUAY



UDA LAW REVIEW

Número 1

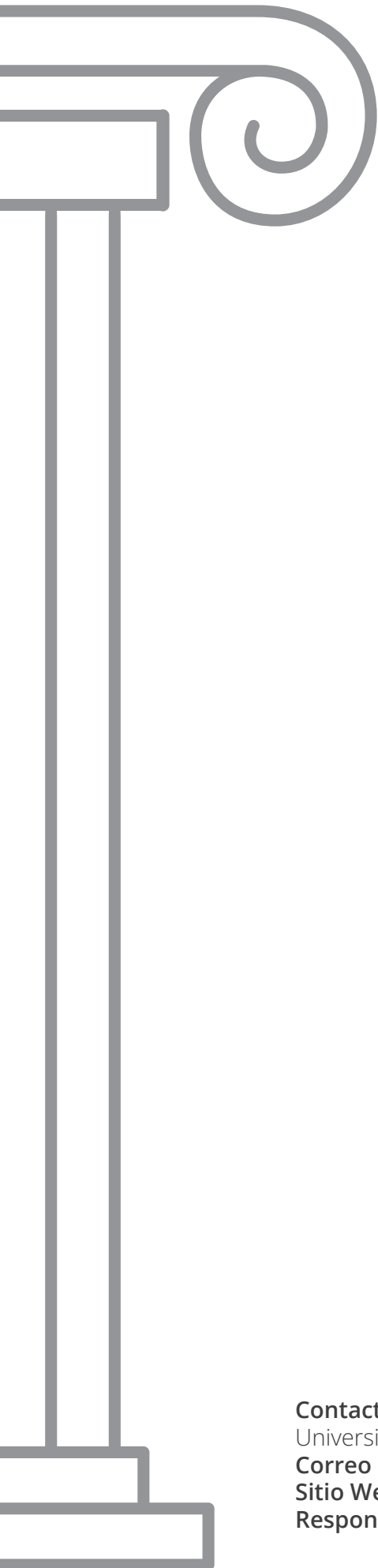
- MAYO 2026 -

ISSN 2806-5891



UDA
LAW REVIEW

Número 1



Contacto y Correspondencia Dirección: Facultad de Ciencias Jurídicas,
Universidad del Azuay. Av. 24 de Mayo 7-77, Cuenca, Ecuador.

Correo electrónico editorial: udalawreview@uazuay.edu.ec

Sitio Web: revistas.uazuay.edu.ec/index.php/udalawreview

Responsable Editorial: Mateo Polo Fajardo, Editor en Jefe.

Presentación

UDA Law Review es una revista científica gestionada por estudiantes de la Escuela de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Azuay. Consolidada como un espacio de vanguardia para la investigación jurídica, nuestra publicación tiene como misión principal el fomento del pensamiento crítico y la excelencia académica mediante el arbitraje riguroso de trabajos que dialogan con las transformaciones del Derecho contemporáneo.

La revista mantiene una periodicidad semestral (mayo y noviembre) y opera bajo un estricto sistema de arbitraje por pares ciegos (*double-blind peer review*), asegurando la calidad científica, la originalidad y la relevancia de cada contribución. En este nuevo ciclo, la revista ha dado un salto cualitativo hacia la profesionalización editorial, implementando estándares internacionales de interoperabilidad y visibilidad técnica.

Entre los logros más destacados de este semestre, nos complace anunciar la asignación y activación de identificadores persistentes **DOI (Digital Object Identifier)** para todos nuestros artículos. Este avance garantiza la trazabilidad y la preservación digital de la producción científica de nuestros autores en la red global de conocimiento. Asimismo, la **UDA Law Review** ha sido oficialmente indexada en Dialnet, uno de los portales bibliográficos más importantes de Iberoamérica, y ha logrado su integración en repositorios internacionales de alto impacto como **CORE, Scilit** y **OpenAlex**.

En coherencia con su compromiso con la integridad científica y la democratización del conocimiento jurídico, **UDA Law Review** se adhiere a los lineamientos éticos del **Committee on Publication Ethics (COPE)** y a los principios de la **Declaración de San Francisco sobre la Evaluación de la Investigación (DORA)**. Todos los artículos de este volumen se publican bajo una licencia **Creative Commons Atribución-No-Comercial-CompartirIgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0)**, lo que permite el acceso abierto total a través de nuestra plataforma OJS reafirmando nuestro compromiso con la democratización del saber jurídico, garantizando que tanto la publicación como la lectura de nuestros contenidos sean gratuitas. Para potenciar la accesibilidad, este volumen inaugura la oferta de artículos en múltiples formatos de edición, incluyendo **HTML** junto al tradicional PDF, facilitando la consulta desde cualquier dispositivo y mejorando la indexación en motores de búsqueda académicos.

Además de formar parte de la Red de Repositorios de Acceso Abierto del Ecuador (RRAE) y de la Red de Editores y Revistas Científicas Ecuatorianas (RERCIE), la revista fortalece su apertura editorial mediante un **Comité Científico Internacional** que avala la solvencia académica de este proyecto.

En esta edición de mayo de 2026, la **UDA Law Review** invita a la comunidad jurídica a explorar artículos que trascienden la descripción normativa para adentrarse en el análisis de la racionalidad jurídica, la interdisciplinariedad y los desafíos globales de la justicia. Con cada página, renovamos nuestra vocación de ser el referente académico de una nueva generación de juristas comprometidos con el rigor y la innovación.



**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

Mateo Sebastián Polo Fajardo
Editor en Jefe

Yara Anahí Vanegas Arízaga
Editora Senior

Emilio José López García
Editor Senior

Martín Alejandro Castro Reinoso
Editor Junior

Doménica Janeth Gordón Reyes
Editora Junior

Emilio José Abad García
Editor Junior

Manuel Andrés Durán Fernández
Asistente de Comité

**COMITÉ ACADÉMICO Y
PARES EVALUADORES**

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. Esteban Coello Muñoz
Dr. Javier Cordero López
Dr. Pablo Galarza Castro
Dr. Damiano Scotton
Dr. Esteban Polo Pazmiño
Dr. Sebastián López Hidalgo
Dr. Sergio Cando Shevchukova
Dr. Guillermo Ochoa Rodríguez
Dra. Verónica Hernández Muñoz
Dr. Nicolás Díaz Torrez
Dr. Boris Barrera Crespo
Dr. Enrique Terán
Dr. José Francisco Chalco Salgado
Dr. Juan David Vicuña Matovelle
Dr. Diego Jadán Heredia
Dr. Santiago Jara Reyes

**COLABORADORES DEL
NÚMERO DE LA REVISTA**

Bryan Steven Silva Guamushig
Emilia Doménica Pérez Sánchez
Felipe José Palacios Quezada
Anabel Carolina Sacasari Haro
Josué Andrés Solís Verdugo
Thamir Tannert Peña
Chistian Camilo Garcia Reyes
Carlos Correa Garcia
Leonardo Delgado Díaz
Dario Xavier Alejandro Ruiz
David Alejandro Robledo Abendaño
Ximena Fernanda Vélez Castillo
Leonardo David Mogrovejo Barrera

CORRECCIÓN DE ESTILO | Camila Peña

**DIAGRAMACIÓN Y
DISEÑO DE PORTADA** | Fernando León Guerrero
Casa Editora de la Universidad del Azuay

e-ISSN | 2806-5891

IMPRESIÓN | PrintLab de la Universidad del Azuay



Cuenca , mayo del 2026

Contenido

- | | | |
|--------|----------|--|
| 13-26 | 1 | El control concreto de constitucionalidad por consulta judicial en Ecuador: límites entre la supremacía constitucional y la interpretación pro homine
Bryan Steven Silva Guamushig |
| 29-39 | 2 | Control previo y fortalecimiento institucional en el Ecuador: análisis jurídico, diagnóstico operativo y propuesta comparada de rediseño
Emilia Doménica Pérez Sánchez |
| 41-57 | 3 | Debido proceso y control del gasto público: modelos comparados y alternativas institucionales para el Ecuador
Felipe José Palacios Quezada |
| 59-72 | 4 | Derecho al silencio en materias no penales en el Ecuador: una polémica posición
Anabel Carolina Sacasari Haro |
| 75-85 | 5 | La pena: un análisis desde el deber ser normativo en confrontación con su realidad práctica
Josué Andrés Solís Verdugo |
| 87-107 | 6 | La teoría de la argumentación jurídica en el Tribunal Constitucional del Perú: análisis de los estándares de motivación judicial desde Alexy y Atienza
Thamir Tannert Peña |

- 109-121 | **7** Regulación con enfoque de derechos de los determinantes comerciales de la salud en América Latina: interés público y protección de grupos vulnerables
Chistian Camilo García Reyes
- 123-141 | **8** ¿Qué significa “excepcional” según el artículo 316 de la Constitución? (Y por qué la Corte Constitucional se equivocó al interpretarlo en la Sentencia 112-21-IN/25)
Carlos Correa García
- 143-161 | **9** Ocaso del monismo penal: justicia indígena y restaurativa en el caso didáctico Ñukanchik Kawsay
Leonardo Delgado Diaz
- 163-174 | **10** Precios predatorios y abuso de posición dominante en Ecuador: límites probatorios y eficacia institucional
Dario Xavier Alejandro Ruiz
David Alejandro Robledo Abendaño
- 175-187 | **11** La comunidad de la prueba en Ecuador: entre el vacío normativo, la doctrina procesal y la práctica judicial
Ximena Fernanda Vélez Castillo
Leonardo David Mogrovejo Barrera





UDA LAW REVIEW

Número 1

CON EL APOYO DE:



PBP Pérez
Bustamante
& Ponce

TENEMOS LA EXPERIENCIA

El control concreto de constitucionalidad por consulta judicial en Ecuador: límites entre la supremacía constitucional y la interpretación pro homine

Concrete Constitutional Review Through Judicial Consultation in Ecuador: Limits Between Constitutional Supremacy and Pro Homine Interpretation

Bryan Steven Silva Guamushig*
<https://orcid.org/0000-0003-0761-9992>

Fecha de recepción: 26 de diciembre de 2025

Fecha de aceptación: 15 de marzo de 2026

Resumen

El presente artículo examina el control concreto de constitucionalidad mediante consulta judicial en Ecuador, reconocido en el artículo 428 de la Constitución y el artículo 141 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Su objetivo es analizar las tensiones que surgen entre la supremacía constitucional y el principio de favorabilidad de los derechos humanos. Este análisis cobra especial relevancia cuando los jueces ordinarios elevan consultas ante la Corte Constitucional invocando el bloque de constitucionalidad para que esta se pronuncie sobre la constitucionalidad de una norma en un caso concreto. Mediante un enfoque cualitativo de análisis doctrinal y jurisprudencial, el estudio identifica que dicho mecanismo busca garantizar una aplicación compatible con la Constitución y una interpretación *pro homine*. Sin embargo, en la práctica genera una reinterpretación extensiva y discrecional capaz de desconocer la voluntad del constituyente.

Los principales hallazgos revelan que para que un juez *a quo* utilice dicho mecanismo, no basta con la mera enunciación de la norma presumiblemente contraria, sino que este debe motivar su duda razonable evitando desnaturalizar dicho mecanismo. Asimismo, se evidencia que la Corte tiende a declarar la inconstitucionalidad de una norma cuando ésta vulnera derechos fundamentales o el debido proceso, mientras que la declara constitucional cuando resulta compatible con principios generales del derecho procesal. El trabajo concluye que, si bien a través del control concreto de constitucionalidad se busca preservar la supremacía constitucional y una efectiva tutela de derechos, esta no debe convertirse en una vía rutinaria de reinterpretación normativa.

Abstract

This article examines concrete constitutional review through judicial consultation in Ecuador, as established in Article 428 of the Constitution and Article 141 of the Organic Law on Jurisdictional Guarantees and Constitutional Control. Its objective is to analyze the tensions arising between constitutional supremacy and the favorability principle of human rights. This is particularly relevant when ordinary judges refer norms to the Constitutional Court by invoking the block of constitutionality and conventionality control to seek a ruling on a specific case.

*Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Investigador jurídico independiente en derechos humanos, con experiencia en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Centro por la Justicia y el Derecho Internacional – CEJIL). Correo electrónico: bssilva@puce.edu.ec

Through a qualitative approach based on doctrinal and jurisprudential analysis, the study finds that this mechanism aims to ensure an application compatible with the Constitution and a *pro homine* interpretation. However, in practice, it tends to produce an extensive and discretionary reinterpretation capable of disregarding the will of the constituent assembly. The main findings reveal that merely citing a presumptively unconstitutional norm is not sufficient for the referring judge. The judge must adequately provide the grounds for their reasonable doubt to avoid distorting the nature of the procedure.

Likewise, the analysis shows that the Constitutional Court tends to declare the unconstitutionality of a norm when it violates fundamental rights or due process. Conversely, it upholds the norm when it is generally compatible with procedural principles of law. The article concludes that, although concrete constitutional review seeks to preserve constitutional supremacy and effective rights protection, it must not become a routine avenue for normative reinterpretation.

Palabras clave:

control concreto de constitucionalidad, interpretación constitucional, consulta judicial de norma, Corte Constitucional del Ecuador, supremacía constitucional

Keywords:

concrete constitutional review, constitutional interpretation, judicial consultation, Constitutional Court of Ecuador, constitutional supremacy

1. Introducción

Existen diversos mecanismos para garantizar el respeto y la supremacía de la Constitución ecuatoriana, entre ellos, el control concreto de constitucionalidad. Particularmente, este tipo de control opera frente a consultas formuladas por un juzgador *a quo* ante la Corte Constitucional. En esencia, lo que se busca es habilitar un diálogo interinstitucional entre la jurisdicción ordinaria y el máximo órgano de justicia e interpretación constitucional, con el objetivo común de mantener uniformidad dogmática de la norma suprema.

Sin embargo, en ocasiones esta labor pareciera distorsionarse. Esto ocurre, principalmente, al incorporar nuevas interpretaciones constitucionales ajenas al espíritu con el que fue creada una determinada norma (finalidad teleológica), bajo la justificación de una aparente mayor favorabilidad de los derechos humanos. De ahí que, este mecanismo de consulta requiera de ciertas limitaciones dirigidas hacia los juzgadores. Todo ello, a fin de que la consulta judicial no sea indebidamente desnaturalizada y, en consecuencia, atente contra la seguridad jurídica. Dicha atribución —transversal a toda causa—, deviene de la duda razonable y motivada acerca de la constitucionalidad de la norma aplicable para la resolución de un caso.

Así, a partir del artículo 428 (inciso primero) de la Constitución ecuatoriana, se identifican tres momentos que todo juez debe agotar antes de elevar una consulta de norma. Este proceso implica reconocer la norma aplicable al caso, determinar si su aplicación resuelve el problema jurídico concreto y definir si la disposición contraría derechos constitucionales o el bloque de constitucionalidad.

Sin embargo, este ejercicio supondría —utópicamente— concebir que todo juzgador, sin importar la materia sobre la cual ejerce jurisdicción, conoce íntegramente los instrumentos internacionales de derechos humanos. Asimismo, se asume que es capaz de determinar en cuáles tratados tales derechos resultan más favorables que los reconocidos en la Constitución ecuatoriana, sin perjuicio de la observancia al principio *iura novit curia*.

Bajo esta problemática, entonces, se plantea un breve aporte crítico y reflexivo sobre la practicidad del control concreto de constitucionalidad, a propósito de los recientes pronunciamientos de la Corte Constitucional. Todo ello, a fin de identificar si se continúa subordinando la voluntad del legislador por la preeminencia de los derechos reconocidos convencionalmente, seleccionando cuatro sentencias dictadas durante los primeros meses de 2025 (sentencias Nos. 49-21-CN/25, 9-23-CN/25, 20-24-CN/25 y 38-21-CN/25).

Dichas sentencias, por tanto, fueron seleccionadas metodológicamente por su relevancia temática y por constituir casos paradigmáticos y recientes, disponibles en materia de consulta judicial. Además porque permiten observar las tendencias actuales en la aplicación de dicho mecanismo. El análisis esquematiza cada sentencia en tres aristas, a saber: (a) norma cuestionada; (b) motivación de la consulta; y, (c) decisión de la Corte. A partir de ello, se hace un examen crítico sobre los patrones decisorios identificados en aplicación de los métodos de interpretación constitucional previstos en el art. 427 de la CRE y art. 3 de la LOGJCC.

La necesaria relación del bloque de constitucionalidad y el control de convencionalidad

Podemos afirmar que, en Ecuador, los derechos que no constan en la Constitución pueden incorporarse por dos vías. Estas son la remisión expresa a los instrumentos internacionales y el reconocimiento de los derechos innominados, entendidos como aquellos derivados de la dignidad y necesarios para el desenvolvimiento pleno de sus titulares.¹ La jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador para el Período de Transición lo recoge así:

1. Corte Constitucional del Ecuador, "Sentencia No. 11-18-CN/19 (Matrimonio igualitario)", *Caso No. 11-18-CN*, 12 de junio de 2019, párr. 138.

[S]e entiende por “bloque de constitucionalidad” el conjunto de normas que no constando en la Constitución formal, o sea en el texto preparado por la Asamblea Constituyente y aprobado por el pueblo en el referéndum, forman parte de esta porque la misma Constitución les reconoce ese rango y papel y, por lo que se relaciona con los derechos humanos, las listas que contengan estas normas hay que sumar a la lista constitucional.²

La doctrina³, por su parte, afianza dicho bloque de constitucionalidad en el contexto latinoamericano con relación al principio de aplicación directa de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos.⁴ Empero, esto no quiere decir que la jurisdicción sea cedida en su totalidad por un Estado, sino que es a través de la ratificación de convenios en materia de derechos humanos, que tales normas se incorporan al ordenamiento jurídico. Esto sucede con la Constitución boliviana y guatemalteca, a modo de ejemplificación.⁵ Por su parte, cabe recalcar que el Estado es el “único capaz de interpretar oficialmente tal instrumento, lo que no equivale a prorrogar jurisdicción y mucho menos, a ceder soberanía”.⁶

En ese sentido, Ecuador, se apeg a las últimas tendencias del conocido constitucionalismo contemporáneo. El mismo propone transformar un sistema jerarquizado y piramidalmente cerrado de sus normas hacia un sistema jurídico más dinámico y flexible, valorando el contenido axiológico de sus normas sin dejar de lado su posición formal.⁷

De esta manera, la norma pareciera ir adquiriendo una vocación humanista que busca garantizar niveles mínimos de una vida digna. Esto se da en consecuencia con el principio *in dubio pro persona* y de progresividad de los derechos humanos.⁸

Cabe mencionar, asimismo, que el reconocimiento constitucional del bloque de constitucionalidad podría llevar a la apresurada conclusión de creer que no se observaría el principio de legalidad.⁹ No obstante, no es sino a través del principio de supremacía constitucional y por remisión directa de la Constitución que se deja abierta la posibilidad de incorporar nuevos derechos que protejan, de manera más favorable, a sus ciudadanos. En concordancia con lo último dicho, resuena el principio de igual jerarquía de derechos, recogido en el Art. 11 núm. 6 de la Constitución de la República del Ecuador¹⁰ (en adelante, Constitución o CRE).

En tal orden, podemos llegar a enfatizar la teoría del bloque de constitucionalidad en Latinoamérica, siendo que:

En efecto, en materia de derechos humanos no basta con establecer garantías jurisdiccionales tendientes a su tutela judicial efectiva, tampoco corresponde mantener la antigua y anacrónica división

2. Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia No. 001-10-SIN-CC [voto salvado]”, *Caso No. 0008-09-IN y 0011-09-N (acumulados)*, 18 de marzo de 2010, p. 85.

3. La doctrina funciona como medio auxiliar que permite dar orientación a las reglas del derecho en concordancia al Art. 38 núm. 4 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

4. Nowak, Manfred, *Introducción al Régimen Internacional de los Derechos Humanos* (Viena: Raoul Wallengberg Institute y Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2010), 53.

5. Silva, Bryan, “La cláusula abierta en la Constitución Ecuatoriana (2008): ¿Un enfoque práctico para proteger la dignidad y los derechos fundamentales?”, *Revista Justicia(s)* 3 no. 2 (2024): 96. doi: <https://doi.org/10.47463/rj.v3i2.135>

6. Zambrano, Diego, “La acción por incumplimiento y bloque de constitucionalidad”, *Estado & Comunes* no. 2 (2016): 96.

7. Hart, Herbert, *El Concepto de Derecho* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009), 133.

8. Hart, Herbert, *El Concepto de Derecho* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009), 133.

9. En ese sentido, en Sentencia No. 1596-16-EP/21, párr. 24, la Corte reconoce que hay una trasgresión a los principios de legalidad, progresividad e irretroactividad, cuando se pretende aplicar una norma ulterior con efectos negativos sobre situaciones jurídicas anteriores más favorables. Estos principios, conforman pues, pilares de la seguridad jurídica en un estado constitucional.

10. *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008. art. 11.6: “6. Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía.”

entre los garantes del sistema jurídico interno y organismos internacionales [...]. **Por el contrario, la dinámica jurídica actual obliga a tender los puentes necesarios para consolidar la complementariedad que debe existir entre estos sistemas para la protección global e integral de la persona.**¹¹ (Énfasis añadido)

Sobre este aspecto, creemos conveniente hacer una puntualización: en América Latina, el bloque de constitucionalidad está referido a normas del sistema internacional de derechos humanos usados como parámetros en el control de convencionalidad. Mientras que en Europa, se alude primordialmente a las normas de origen doméstico.¹²

De lo expuesto, entonces, Ecuador contempla en su Constitución un reconocimiento explícito al régimen *numerus apertus* en materia de derechos fundamentales, buscando, al mismo tiempo, mantener la unidad y coherencia de su ordenamiento jurídico. El Art. 11 núm. 7 de la Constitución respecto a las fuentes de los derechos constitucionales, humanos y fundamentales, reconoce que la dignidad es el eje sobre el cual nace un régimen de libertad personal y de justicia social.

De allí que, a través de la ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, Convención o CADH), el Ecuador reconoce la competencia contenciosa del Sistema Interamericano. Como Estado parte, el país se obliga a respetar los derechos reconocidos en el instrumento y a no adoptar disposiciones contrarias a sus mandatos.¹³

Así, es innegable el alcance del control de convencionalidad y sus relaciones con el principio de supremacía y control constitucional en Ecuador.¹⁴ Conforme a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se desprende la idea de control de convencionalidad y su aplicabilidad dentro de la jurisdicción interna:

[C]uando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos.¹⁵

En suma, el caso ecuatoriano reconoce —por razones de fuente y contenido normativo— la doctrina monista moderada en su jurisdicción sin perjuicio del pluralismo jurídico adherido al Estado constitucional de derechos. Si bien la práctica y jurisprudencia internacional no contempla el dualismo ni monismo, un Estado Parte no puede evocar su derecho doméstico como mecanismo para eludir obligaciones internacionales o violación de derechos humanos.¹⁶ Respecto a la interconexión de ambos sistemas jurídicos, la primacía del Derecho Internacional frente al ordenamiento jurídico interno de un Estado “no elimina la posibilidad de contradicciones, sino que ella implica la posibilidad de superar el conflicto por normas superiores”.¹⁷

11. Zambrano, Diego, “La acción por incumplimiento y bloque de constitucionalidad”, *Estado & Comunes* no. 2 (2016): 100.

12. Góngora, Manuel, *La Difusión del Bloque de Constitucionalidad en la Jurisprudencia Latinoamericana y su Potencial en la construcción del *Ius Constitutionale Commune Latinoamericano**, (México: Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM), 6.

13. Organización de los Estados Americanos, *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, 22 de noviembre de 1969, Art. 1 y 2.

14. Ordeñana, Tatiana, “Control de Convencionalidad en los derechos de los niños y adolescentes”, *Boletín Institucional de la Corte Nacional de Justicia*, (26): 4.

15. Corte IDH, “Sentencia de 26 de septiembre del 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Almonacid Arellano y otro vs. Chile*, 26 de septiembre del 2006, párr. 124. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf

16. Humberto, Alcalá, “Constitución y Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, *Repositorio Institucional de la UNAM*, 20 (1993): 631.

17. Humberto, Alcalá, “Constitución y Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, *Repositorio Institucional de la UNAM*, 20 (1993): 626.

Sobre las competencias del poder público y el control constitucional en Ecuador

En observancia al principio de supremacía constitucional, juridicidad y legalidad, no se puede crear una competencia que expresamente no ha sido atribuida a pretexto del texto constitucional, en observancia al Art. 226 de la CRE.

De lo anterior, se desprende la teoría de las facultades implícitas, la misma que implica que las constituciones se consignan a lineamientos generales de las disposiciones legislativas, en lugar de una enumeración expresa de las facultades atribuidas a los poderes del Estado. Por consiguiente, cada órgano tiene "el derecho al uso de los medios necesarios para la consecución de sus fines", siempre y cuando aquellas facultades no le sean prohibidas.¹⁸

Ahora bien, desde la doctrina, se han hecho aproximaciones al origen del control constitucional en Ecuador. Para el profesor Guerrero (2012) el control constitucional se fundamenta en dos principios: la supremacía constitucional y la fuerza normativa emanada de la Constitución.¹⁹

Cuando se aborda la supremacía constitucional, partimos de que la Constitución es suprema en lo político, jurídico y social, principalmente porque recoge principios y valores de suma importancia que "requieren una garantía de no desconocimiento".²⁰ En añadidura, esta supremacía constitucional tiene dos expresiones: (i) materialmente, es decir, la exigencia de compatibilidad entre normas infraconstitucionales y el contenido constitucional; y (ii) formalmente, que implica la exigencia de que las normas infraconstitucionales observen los procedimientos previstos de la Constitución.²¹ No en vano, el Art. 424 de la CRE así lo dispone al reconocer que la Constitución prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico.

Por su parte, el segundo antecedente del control constitucional es la fuerza normativa emanada de la Constitución. Este principio se fundamenta en la exigibilidad de la Constitución, la misma que no está condicionada en su aplicación a un desarrollo normativo secundario, pues esta es independiente y autónoma.²²

Dicho esto, para Manuel Aragón la teoría de control está directamente relacionada con el concepto de Constitución. Para el objeto del presente trabajo tomaremos de esta teoría la perspectiva judicial o jurisdiccional. Bajo esta óptica, el control judicial es un proceso institucionalizado vinculado a los órganos de administración de justicia. Dicho control responde a diversas tipologías, entre las que destacan el modelo difuso, el concentrado y el mixto.

Al respecto, Storini, Masapanta y Guerra definen al control difuso de constitucionalidad de la siguiente forma:

El control difuso de constitucionalidad **implica que la facultad de controlar la constitucionalidad de las normas se encuentra difuminada hacia todos los jueces**. Este control tiene sus orígenes en el derecho anglosajón, siendo el constitucionalismo inglés el primero en realizar la aplicación del denominado *judicial review* [...].²³

18. Luiz, Pinto Ferreira, "Las Facultades Implícitas de la Constitución", *El Sistema Federal Brasileño* [Traducción de Héctor Fix-Zamudio], (México: Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1972), 142.

19. Guerrero del Pozo, Juan Francisco, "Aproximación al control abstracto en Ecuador. La acción de inconstitucionalidad", *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional: parte especial: control constitucional y otras competencias de la Corte Constitucional*, tomo 3. Juan Montaña Pinto, ed. 1ª reimpresión. (Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012), 103.

20. Trujillo, Julio, *Teoría del Estado en el Ecuador* (Quito, Universidad Andina Simón Bolívar/Corporación Editora Nacional, 2006), 143.

21. Rafael Oyarte, "La Supremacía Constitucional", *Derecho constitucional para fortalecer la democracia ecuatoriana* (Quito: Tribunal Constitucional/ Fundación Konrad-Adenauer, 1999), 27.

22. Guerrero del Pozo, Juan Francisco, "Aproximación al control abstracto en Ecuador...", *op. cit.*, 104.

23. Storini, Claudia, Masapanta, Christian, y Guerra, Marcelo, "Control de constitucionalidad en Ecuador: muchas alforjas para tan corto viaje", *Revista de Derecho FORO*, no. 38 (2022): 10. doi: <https://doi.org/10.32719/26312484.2022.38.1>

Así, pues, la doctrina de supremacía constitucional instituyó esta facultad jurisdiccional para inaplicar aquellas leyes que devengan en contrarias a la Constitución. Sobre esta teoría, la Constitución controla a cualquier ley infraconstitucional.²⁴ Sin embargo, con el control difuso esta inaplicabilidad normativa solo tiene efectos prematuramente *inter partes*²⁵, es decir, afecta exclusivamente a las partes procesales. En consecuencia, aquel articulado —objeto del examen de constitucionalidad— no podrá ser expulsado del ordenamiento jurídico por iniciativa del juez *a quo*.

El aparente dilema, entonces, es que el juez al suspender la audiencia estaría inobservando uno de los principios fundacionales del control constitucional, esto es, la aplicación directa e inmediata de la Constitución (fuerza normativa de la Constitución recogida en el Art. 11.3). Y, por otro lado, al inaplicar el precepto constitucional —contenido en el Art. 428 de la CRE—, estaría incumpliendo la obligación de elevar a consulta la norma jurídica *a priori* presuntamente inconstitucional.

En sentido opuesto, el control concentrado de constitucionalidad, cuyos efectos son generales (*erga omnes*) se halla en manos de un órgano especializado, tales como los tribunales o las cortes constitucionales. Esto sucede en aras de que dicho tribunal o corte se pronuncie de manera abstracta sobre la constitucionalidad de una norma. En palabras de Oyarte, “es un proceso contra la norma”, es decir, se irradia a todo el ordenamiento jurídico.²⁶

A partir de lo expuesto, en Ecuador, domésticamente opera el modelo de constitucionalidad de control mixto. Este es entendido como un sistema en el que tanto los “jueces de instancia como el órgano especializado [Corte Constitucional] pueden realizar un control de constitucionalidad”²⁷. Recogido esto, la Corte tiene inclusive la potestad²⁸ de declarar de oficio la inconstitucionalidad de normas conexas en casos sometidos a su conocimiento, cuando ha identificado que las mismas van en contra de la Constitución, en concordancia con el Art. 436 numeral 3 de la CRE.

Cabe decir entonces que, a través de la interpretación constitucional, toda ley está cobijada bajo la presunción de constitucionalidad. Según esta, toda norma se presume constitucional por la aplicación del principio general de juridicidad, es decir, mediante la fiel observancia al ordenamiento jurídico como unidad sistemática.²⁹ Sobre el referido principio, Vásquez arguye que se trata de una presunción relativa (*juri tantum*), lo que implica que se presume la constitucionalidad y legalidad de toda norma (especialmente aquellas infraconstitucionales) hasta que se pruebe lo contrario.³⁰

24. Storini, Claudia, Masapanta, Christian, y Guerra, Marcelo, “Control de constitucionalidad en Ecuador: muchas alforjas para tan corto viaje”, *Revista de Derecho FORO*, no. 38 (2022): 10.

25. Como ha quedado en evidencia, el control difuso de constitucionalidad también se caracteriza por ser concreto, con efectos particulares e incidental. Sobre esto último, cuando hablamos de control incidental, la práctica en Ecuador nos refiere a la facultad de los jueces para elevar a consulta a la Corte Constitucional, la norma de la que se cuestiona su constitucionalidad. Así, durante la sustanciación del juicio, el juez podrá suspenderla, para que el órgano constitucional especializado se pronuncie en un plazo de hasta cuarenta y cinco días (CRE, Art. 428).

26. Storini, Claudia, Masapanta, Christian, y Guerra, Marcelo, “Control de constitucionalidad en Ecuador: muchas alforjas para tan corto viaje”, *Revista de Derecho FORO*, no. 38 (2022): 11.

27. Storini, Claudia, Masapanta, Christian, y Guerra, Marcelo, “Control de constitucionalidad en Ecuador: muchas alforjas para tan corto viaje”, *Revista de Derecho FORO*, no. 38 (2022): 11.

28. Generalmente se suelen tratar como sinónimos potestad y facultad, sin embargo, son disímiles. Así, la facultad es, pues, la investidura jurídica que posee un servidor público para realizar actos jurídicos válidos dentro de su competencia. Por su parte, la potestad implica un derecho-poder jurídico que coloca a su titular en una situación de superioridad, para imponer decisiones o mandatos obligatorios, ejercer su autoridad con capacidad coercitiva y cumplir con su deber irrenunciable en aras de tutelar intereses ajenos o colectivos.

29. Vásquez, Domingo, “Estudio de los principios de interpretación constitucional”, *Interpretación Constitucional* (Santo Domingo: República Dominicana, 2020): 62

30. Vásquez, Domingo, “Estudio de los principios de interpretación constitucional”, *Interpretación Constitucional* (Santo Domingo: República Dominicana, 2020): 65.

En esa línea, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (en adelante, LOGJCC) recoge los principios generales de control constitucional, entre ellos, la presunción de constitucionalidad de las disposiciones jurídicas.³¹ Así, para Cassagne, la presunción de legitimidad opera como una suposición en la que los actos realizados por la Administración se entienden válidos hasta que se declare su invalidez.³²

Ahora bien, queda claro que toda actuación emanada de un órgano estatal se presume constitucional, legítima y legal. Sobre esta base, la LOGJCC prevé la declaratoria de inconstitucionalidad como un último recurso o mecanismo de *ultima ratio*. Esta medida se reserva para casos de contradicción normativa donde no sea posible la adecuación al ordenamiento constitucional por vía interpretativa.³³ Es decir, que tampoco sea aceptable la constitucionalidad condicionada de dicha norma.

Del control concreto de constitucionalidad como mecanismo de favorabilidad

Una de las finalidades del control concreto de constitucionalidad —según manda el Art. 141 de la LOGJCC— es la de garantizar la constitucionalidad de la aplicación de disposiciones jurídicas. En otras palabras, que se pueda compaginar, a través de la Corte, si la norma que debe aplicar un juez (organismo jurisdiccional) es compatible con los postulados constitucionales. Finalmente, este procedimiento se materializa a través de un fallo.

A propósito, el fallo que tiende a resolver la constitucionalidad puede tener dos efectos, a saber:

1. Cuando se pronuncie sobre **la compatibilidad de la disposición jurídica en cuestión con las normas constitucionales** el fallo tendrá los mismos efectos de las sentencias en el control abstracto de constitucionalidad.
2. Cuando se pronuncie únicamente sobre **la constitucionalidad de la aplicación de la disposición jurídica el fallo tendrá efectos entre las partes y para casos análogos**. Para tal efecto, se deberá definir con precisión el supuesto fáctico objeto de la decisión, para que en el futuro las mismas hipótesis de hecho tengan la misma solución jurídica, sin perjuicio de que otras hipótesis produzcan el mismo resultado. (Énfasis añadido)

Así, se entiende que las sentencias dictadas en el marco de una consulta elevada a la Corte Constitucional producen efectos *erga omnes*. Es decir, si dicho organismo se pronuncia sobre la compatibilidad de una norma con el texto constitucional, abarcando con ello a todo tipo de procesos judiciales (primer supuesto). Por otro lado, tendrá efecto *inter partes* cuando la Corte se pronuncie sobre la constitucionalidad de una disposición jurídica para su aplicación en un determinado caso (segundo supuesto).

Sin embargo, sobre este segundo escenario, podemos colegir que, ineludiblemente, para determinar la constitucionalidad de cualquier norma se la debe contrastar con la Constitución. Asimismo, si bien advertimos que el control difuso se caracteriza porque sus efectos son *inter partes*, la norma prevé que esta pueda extenderse para casos análogos y futuros. Así, dicha sentencia ya no afectaría solo a los intervinientes, sino que pasaría a tener efecto *inter pares*,³⁴ con la excepción de que no estaríamos ante un precedente judicial en sentido estricto.

31. LOGJCC, Art. 76, núm. 2.

32. Cassagne, Juan Carlos, *Derecho administrativo*, tomo II (Buenos Aires: Editorial Lexis Nexis, 2006), 320.

33. LOGJCC, Art. 76, núm. 6.

34. La Sentencia No. 031-09-SEP-CC de 2009 define con claridad esta distinción: "a) Efectos *inter partes*: es decir, que vinculan, fundamentalmente a las partes del proceso. b) Efectos *inter pares*: una sentencia de esta naturaleza supone que la regla que ella define debe aplicarse en el futuro, a todos los casos similares".

Así, dicho fallo permitiría a la Corte realizar un ejercicio de interpretación del ordenamiento jurídico con el fin de resolver el caso concreto.³⁵ Asimismo, con base en el artículo 2, numeral 3 de la LOGJCC, dicha decisión es de obligatorio cumplimiento para la propia Corte y para los demás órganos jurisdiccionales, lo que genera una vinculación tanto horizontal como vertical.

Aclarado ese punto, es menester señalar que la sentencia originalmente con efectos *inter partes* produce efecto de cosa juzgada constitucional. La jurisprudencia la Corte ha delimitado que la misma puede ser: (i) absoluta, si el pronunciamiento de constitucionalidad se hizo frente a todo el texto constitucional y no se redujo a determinados cargos (control integral); o, (ii) relativa, si el pronunciamiento analizó la constitucionalidad de un disposición jurídica de forma parcial, permitiendo una revisión futura del precepto jurídico, siempre y cuando se trate de nuevos cargos no analizados previamente por la Corte (control delimitado).³⁶

Ahora bien, se deja en evidencia entonces que, en una consulta judicial, el fallo de la Corte Constitucional tenderá a generar efecto de cosa juzgada constitucional parcial, pues la sentencia se reduciría a los cargos formulados por el juez delimitados por la subsunción que este hace del caso. Razón por la cual se permitiría una nueva consulta *a posteriori* si bajo otros cargos y formulaciones sigue existiendo duda sobre la constitucionalidad de una determinada norma.

En tal sentido, la Corte Constitucional para el Período de Transición, en sentencia No. 0028-11-CN aclaró que el elemento imprescindible del control concreto de constitucionalidad es la generación en el juzgador de la duda razonable. En otras palabras, “si no [se] cuenta con la certeza y seguridad acerca de la constitucionalidad de la norma que ha determinado es aplicable para resolver el caso, procede la suspensión de la tramitación de la causa para que la Corte Constitucional dilucide dicha duda”.³⁷

Por tal motivo, conviene que solo se utilice este tipo de control constitucional ante una efectiva contradicción entre la ley y la Constitución. En la referida sentencia, la misma Corte niega la consulta de constitucionalidad formulada por un juez primero de Garantías Penales del Carchi, debido a que, en su discernimiento:

[E]videncia una indebida incomprensión de las normas por parte del consultante [...], quien en su providencia no motiva ni argumenta su duda razonable sobre el alcance de la resolución respecto de la Constitución y del bloque de constitucionalidad, pues **no basta con la mera enunciación de disposiciones constitucionales presuntamente infringidas, sino que se debe conectar la norma aludida de inconstitucionalidad a la aplicación en el caso concreto.** (Énfasis añadido)

Esto quiere decir que, a criterio de la Corte, la consulta judicial no puede ser tampoco objeto de desnaturalización (entendida desde un sentido amplio). Consideramos oportuno, sobre la base del artículo 427 de la CRE, enfatizar que las normas constitucionales deben interpretarse según un orden de prelación obligatorio. En primer lugar, se debe atender al tenor literal o exegético de la Constitución y, solo en caso de duda, se aplicará una interpretación *pro homine*, es decir, en el sentido que más favorezca la vigencia de los derechos humanos.

Sobre esto último, el referido artículo sostiene que, inclusive con esta interpretación orientada a la favorabilidad de derechos, se debe “respet[ar], la voluntad del constituyente”³⁸.

En la práctica jurisprudencial, la interpretación *pro homine* suele tornarse como la única y primeriza vía para darle un sentido distinto al que perseguía inicialmente el texto normativo,

35. Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia No. 109-11-IS (Precedente judicial en sentido estricto)”, *Caso No. 109-11-IS*, 26 de agosto de 2020, párr. 34.

36. Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia 11-20-IN/24”, *Caso 11-20-IN y acumulado*, 17 de octubre de 2024, párr. 16.

37. Corte Constitucional para el Período de Transición, “Sentencia No. 013-12-SCN-CC”, *Caso No. 0028-11-CN*, 15 de febrero de 2012, p. 6.

38. CRE, Art. 427.

inclusive si la norma es constitucional a partir de una lectura literal y sistemática. En ciertos casos se observa una aplicación desmedida del principio *iura novit curia*. En otros —como el referido anteriormente— no bastó con motivar suficientemente la inconstitucionalidad respecto a las normas constitucionales, sino que fue necesario incluir el bloque de constitucionalidad. Esta exigencia respondía, probablemente, al riguroso test de motivación vigente en aquel momento, el cual demandaba un estándar de argumentación máximo y correcto.³⁹

Sin perjuicio de lo anterior, el artículo 3 de la LOGJCC —que replica inicialmente el contenido del artículo 427 constitucional— prevé otros métodos de interpretación sin un orden jerarquizado. Estos deben aplicarse solo en caso de duda razonable e incluyen la interpretación evolutiva, la teleológica y, de ser necesario, el recurso a los principios generales del derecho y la equidad.⁴⁰ En adición, para el examen de constitucionalidad abstracto se prevé una interpretación conforme, que implica que si una interpretación es compatible con la Constitución, entonces se evitará la declaratoria de inconstitucionalidad (en aplicación del principio *pro legislatore*).

Así, de la reciente jurisprudencia de la Corte Constitucional ecuatoriana —donde se ha efectuado el control concreto de constitucionalidad por consulta— se han evidenciado cuatro decisiones que, hemos mencionado, obedecen a casos prematuros y con relevancia temática a inicios de 2025:

No. de sentencia	Año	Norma objeto de examen de constitucionalidad	Criterio decisorio de la CCE
49-21-CN/25	2025	COIP, Art. 536, último inciso; (referente a la imposibilidad de sustitución de la prisión preventiva en casos de reincidencia)	Aceptar la inconstitucionalidad por no perseguir un fin constitucionalmente válido y ser discriminatoria.
9-23-CN/25	2025	COGEP, Art. 87, numeral 1; (referente a la declaratoria de abandono del accionante, por caso fortuito o fuerza mayor)	Negar la inconstitucionalidad por ser un elemento abarcativo del derecho procesal que prevé un imprevisto del actor.
20-24-CN/25	2025	Arts. 2, 4, 54 y 56 del Acuerdo Ministerial MDT 2024-175; (referente al inicio de un procedimiento sumario administrativo en contra de un funcionario de elección popular del Ejecutivo: la vicepresidenta)	Aceptar la inconstitucionalidad por ser incompatible con el derecho al debido proceso de ser juzgado por autoridad competente.
38-21-CN/25	2025	COFJ, Arts. 109.1. y 109.7 Resolución 12-2020 y 107-2020 de la Corte Nacional de Justicia; (referente al derecho a recurrir en la primera etapa de declaratoria jurisdiccional de la existencia motivada de dolo, manifiesta negligencia o error inexcusable)	Negar la inconstitucionalidad por no ser incompatible con el derecho a recurrir, debido a que la finalidad de la declaración jurisdiccional previa es abrir la puerta a un sumario disciplinario.

Tabla No. 1. Jurisprudencia reciente de la Corte: control concreto de constitucionalidad

Fuente: Jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador en materia de control judicial, período 2025. Elaboración propia.

³⁹. Este término fue acuñado mediante Sentencia No. 227-12-SEP-CC (2012) que obedecía a tres parámetros: razonabilidad, lógica y comprensión. En Sentencia No. 1158-17-EP/21 (caso de garantía de la motivación), la Corte Constitucional se alejó explícitamente de este criterio y concluyó que, el test de motivación, aunque cumplió en su momento la función de guiar la vulneración de la garantía de la motivación, actualmente buscaba una “exigencia *máxima* de que el juez dote a sus decisiones de una motivación *correcta*, y no la exigencia *mínima* de aportar una motivación *suficiente*” (párrs. 45-46).

⁴⁰. LOGJCC, Art. 3.8.

Dicha tabla, aunque no agota la totalidad de las decisiones emitidas en el marco del control concreto de constitucionalidad durante el año 2025, resulta idónea para ilustrar las dinámicas y tensiones actuales del mecanismo. A partir del análisis descriptivo de estos casos se identifican patrones decisorios preliminares. En primer lugar, en las sentencias No. 49-21-CN/25 y No. 20-24-CN/25, la Corte se orienta a declarar la inconstitucionalidad de la norma por vulnerar derechos fundamentales como la igualdad y el debido proceso. En estos fallos, el organismo aplicó una interpretación favorable e invocó el principio de proporcionalidad, aun cuando la disposición carecía de ambigüedad literal. Por el contrario, en las sentencias No. 9-23-CN/25 y No. 38-21-CN/25, la Corte negó la inconstitucionalidad al estimar que las disposiciones eran compatibles con los principios generales del derecho procesal, priorizando la supremacía constitucional y evitando interpretaciones extensivas.

Ahora bien, en los casos en que se declaró la inconstitucionalidad, se advierte una aplicación expansiva del principio *pro homine* que antepone la protección de derechos fundamentales a la literalidad de la norma. La Corte, en este sentido, no se limitó a resolver la duda del juez consultante, sino que en aplicación al principio *iura novit curia* también llegó a cuestionar la finalidad misma de la disposición legal. Esta aproximación, aunque fortalece la tutela de derechos fundamentales, plantea interrogantes sobre los límites de la interpretación constitucional que, dicho sea, atenta contra el principio de corrección funcional. En consonancia con lo anterior, cabría interrogarnos: ¿hasta qué punto la Corte puede desplazar la voluntad del legislador invocando una mayor favorabilidad de derechos cuando la norma no es manifiestamente inconstitucional desde una lectura literal o sistemática?

En las sentencias donde se negó la inconstitucionalidad, por ejemplo, la Corte adoptó una postura más deferente hacia la presunción de constitucionalidad y la coherencia del sistema procesal, conteniendo la interpretación *pro homine* y privilegiando la seguridad jurídica y la finalidad teleológica de las normas. Este contraste muestra también que la Corte sí es capaz de modular la intensidad del principio de favorabilidad según el tipo de derecho y el contexto normativo en juego. Tales variaciones, sin embargo, nos permiten arribar a que el control concreto de constitucionalidad no fue creado como una herramienta de reinterpretación sistemática del ordenamiento jurídico, sino más bien como un mecanismo de corrección (puntual), que respete, a la par, los límites establecidos en el art. 427 de la Constitución.

Conclusiones

El control concreto de constitucionalidad por consulta judicial constituye un mecanismo valioso para garantizar la supremacía de la Constitución y la tutela efectiva de los derechos fundamentales. Sin embargo, su aplicación práctica revela una tensión persistente entre la interpretación *pro homine* y los límites impuestos por la voluntad del constituyente y la presunción de constitucionalidad de las normas.

Si bien la LOGJCC permite aplicar distintos métodos para solucionar incompatibilidades constitucionales y garantizar la vigencia de los derechos, lo cierto es que deja abierta una amplia discrecionalidad del máximo órgano constitucional. Esta potestad propende, en ocasiones, a inobservar la voluntad del constituyente. Esto, visto desde un punto axiológico de las normas, no es necesariamente negativo. En un sistema cambiante ante nuevas situaciones sociales, a través de una interpretación evolutiva, se busca evitar que las normas se tornen inoperantes o ineficaces con el paso del tiempo. Sin embargo, este método de interpretación puede caer en un constante sepulcro de la Constitución.

El análisis de las sentencias examinadas (49-21-CN/25, 20-24-CN/25, 9-23-CN/25 y 38-21-CN/25) enfatiza que la Corte Constitucional tiende a declarar la inconstitucionalidad cuando identifica una afectación directa a derechos fundamentales, recurriendo a una interpretación primeriza del principio *pro homine*. En cambio, en otros escenarios, adopta una postura más deferente (sin una argumentación suficiente) privilegiando la seguridad jurídica y una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Estos patrones, sin embargo, confirman que el mecanismo del control concreto por consulta judicial no debe convertirse en una vía rutinaria de reinterpretación normativa, toda vez que atenta contra el principio de corrección funcional. Por el contrario, para preservar la legitimidad institucional de sus decisiones, tanto los jueces *a quo* como la propia Corte deben observar estrictamente los límites establecidos en el artículo 427 de la Constitución. Bajo esta premisa, es imperativo priorizar la interpretación literal y sistemática, recurriendo a la interpretación *pro homine* solo ante una duda razonable y mediante una argumentación debidamente motivada. De lo contrario, el control concreto tenderá a desnaturalizarse, transformándose en un instrumento de mutación constitucional que podría erosionar la supremacía de la Ley Fundamental y la separación de poderes (sobre todo el legislativo).

En definitiva, el equilibrio entre la tutela efectiva de los derechos fundamentales y el respeto a la supremacía constitucional exige una aplicación mesurada y rigurosa de este mecanismo de control. Solo así se podrá cumplir con su función primigenia, sin sustituir indebidamente la voluntad del constituyente. Así lo advirtió el profesor Salgado en su voto salvado del controvertido caso sobre matrimonio igualitario. En aquel pronunciamiento, refirió que este mecanismo no debe conducir al abuso de la interpretación constitucional *ad infinitum*, pues se corre el riesgo de caer en la arbitrariedad y de invalidar la utilidad de la reforma constitucional.

Referencias

- Cassagne, Juan Carlos. Derecho administrativo, tomo II. Buenos Aires: Editorial Lexis Nexis, 2006.
- Corte Constitucional del Ecuador para el Período de Transición, "Sentencia No. 001-10-SIN-CC". *Caso No. 0008-09-IN y 0011-09-N (acumulados)*. 18 de marzo de 2010.
- Corte Constitucional del Ecuador, "Sentencia No. 109-11-IS (Precedente judicial en sentido estricto)". *Caso No. 109-11-IS*, 26 de agosto de 2020.
- Corte Constitucional del Ecuador, "Sentencia No. 11-18-CN/19 (Matrimonio igualitario)". *Caso No. 11-18-CN*. 12 de junio de 2019.
- Corte Constitucional del Ecuador. "Sentencia No. 031-09-SEP-CC". *Caso No. 0485-EP*. 30 de diciembre de 2009.
- Corte Constitucional del Ecuador. "Sentencia No. 1158-17-EP/21". *Caso No. 115-17-EP*. 20 de octubre de 2021.
- Corte Constitucional del Ecuador. "Sentencia No. 1596-16-EP/21". *Caso No. 1596-16-EP*. 08 de septiembre de 2021.
- Corte Constitucional del Ecuador. "Sentencia No. 20-24-CN/25". *Caso No. 20-24-CN*. 09 de enero de 2025.
- Corte Constitucional del Ecuador. "Sentencia No. 227-12-SEP-CC". *Caso No. 1212-11-EP*. 21 de junio de 2012.
- Corte Constitucional del Ecuador. "Sentencia No. 38-21-CN/25". *Caso No. 38-21-CN*. 06 de febrero de 2025.
- Corte Constitucional del Ecuador. "Sentencia No. 49-21-CN/25". *Caso No. 49-21-CN*. 23 de enero de 2025.
- Corte Constitucional del Ecuador. "Sentencia No.9-23-CN/25". *Caso No. 9-23-CN y acumulado*. 09 de enero de 2025.
- Corte Constitucional para el Período de Transición, "Sentencia No. 013-12-SCN-CC". *Caso No. 0028-11-CN*. 15 de febrero de 2012.
- Corte IDH, "Sentencia de 26 de septiembre del 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)". *Caso Almonacid Arellano y otro vs. Chile*. 26 de septiembre del 2006. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf
- Ecuador. Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449. 20 de octubre de 2008.
- Ecuador. Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Registro Oficial 52. 22 de octubre de 2009.
- Ecuador. Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional. Registro Oficial 613. 22 de octubre de 2015.
- Góngora, Manuel. La Difusión del Bloque de Constitucionalidad en la Jurisprudencia Latinoamericana y su Potencial en la construcción del *Ius Constitutionale Commune* Latinoamericano. México: Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- González, Rodrigo. "Ley fundamental, supremacía de la constitución y control constitucional: una aproximación distinta a la sentencia *Marbury vs. Madison*, y a los orígenes de la justicia constitucional". *Jurídicas*, 8 (2): 13-29.

- Guerrero del Pozo, Juan Francisco. "Aproximación al control abstracto en Ecuador. La acción de inconstitucionalidad". *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional: parte especial: control constitucional y otras competencias de la Corte Constitucional*, tomo 3. Juan Montaña Pinto, ed. 1ª reimpresión. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012.
- Hart, Herbert. *El Concepto de Derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009.
- Luiz, Pinto Ferreira, *Las Facultades Implícitas de la Constitución. El Sistema Federal Brasileño* [Traducción de Héctor Fix-Zamudio]. México: Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1972.
- Nowak, Manfred. *Introducción al Régimen Internacional de los Derechos Humanos*. Viena: Raoul Wallengberg Institute y Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2010.
- Ordeñana, Tatiana. "Control de Convencionalidad en los derechos de los niños y adolescentes". *Boletín Institucional de la Corte Nacional de Justicia*, (26): 4-6.
- Organización de los Estados Americanos. *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. 22 de noviembre de 1969.
- Rafael Oyarte, "La Supremacía Constitucional". *Derecho constitucional para fortalecer la democracia ecuatoriana*. Quito: Tribunal Constitucional/ Fundación Konrad-Adenauer, 1999.
- Silva, Bryan. "La cláusula abierta en la Constitución Ecuatoriana (2008): ¿Un enfoque práctico para proteger la dignidad y los derechos fundamentales?". *Revista Justicia(s)* 3 no. 2 (2024): 89-107. doi: <https://doi.org/10.47463/rj.v3i2.135>
- Storini, Claudia, Masapanta, Christian, y Guerra, Marcelo, "Control de constitucionalidad en Ecuador: muchas alforjas para tan corto viaje", *Revista de Derecho FORO*, no. 38 (2022): 7-27. doi: <https://doi.org/10.32719/26312484.2022.38.1>
- Trujillo, Julio. *Teoría del Estado en el Ecuador*. Quito, Universidad Andina Simón Bolívar/Corporación Editora Nacional, 2006.
- Vásquez, Domingo, "Estudio de los principios de interpretación constitucional". *Interpretación Constitucional*. Santo Domingo: República Dominicana, 2020.
- Zambrano, Diego. "La acción por incumplimiento y bloque de constitucionalidad". *Estado & Comunes* no. 2 (2016): 91-109.



PALACIOS DE LA CADENA
ABOGADOS

Control previo y fortalecimiento institucional en el Ecuador: análisis jurídico, diagnóstico operativo y propuesta comparada de rediseño

Prior Control and Institutional Strengthening in Ecuador: Legal Analysis, Operational Diagnosis, and Comparative Redesign Proposal

Emilia Doménica Pérez Sánchez*
<https://orcid.org/0009-0007-6432-1312>

Fecha de recepción 13 de diciembre de 2025
Fecha de aceptación: 15 de marzo de 2026

Resumen

El presente artículo analiza el estado del control previo en el sistema ecuatoriano de control público mediante un enfoque jurídico, institucional y comparado. El objetivo es identificar las limitaciones normativas y operativas que afectan su eficacia como mecanismo de prevención. Metodológicamente, se desarrolla una investigación cualitativa de tipo dogmático, analítico y comparado, basada en la revisión de normativa, doctrina e informes institucionales, así como en el estudio de los modelos de Singapur, Noruega y Nueva Zelanda. Los resultados evidencian un desarrollo normativo insuficiente, ausencia de regulación técnica específica y una aplicación discrecional del control previo, lo que ha derivado en su debilitamiento institucional. Asimismo, se identifican falencias en capacidades técnicas, articulación interinstitucional y uso de herramientas tecnológicas. Se concluye que el control previo posee un alto potencial como instrumento de integridad pública, siempre que se fortalezca mediante un marco normativo vinculante, profesionalización del talento humano e incorporación de sistemas de control preventivo basados en tecnología y gestión de riesgos.

Abstract

This article analyzes the state of prior control within the Ecuadorian public control system using a legal, institutional, and comparative approach. The objective is to identify the regulatory and operational limitations that affect its effectiveness as a preventative mechanism. Methodologically, a qualitative, dogmatic, analytical, and comparative study was conducted, based on a review of regulations, doctrine, and institutional reports, as well as a study of the Singapore, Norway, and New Zealand models. The results reveal insufficient regulatory development, a lack of specific technical regulations, and a discretionary application of prior control, which has led to its institutional weakening. Furthermore, shortcomings in technical capacity, inter-institutional coordination, and the use of technological tools were identified. The article concludes that prior control has high potential as an instrument of public integrity, provided it is strengthened through a binding regulatory framework, professionalization of human resources, and the incorporation of technology-based and risk-management preventative control systems.

Palabras clave:

control previo, control público, Contraloría General del Estado, integridad pública, control preventivo, derecho administrativo, gobernanza pública

Keywords:

prior control, public control, State Comptroller General, public integrity, preventive control, administrative law, public governance

*Abogada por la Universidad del Azuay y maestrante en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la Universidad Internacional de La Rioja (España). Cuenta con experiencia profesional en el sector público y privado, especialmente en áreas de asesoría jurídica, cumplimiento normativo, derecho administrativo y litigación.

1. Introducción

La debilidad estructural del sistema de control público en Ecuador ha contribuido al deterioro de la administración estatal y a la reproducción de patrones de corrupción sistémica. En este contexto, el control previo, una figura consagrada en la normativa constitucional, ha sido marginado en su operatividad, lo que ha mermado su potencial como herramienta de prevención institucional y eficiencia administrativa.

Pese a su reconocimiento en el artículo 211 de la Constitución de la República, la figura del control previo no ha sido desarrollada con claridad ni técnica suficiente en el ordenamiento jurídico secundario. Su aplicación ha sido intermitente, sometida a decisiones administrativas internas de la Contraloría General del Estado (CGE) y desprovista de una base reglamentaria sólida. Esta ausencia normativa ha generado incertidumbre, discrecionalidad y un uso simbólico del control previo que desnaturaliza su función preventiva.

La literatura especializada sostiene que los mecanismos de control anticipado no solo son instrumentos de verificación legal, sino componentes esenciales de un modelo institucional orientado a la integridad pública y a la eficiencia en la gestión del gasto estatal. Tal como ha advertido Bovens, el control no puede reducirse a la simple fiscalización de actos consumados, sino que debe insertarse en un sistema de gobernanza inteligente, donde el monitoreo anticipado sea una manifestación del principio de responsabilidad pública.¹

Este artículo propone una revisión jurídica, comparativa y técnica del control previo como mecanismo de fortalecimiento institucional. Se analizará su fundamento normativo, su evolución doctrinaria, las causas de su ineficacia operativa y las oportunidades de rediseño a partir de experiencias exitosas en países como Singapur, Noruega y Nueva Zelanda. La hipótesis de fondo sugiere que este instrumento puede transformarse en robusto y moderno si se lo articula a una política de integridad pública basada en tecnología, transparencia y profesionalización institucional.

2. Metodología

El presente estudio se enmarca en el paradigma cualitativo de investigación jurídica, con un enfoque dogmático, analítico y comparado, adecuado para el análisis crítico de instituciones normativas y su funcionamiento en contextos reales. Este enfoque permite no solo interpretar el contenido de las normas, sino también evaluar su eficacia y coherencia dentro del sistema jurídico y administrativo.

Desde la perspectiva dogmática, se realiza una exégesis sistemática del marco constitucional y legal ecuatoriano, con énfasis en el artículo 211 de la Constitución de la República y en la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado (LOCGE). Este análisis se sustenta en fuentes primarias (normas, sentencias e informes institucionales) y se complementa con doctrina especializada en derecho administrativo, control institucional y prevención de la corrupción.² Asimismo, no se limita a la descripción normativa, sino que incorpora una valoración crítica sobre su desarrollo técnico, coherencia interna y aplicabilidad práctica.

En la dimensión analítica, se emplea el método estructural-funcional, el cual permite descomponer el control previo en sus dimensiones normativa, institucional y operativa. A partir de esta desagregación, se identifican relaciones causales entre el diseño normativo y las disfuncionalidades observadas en su implementación, facilitando la construcción de un diagnóstico integral del fenómeno estudiado.

En cuanto al enfoque comparado, se aplica el método de estudio de casos, seleccionando los modelos de Singapur, Noruega y Nueva Zelanda bajo criterios de relevancia, desempeño

1. Bovens, Mark. "Information and accountability: Transparency in the digital age." *Public Administration Review* 74, no. 5 (2014): 701–710.

2. Álvarez, Enrique. *Metodología jurídica y análisis doctrinal*. Madrid: Dykinson, 2017.

institucional y reconocimiento en índices internacionales de transparencia y gobernanza.³ Esta selección responde a la necesidad de contrastar distintos enfoques de control preventivo en contextos institucionales diversos, con el fin de identificar buenas prácticas transferibles al caso ecuatoriano.

La técnica principal de recolección de información fue la revisión documental sistemática, que incluyó fuentes normativas, doctrina especializada, jurisprudencia constitucional e informes de organismos internacionales como la OCDE, el BID y Transparencia Internacional. Para garantizar el rigor metodológico, se aplicaron criterios de pertinencia, actualidad y relevancia académica en la selección de fuentes.

Finalmente, el estudio incorpora un enfoque interpretativo-crítico, que permite no solo describir el fenómeno analizado, sino también formular propuestas de rediseño institucional sustentadas en evidencia comparada y principios de gobernanza pública.

3. Marco teórico

El control público, como función inherente del Estado constitucional, constituye una herramienta esencial para garantizar el cumplimiento del principio de legalidad, la eficiencia en la administración pública y la prevención de la corrupción. En este contexto, el control previo se define como aquel que se ejerce antes de la ejecución de actos administrativos o contractuales, con el objetivo de evitar irregularidades antes de que produzcan efectos jurídicos o financieros.

Desde el enfoque del derecho administrativo, el control previo se articula con los principios de buena administración, responsabilidad estatal y prevención de daños al interés público. Como sostiene Gordillo, el control no debe ser concebido únicamente como una función sancionadora, sino como una política pública de previsión y garantía de legalidad en el obrar administrativo.⁴ Esta perspectiva ha sido reforzada por corrientes contemporáneas que entienden el control como parte de la gobernanza regulatoria y no solo como un mecanismo reactivo.

En este sentido, la doctrina distingue entre el control interno ejercido por las propias entidades y el control externo realizado por organismos independientes, como la Contraloría. El control previo puede operar en ambos planos, aunque su legitimidad y eficacia dependen de su independencia, transparencia y fundamentación técnica.⁵ Asimismo, estudios recientes destacan que la articulación entre ambos tipos de control resulta determinante para consolidar sistemas institucionales preventivos.

En el ámbito iberoamericano, la figura del control previo ha sido objeto de críticas al considerarse un freno a la agilidad administrativa. No obstante, diversos estudios han demostrado que su ausencia contribuye a la consolidación de actos ilegales y al uso indebido de recursos públicos. En efecto, organismos como la OCDE han advertido que los modelos centrados exclusivamente en la auditoría posterior son insuficientes en contextos institucionales frágiles.⁶ Esta discusión evidencia una tensión entre eficiencia administrativa y control, que debe resolverse mediante diseños institucionales equilibrados. En esta línea, la literatura contemporánea enfatiza la necesidad de integrar herramientas de gestión de riesgos y monitoreo anticipado en los sistemas de control.

3. Organisation for Economic Co-operation and Development (OCDE), *Government at a Glance 2021*, París: OECD Publishing, 2021; Transparency International, *Corruption Perceptions Index 2022*, Berlín: Transparency International, 2022.

4. Gordillo, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2021.

5. Álvarez, Enrique. *Metodología jurídica y análisis doctrinal*. Madrid: Dykinson, 2017.

6. OCDE. *Government at a Glance 2021*. París: OECD Publishing, 2021.

En consecuencia, el control previo no constituye una figura meramente formal, sino un instrumento jurídico de anticipación, cuyo diseño normativo, aplicación técnica y articulación con otras formas de control determinan su eficacia. Este marco teórico permite comprender el control previo como un componente estratégico de la gobernanza pública y sirve de base para analizar críticamente el modelo ecuatoriano en las siguientes secciones.⁷

Por tanto, el control previo no es una figura decorativa, sino un instrumento jurídico de anticipación, cuyo diseño normativo, aplicación técnica y articulación con otras formas de control determinan su eficacia. Este marco teórico servirá como base para analizar el modelo ecuatoriano en las siguientes secciones.

4. Análisis normativo del control previo en el Ecuador

La presente sección, en coherencia con el marco teórico expuesto, recoge y desarrolla los hallazgos de la investigación realizada por la autora en su trabajo de titulación, en el cual se abordó el análisis del marco jurídico aplicable al control previo en Ecuador desde una perspectiva crítica. Se identificó que, a pesar de estar reconocido en la Constitución de 2008 como una de las tres modalidades de control público (previo, concurrente y posterior), el control previo no ha sido desarrollado de manera sistemática ni técnica por el legislador ni por la Contraloría General del Estado (CGE).⁸

En efecto, el artículo 211 de la Constitución establece que la CGE ejercerá el control previo, pero esta disposición no ha sido adecuadamente reglamentada en la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado (LOGGE). El artículo 22 de dicha ley menciona esta herramienta entre las competencias del órgano contralor, pero carece de contenido operativo claro. No se definen elementos esenciales como: sujetos obligados, tipo de actos sujetos a control, plazos, fases, metodología técnica ni consecuencias jurídicas. Esto ha provocado un vacío normativo que, como se demostró en la tesis, ha llevado a una implementación errática, discrecional y, en muchos casos, simbólica.⁹

La investigación también identificó que, en ausencia de una regulación formal, la CGE ha recurrido a la emisión de circulares, oficios y memorandos internos para establecer criterios sobre el control previo. Este mecanismo ha sido cuestionado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia constitucional, al considerar que normas internas sin rango legal no pueden regular derechos ni procedimientos públicos con efectos vinculantes.¹⁰ Tal como se argumentó en la tesis, esta práctica ha debilitado la legitimidad del control previo y ha favorecido su uso selectivo o inestable.

Un ejemplo ilustrativo se encuentra en la Sentencia No. 49-19-IN/21 de la Corte Constitucional, en la que se declaró la inconstitucionalidad de ciertas disposiciones reglamentarias de la LOGGE por violar principios como la legalidad y la proporcionalidad.¹¹ Aunque esta sentencia no se refiere exclusivamente al control previo, sí advierte sobre la necesidad de contar con normas claras, jerárquicamente adecuadas y técnicas para el ejercicio de competencias contraloras, lo cual refuerza la conclusión de que el control previo requiere un rediseño normativo urgente.

Asimismo, se analizó que el actual reglamento de la LOGGE no desarrolla ninguna sección específica sobre el control previo. Esta omisión refleja la falta de voluntad institucional para

7. Rose-Ackerman, Susan. *Corruption and Government: Causes, Consequences, and Reform*. 2nd ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.

8. Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial No. 449, 20 de octubre de 2008, art. 211.

9. Asamblea Nacional del Ecuador, *Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado*, Registro Oficial Suplemento No. 595, 12 de junio de 2002.

10. Enrique Álvarez Conde, *Metodología jurídica y análisis doctrinal* (Madrid: Dykinson, 2017), 108-115.

11. Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia No. 49-19-IN/21*, Registro Oficial Suplemento No. 493, 2 de julio de 2021.

consolidar esta figura como una herramienta estratégica, más allá de su reconocimiento constitucional. De hecho, la tesis concluye que el diseño actual del sistema normativo ecuatoriano configura al control previo más como una posibilidad que como una obligación institucional efectiva.

En la práctica, el mismo ha sido invocado por la CGE en momentos de alta presión política, como en procesos de contratación pública de emergencia (por ejemplo, durante la pandemia por COVID-19), lo que ha incrementado la percepción de discrecionalidad. Esto evidencia que, más que un mecanismo institucionalizado, ha funcionado como un recurso *ad hoc*, activado sin criterios técnicos uniformes.

La investigación también contrastó estos hallazgos con doctrinas de derecho administrativo que exigen que los órganos de control cuenten con una base legal clara y un marco técnico estandarizado para actuar con objetividad y previsibilidad.¹² En ese sentido, se concluye que la falta de desarrollo normativo técnico del control previo es uno de los principales factores que explican su ineficacia estructural.

5. Diagnóstico institucional del control previo en el Ecuador

A partir del análisis normativo previamente desarrollado, el estudio permitió identificar una serie de falencias estructurales y operativas que afectan la implementación efectiva del control previo como herramienta dentro del sistema de control público. Estas debilidades se manifiestan en varios niveles institucionales, empezando por la falta de una estructura técnica que respalde su aplicación sostenida.¹³

A diferencia del control posterior, el control previo no cuenta con una unidad especializada dentro de la CGE, encargada exclusivamente de su ejecución. No existen procesos estandarizados, manuales técnicos ni criterios auditables que permitan evaluar su aplicación de forma objetiva. Esta carencia operativa dificulta su integración al ciclo administrativo ordinario y lo convierte en una función excepcional, activada según la coyuntura o por decisión administrativa de las autoridades contraloras.

Durante la pandemia por COVID-19, por ejemplo, se observaron intervenciones de la CGE en procesos de contratación de emergencia, invocando la necesidad de control previo. Sin embargo, estas actuaciones no se sustentaron en ningún marco regulatorio previamente establecido.¹⁴ Más bien, respondieron a presiones externas, cuestionamientos sociales o denuncias mediáticas, lo cual evidenció una falta de institucionalización de esta función.

La ausencia de mecanismos de cooperación formalizados entre la CGE y las unidades de auditoría interna de las instituciones públicas constituye otro problema operativo relevante. No existen protocolos claros para la transmisión de información, ni sistemas compartidos de monitoreo, lo que genera duplicidad de funciones, zonas grises de responsabilidad y oportunidades de elusión de control.

En términos de capacidades técnicas, el personal de la CGE no cuenta con formación especializada en herramientas modernas de evaluación *ex ante*, como análisis de riesgo, auditoría de proyectos, legalidad anticipada o trazabilidad financiera.¹⁵ La práctica institucional ha privilegiado perfiles enfocados en auditoría tradicional y control posterior, lo cual deja al control previo en una posición marginal y operativamente débil.

12. Agustín Gordillo, *Tratado de derecho administrativo: Parte general* (Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2016), 234–236.

13. Emilia Doménica Pérez Sánchez, *El control previo como herramienta de fortalecimiento institucional en el Ecuador* (tesis de grado, Universidad del Azuay, 2023), 43–52.

14. Contraloría General del Estado, *Informe de control de emergencia sanitaria – COVID-19*, Quito, 2020.

15. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), *Public Integrity Handbook* (París: OECD Publishing, 2020), 87–90.

Desde el punto de vista tecnológico, la Contraloría carece de un sistema digital robusto que le permita realizar vigilancia preventiva en tiempo real. No existen plataformas de interoperabilidad con otras entidades del sector público que faciliten el acceso a información crítica antes de que los actos administrativos generen efectos jurídicos o financieros.

En el nivel organizacional, el modelo de gestión de la CGE sigue una lógica fuertemente centrada en la revisión posterior y en la producción de informes finales. El modelo actual de planificación estratégica, de medición de impacto y de asignación de recursos refleja esta orientación, lo que deja escaso margen institucional para fortalecer la dimensión preventiva del control.

Adicionalmente, se observa una débil articulación entre la CGE y otros órganos con competencias de control jurídico o técnico, como la Procuraduría General del Estado, el Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP), la Superintendencia de Compañías o la Secretaría Nacional de Planificación. Esta falta de articulación institucional impide el abordaje integral de riesgos administrativos y financieros, especialmente en procesos de alto impacto como contrataciones estratégicas, alianzas público-privadas o ejecución de megaproyectos.¹⁶

También se identificaron debilidades en la rendición de cuentas internas y externas sobre el uso del control previo. No existen indicadores públicos sobre su aplicación, ni informes sistemáticos que permitan conocer cuántos procesos han sido objeto de revisión anticipada, en qué sectores, bajo qué criterios, ni con qué resultados.

6. Análisis comparado: modelos de control previo en Singapur, Noruega y Nueva Zelanda

Como complemento al diagnóstico institucional expuesto, el análisis comparado de experiencias internacionales constituye un insumo metodológico clave para evaluar las debilidades del modelo ecuatoriano y proponer lineamientos de reforma. La investigación se centró en tres países que, a pesar de tener trayectorias institucionales disímiles, han logrado consolidar sistemas de control público efectivos y orientados a la prevención: Singapur, Noruega y Nueva Zelanda. Estos casos fueron seleccionados por su desempeño sobresaliente en índices de integridad, transparencia y calidad regulatoria, así como por el rol estratégico que otorgan al control preventivo en sus sistemas de gobernanza.¹⁷

6.1. Singapur: control preventivo basado en tecnología y centralización

El modelo singapurense se caracteriza por una arquitectura de control preventivo altamente institucionalizada, basada en tres pilares: (i) centralización normativa, (ii) automatización tecnológica, y (iii) profesionalización del cuerpo auditor. La Auditoría General de Singapur (*Auditor-General's Office*, AGO) ejerce funciones de control preventivo sobre adquisiciones públicas, procesos de contratación y ejecución presupuestaria, con base en un conjunto de normas técnicas obligatorias y plataformas digitales interconectadas.¹⁸

Una de las herramientas más eficaces es el sistema *GeBIZ* (*Government Electronic Business*), que integra todas las fases de contratación pública y permite auditorías preventivas automatizadas antes de que los contratos sean adjudicados. Esta plataforma genera alertas de riesgo, impide la firma de contratos sin verificación previa y garantiza trazabilidad documental. La digitalización, combinada con la existencia de *compliance units* internas, permite que el control preventivo sea continuo, objetivo y mínimamente intrusivo.

16. Banco Interamericano de Desarrollo (BID), *Instituciones para el desarrollo: la supervisión pública en América Latina*, Washington D.C., 2022.

17. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), *Government at a Glance 2021* (París: OECD Publishing, 2021), 42–48.

18. Auditor-General's Office (AGO) of Singapore, *Annual Report 2022* (Singapore: AGO, 2022), 15–27.

Además, Singapur ha invertido en el desarrollo de un cuerpo profesional de auditores, con formación interdisciplinaria y fuerte rotación interna, lo que evita la captura institucional y garantiza independencia técnica. La legislación penal y administrativa refuerza el esquema preventivo, con sanciones eficaces ante incumplimientos del control previo y mecanismos de protección al denunciante.¹⁹

6.2. Noruega: prevención integrada a la gestión del riesgo institucional

En el caso noruego, el control previo no opera como una función autónoma de un ente fiscalizador, sino como un componente transversal del sistema de gestión pública. El modelo se fundamenta en el principio de responsabilidad administrativa, que impone a cada entidad la obligación de prevenir errores, irregularidades y abusos antes de ejecutar cualquier acto con efectos jurídicos o presupuestarios.²⁰

La Agencia Noruega de Auditoría (*Riksrevisjonen*) no realiza intervenciones directas sobre actos administrativos específicos, sino que supervisa que las entidades apliquen mecanismos de autoevaluación, análisis de riesgos y auditorías internas con enfoque preventivo. La normativa noruega exige la elaboración de matrices de riesgo y la implementación de controles internos documentados y verificables como condición previa para la ejecución presupuestaria.

Este modelo se apoya en una cultura de transparencia institucional, fuerte autonomía técnica y mecanismos colaborativos entre la auditoría externa y las unidades internas. La prevención no se concibe como una interferencia, sino como una obligación positiva de la administración pública para proteger el interés general.²¹

6.3. Nueva Zelanda: control preventivo desde la ética pública y el acceso a la información

Nueva Zelanda ha desarrollado un enfoque preventivo del control público sustentado en la promoción de la integridad y la ética institucional. El contralor general (*Controller and Auditor-General*) supervisa el cumplimiento de principios de legalidad, economía y eficiencia antes de la ejecución de decisiones públicas, especialmente en lo relativo a contratos, subvenciones y gasto público.²²

El modelo se articula mediante auditorías preventivas programadas y revisiones *ex ante* de políticas públicas, con énfasis en la rendición de cuentas parlamentaria. Además, el sistema de control se vincula con el marco legal de acceso a la información, que obliga a las entidades a publicar decisiones relevantes, justificaciones técnicas y criterios de evaluación, lo que actúa como un mecanismo de disuasión y control social.²³

En este modelo, la prevención se basa en la combinación de normas éticas obligatorias, sistemas de monitoreo anticipado y cultura institucional. La formación de los funcionarios públicos incluye contenidos de ética, gestión de riesgos y legalidad anticipada, lo cual refuerza el carácter preventivo del sistema sin necesidad de un órgano contralor omnipresente.

19. Transparency International, *Corruption Perceptions Index 2022* (Berlín: Transparency International, 2022), 9–10.

20. Riksrevisjonen, *Annual Report 2021–2022* (Oslo: Office of the Auditor General of Norway, 2022), 11–18.

21. United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC), *Strengthening Preventive Anti-Corruption Measures in the Public Sector* (Viena: UNODC, 2019), 36–38.

22. Controller and Auditor-General of New Zealand, *The Auditor-General's work programme 2022/23* (Wellington: Office of the Auditor-General, 2022), 5–13.

23. New Zealand State Services Commission, *Standards of Integrity and Conduct* (Wellington: SSC, 2020), 7–9.

7. Recomendaciones para una política pública de control preventivo en el Ecuador

A partir del diagnóstico jurídico e institucional desarrollado en este artículo, y considerando las experiencias internacionales revisadas, se propone una serie de recomendaciones orientadas a fortalecer el control previo en el marco de una política pública coherente con los principios de legalidad, eficiencia y prevención de la corrupción. Estas recomendaciones no constituyen un rediseño normativo integral, sino líneas de acción progresivas que pueden ser adoptadas por la Contraloría General del Estado, el legislador y otros actores del sistema administrativo ecuatoriano.

7.1. Establecer un marco normativo técnico y vinculante

El primer paso necesario es la elaboración de un reglamento técnico específico sobre control previo, expedido mediante norma con jerarquía adecuada (preferiblemente legal o reglamentaria). Este instrumento debe definir los sujetos obligados, actos sujetos a control, plazos, fases del procedimiento, metodologías aplicables y consecuencias jurídicas de su incumplimiento. Este marco debe superar la práctica actual basada en oficios y memorandos internos sin fuerza normativa.

La jurisprudencia constitucional ha señalado que el ejercicio de competencias públicas debe estar sustentado en normas jerárquicamente válidas y elaboradas conforme al principio de legalidad.²⁴ En este sentido, la regulación del control previo requiere formalización normativa, no solo por razones técnicas, sino para garantizar previsibilidad, igualdad y seguridad jurídica en su aplicación.

7.2. Integrar el control previo al sistema de control interno y de gestión de riesgos

El control previo debe articularse funcionalmente con las unidades de auditoría interna de las entidades públicas, así como con los sistemas de planificación, contratación y presupuesto. Para ello, se recomienda establecer protocolos de coordinación interinstitucional y herramientas de interoperabilidad que permitan detectar riesgos de manera oportuna, sin duplicación de funciones ni interferencia institucional.

Tal como se observó en el modelo noruego, el enfoque preventivo es más eficaz cuando está integrado a la gestión administrativa cotidiana, bajo esquemas de autorresponsabilidad institucional.²⁵ Por tanto, el fortalecimiento del control previo exige una reforma organizacional que promueva su articulación transversal.

7.3. Profesionalizar y capacitar al talento humano en prevención

Uno de los principales déficits del sistema actual es la carencia de capacidades técnicas especializadas en control preventivo. Se recomienda la creación de un programa permanente de formación en auditoría anticipada, análisis de riesgo legal y financiero, trazabilidad y control *ex ante*, dirigido tanto a funcionarios de la CGE como a auditores internos y planificadores institucionales.

Como se ha demostrado en los modelos de Singapur y Nueva Zelanda, el fortalecimiento del control preventivo no solo depende de normas o tecnologías, sino de capital humano competente, éticamente comprometido y profesionalmente actualizado.²⁶

24. Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 49-19-IN/21, Registro Oficial Suplemento No. 493, 2 de julio de 2021.

25. Riksrevisjonen, *Annual Report 2021–2022* (Oslo: Office of the Auditor General of Norway, 2022), 13–18.

26. Controller and Auditor-General of New Zealand, *The Auditor-General's work programme 2022/23* (Wellington: Office of the Auditor-General, 2022), 8–11.

7.4. Incorporar herramientas tecnológicas de verificación anticipada

La digitalización es clave para modernizar el control previo. Se recomienda el desarrollo de un sistema informático de seguimiento anticipado que integre bases de datos de compras públicas, planificación, contratación y ejecución presupuestaria, con funciones de alerta temprana, trazabilidad y auditoría automática. Este sistema debería operar bajo estándares de interoperabilidad y permitir accesos diferenciados a auditores internos, órganos de control y organismos de supervisión externa.

La experiencia de Singapur con el sistema *GeBIZ* demuestra que la tecnología puede reducir la carga administrativa del control previo y aumentar su efectividad sin burocratizar la gestión pública.²⁷

7.5. Promover una cultura institucional de integridad y prevención

Más allá de los aspectos técnicos, el control previo debe insertarse en una política pública de integridad institucional, entendida como una cultura organizacional orientada a la legalidad, la ética pública y la transparencia. Para ello, es necesario que la CGE adopte un enfoque menos punitivo y más formativo, promoviendo acciones de orientación, asistencia técnica y acompañamiento a las entidades públicas en la implementación de buenas prácticas de prevención.

Como señala la doctrina, los sistemas de control más eficaces son aquellos que combinan supervisión técnica con legitimidad social y cultura de cumplimiento, y no los que se limitan a funciones sancionadoras o restrictivas.²⁸

8. Conclusión

El control previo, en tanto figura jurídica consagrada en la Constitución del Ecuador, representa una herramienta con alto potencial para fortalecer la institucionalidad democrática y prevenir actos de corrupción en la administración pública. No obstante, los resultados de este estudio evidencian que su desarrollo en el ordenamiento jurídico ecuatoriano ha sido limitado, fragmentario y, en muchos casos, meramente simbólico, lo que ha generado una brecha significativa entre su reconocimiento normativo y su aplicación efectiva.

En este sentido, se confirma la hipótesis planteada: el control previo no ha logrado consolidarse como un mecanismo estructural de prevención, sino que ha sido aplicado de manera discrecional y reactiva. La ausencia de un marco normativo técnico, la falta de protocolos claros y la debilidad de su institucionalización han contribuido a su ineficacia, comprometiéndose principios fundamentales como la seguridad jurídica, la transparencia y la eficiencia administrativa.

Asimismo, el diagnóstico institucional demuestra que el control previo no se encuentra integrado al sistema de control interno ni a los ciclos de gestión pública, lo que limita su operatividad. La insuficiencia de capacidades técnicas, la débil articulación interinstitucional y la carencia de herramientas tecnológicas refuerzan un modelo centrado en el control posterior, reduciendo el potencial preventivo del sistema.

En contraste, el análisis comparado con los modelos de Singapur, Noruega y Nueva Zelanda permite evidenciar que el control previo puede ser altamente eficaz cuando se sustenta en un marco normativo claro, en la profesionalización del talento humano, en el uso estratégico de la tecnología y en una cultura institucional orientada a la integridad. Estas experiencias demuestran que la prevención no constituye un obstáculo para la gestión pública, sino una condición para su legitimidad y sostenibilidad.

27. Auditor-General's Office (AGO) of Singapore, *Annual Report 2022* (Singapore: AGO, 2022), 17–24.

28. Rose-Ackerman, Susan, *Corruption and Government: Causes, Consequences, and Reform*, 2nd ed. (Cambridge: Cambridge University Press, 2016), 233–237.

En consecuencia, el principal aporte de este estudio radica en demostrar que el fortalecimiento de esta herramienta requiere una transformación integral que combine reformas normativas, rediseño institucional e innovación tecnológica. Las recomendaciones propuestas como la creación de un reglamento específico, la interoperabilidad de sistemas, la capacitación especializada y la incorporación de medios digitales constituyen líneas de acción viables para su consolidación como política pública.

Finalmente, se concluye que el desarrollo efectivo del control previo no depende únicamente de ajustes técnicos, sino de voluntad política, compromiso institucional y cambio cultural. Su consolidación como política de Estado resulta indispensable para avanzar hacia un modelo de administración pública más transparente, eficiente y orientado al interés general.

Referencias

- Bovens, Mark. "Information and accountability: Transparency in the digital age." *Public Administration Review* 74, no. 5 (2014): 701–710.
- Álvarez, Enrique. *Metodología jurídica y análisis doctrinal*. Madrid: Dykinson, 2017.
- Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD). *Government at a Glance 2021*. París: OECD Publishing, 2021.
- Transparency International. *Corruption Perceptions Index 2022*. Berlín: Transparency International, 2022.
- Gordillo, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2021.
- Rose-Ackerman, Susan. *Corruption and Government: Causes, Consequences, and Reform*. 2nd ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.
- Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449, 20 de octubre de 2008.
- Asamblea Nacional del Ecuador. *Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado*. Registro Oficial Suplemento No. 595, 12 de junio de 2002.
- Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia No. 49-19-IN/21*. Registro Oficial Suplemento No. 493, 2 de julio de 2021.
- Pérez Sánchez, Emilia Doménica. *El control previo como herramienta de fortalecimiento institucional en el Ecuador*. Tesis de grado, Universidad del Azuay, 2023.
- Contraloría General del Estado. *Informe de control de emergencia sanitaria – COVID-19*. Quito, 2020.
- Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD). *Public Integrity Handbook*. París: OECD Publishing, 2020.
- Banco Interamericano de Desarrollo (BID). *Instituciones para el desarrollo: la supervisión pública en América Latina*. Washington D.C., 2022.
- Auditor-General's Office (AGO) of Singapore. *Annual Report 2022*. Singapore, 2022.
- Riksrevisjonen. *Annual Report 2021–2022*. Oslo: Office of the Auditor General of Norway, 2022.
- Controller and Auditor-General of New Zealand. *The Auditor-General's work programme 2022/23*. Wellington, 2022.
- New Zealand State Services Commission. *Standards of Integrity and Conduct*. Wellington, 2020.
- United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC). *Strengthening Preventive Anti-Corruption Measures in the Public Sector*. Vienna, 2019.

S | SALGADO & POLO
P |

 A B O G A D O S

Debido proceso y control del gasto público: modelos comparados y alternativas institucionales para el Ecuador

Due Process and Public Expenditure Control: Comparative Models and Institutional Alternatives for Ecuador

Felipe José Palacios Quezada*
Universidad del Azuay
<https://orcid.org/0009-0004-4563-3423>

Fecha de recepción: 4 de febrero de 2026
Fecha de aceptación: 15 de marzo de 2026

Resumen

El modelo ecuatoriano de control externo del gasto público concentrado en la Contraloría General del Estado presenta un déficit estructural de imparcialidad, ya que reúne en un mismo órgano la auditoría, la determinación de responsabilidades y, en ciertos supuestos, la ejecución de efectos patrimoniales. Esto sucede reconociendo que esta concentración tensiona el debido proceso y compromete la legitimidad del control, incrementando así el riesgo de arbitrariedad selectiva o instrumentalización política. Este artículo, con base en estándares internacionales y en el marco constitucional ecuatoriano, realiza un diagnóstico del diseño vigente y evalúa recientes reformas. Además demuestra que la actual separación es mayormente intra-orgánica y no elimina el riesgo del sesgo institucional derivado de un “circuito funcional completo” bajo una misma cadena jerárquica con competencias que no contribuyen a la imparcialidad. A partir de un estudio del Derecho comparado, se sistematizan las tipologías de Entidades Fiscalizadoras Superiores (*Westminster*, napoleónica/jurisdiccional y colegiada) y se valoran alternativas institucionales para el Ecuador. La propuesta preferente es un órgano administrativo colegiado sin jurisdicción contable plena, debido a su capacidad para reducir la arbitrariedad gracias a la deliberación plural. Por otro lado, se asegura la separación decisoria efectiva manteniendo un control judicial contencioso administrativo robusto.

Abstract

Ecuador's external public spending oversight model, concentrated in the Office of the Comptroller General of the State (*Contraloría General del Estado*), exhibits a structural impartiality deficit insofar as it concentrates within a single body the audit function, the determination of administrative and financial liabilities, and, in certain cases, the enforcement of resulting pecuniary effects. This concentration strains due process and undermines the legitimacy of external control, thereby increasing the risk of selective arbitrariness or political instrumentalization. Drawing on international standards and Ecuador's constitutional framework, the article diagnoses the current institutional design and assesses recent reforms, showing that the existing separation of roles remains largely intra-organizational and does not remove the risk of institutional bias stemming from a “complete functional circuit” operating under a single hierarchical chain of command with powers that do not secure impartiality. On the

*Estudiante de Derecho en la Universidad del Azuay. Cursó el Diplomado Internacional “Public Law and Economics” (Universidad Católica de Cuenca, Pontificia Universidad Javeriana, Universidad Autónoma de Chile y la Asociación Latinoamericana de Derecho y Economía). Complementa su formación con programas de liderazgo y formación política (Polis; PDG Consulting). Participó como “Parlamentario Andino por un día” (2024).

basis of comparative law, it systematizes the main typologies of Supreme Audit Institutions (the Westminster model, the Napoleonic/jurisdictional model, and the collegiate model) and evaluates institutional alternatives for Ecuador. The preferred proposal is an administrative collegiate body without full accounting jurisdiction, given its capacity to curb arbitrariness through plural deliberation, ensure effective decisional separation, and preserve robust judicial review before the contentious-administrative courts.

Palabras clave:

control del gasto público, Contraloría General del Estado, Tribunal de Cuentas, Entidades Fiscalizadoras Superiores, debido proceso, independencia institucional

Keywords:

public spending control, Comptroller General's Office, Court of Auditors, supreme audit institutions, due process, institutional independence

Introducción

Dentro de un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, el control del gasto público es un pilar fundamental que, para su óptima regulación, no se debe agotar en discursos anticorrupción, sino en un arduo análisis acerca de la distribución de competencias para producir resultados verificables sin erosionar garantías básicas dentro de un Estado de Derecho. Según Guillermo O'Donnell, un elemento clave para el republicanismo es la existencia de "horizontal accountability" que consiste en la presencia de órganos legalmente habilitados, autorizados y capacitados para la fiscalización rutinaria y sanción, por lo que deben contar con suficiente autonomía.¹ Es por este motivo que se debe realizar una profunda reflexión sobre el diseño de control del gasto público en el Ecuador.

La discusión institucional contemporánea en el plano doctrinal y técnico del control externo durante la fiscalización pública cuenta ya con un amplio desarrollo. La Organización Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores, de la cual la Contraloría General del Estado (en adelante CGE) es miembro de pleno derecho, ha emitido distintos estándares técnicos aplicables. Entre ellos se encuentra la "Declaración de Lima" (INTOSAI-P1) considerada como la "Magna Carta de la auditoría gubernamental externa". La misma, determina que es necesaria una independencia de las Entidades Fiscalizadoras Superiores (en adelante EFS) no solo en el ámbito funcional, sino también financiero y gerencial/administrativo.² Asimismo, la Declaración de México (INTOSAI-P 10) recoge ocho principios para garantizar esta independencia, entre ellos sobresalen la necesidad de un marco constitucional y legal eficaz, la independencia de las autoridades superiores de las EFS, un mandato suficientemente amplio, facultades para auditar y autonomía institucional.³ Bajo esta misma línea, resalta la Resolución 69/228 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, en donde se reconoce que las EFS solo pueden desempeñar sus tareas de forma objetiva y eficaz si son independientes de la entidad auditada y están protegidas de toda influencia externa.⁴ Como mencionó Jaime Rodríguez Arana, es indispensable que los integrantes del órgano decisorio, unilateral o colectivo, según los casos, estén investidos de imparcialidad objetiva. Y no solo que estén revestidos formalmente de esta condición, sino que materialmente puedan desempeñar sus funciones con garantías reales de imparcialidad objetiva.⁵

Estos estándares fijan una vara analítica exigente, puesto que el órgano de control externo concentra impulso procedimental, prerrogativas de auditoría y potestad sancionadora. Por ello, requiere de una independencia de hecho (capacidad real de actuar) y de derecho (garantías normativas). Esta independencia es una condición de legitimidad para su función de control. Sin la misma existen riesgos graves para el Estado de derecho, como la impunidad administrativa o la instrumentalidad política del control externo, generando así arbitrariedad selectiva.

1. Guillermo O'Donnell, "Accountability horizontal", *Estudios Políticos*, n.º 19 (abril 2013): 26, <https://doi.org/10.22201/fcpys.24484903e.1998.19.37205>.

2. Organización Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores, *INTOSAI 40: Transparencia, Rendición de Cuentas y Buena Gobernanza. 40º Aniversario de la Declaración de Lima (1977-2017)* (INTOSAI, 2017), 1-28.

3. Organización Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores, *INTOSAI-P 10: Declaración de México sobre la Independencia de las EFS* (INTOSAI, 2019), 6-12.

4. Asamblea General de las Naciones Unidas, *Resolución 69/228: Promover y fomentar la eficiencia, la rendición de cuentas, la eficacia y la transparencia de la administración pública mediante el fortalecimiento de las entidades fiscalizadoras superiores* (Naciones Unidas, 2014), 2.

5. Jaime Rodríguez Arana, "Prólogo", en *Presunción de inocencia e imparcialidad objetiva en el procedimiento administrativo sancionador*, de Pierino Stucchi López Raygada (Lima: Palestra Editores, 2023), 8.

Potestad sancionadora, debido proceso y garantías aplicables

Para este análisis, se debe considerar que la potestad sancionadora se encuentra contenida en el *ius puniendi estatal*, con distintas garantías y rasgos que la diferencian de la sanción penal.⁶ A pesar de ello, como lo delimita Andrés Moreta, es necesario recalcar que en el contexto ecuatoriano son aplicables garantías propias del proceso penal al proceso sancionador.⁷ Por lo tanto, se debe respetar el debido proceso legal. En nuestro ordenamiento jurídico, la Constitución manda que en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso. Este incluirá distintas garantías básicas.

En el Ecuador, la Constitución entiende a la Contraloría General del Estado como un organismo técnico encargado del control de la utilización de los recursos estatales, la consecución de los objetivos de las instituciones del Estado y de las personas jurídicas de derecho privado que dispongan de recursos públicos.⁸ Entre sus facultades nos encontramos con la determinación de responsabilidades administrativas y civiles culposas, como también indicios de responsabilidad penal.⁹ Además, cuenta con su propia Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado (en adelante LOCGE). Por lo que este organismo al no solo dirigir el sistema de control administrativo, sino determinar responsabilidades, genera que el debate acerca de la separación de funciones, garantías procedimentales y legitimidad institucional cobre especial relevancia.

Antes de adentrarnos en la discusión del nuevo diseño de control, debemos comprender su importancia en el constitucionalismo desde el "garantismo". Luigi Ferrajoli lo define como el conjunto de límites y vínculos impuestos a todos los poderes públicos y privados. Esta doctrina busca tutelar, mediante la sujeción a la ley y a los derechos fundamentales, tanto las esferas privadas como la pública.¹⁰ En este sentido, se identifica que el garantismo necesita del constitucionalismo para hacer realidad su programa ilustrado. Por su parte, el constitucionalismo se alimenta del proyecto garantista para condicionar la legitimidad del poder. Dicho condicionamiento exige el cumplimiento de pautas morales que se condensan en los derechos fundamentales.¹¹ En el propio control externo, la evaluación, desde su perspectiva de legalidad, es una figura jurídica que adquiere naturaleza de garantía institucional. La misma constituye la salvaguarda de derechos de los ciudadanos y potencia su relación de confianza en los gestores públicos.¹² Es por esta función de garantía institucional que el diseño del control externo debe funcionar con base en distintos principios, que se convierten en criterios operativos para evaluar el modelo vigente y analizar cualquier otra alternativa institucional de control.

Reconociendo que la Constitución, en su artículo 226, constituye el principio de legalidad al delimitar que las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Dentro del Derecho administrativo, es necesario comprender que las actuaciones administrativas están dotadas de los valores intrínsecos que han inspirado la expedición de dichos

6. Raúl Letelier Wartenberg, "Garantías penales y sanciones administrativas", *Política Criminal* 12, n.º 24 (diciembre 2017): 671, <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992017000200622>

7. Andrés Moreta, *Derecho Administrativo ecuatoriano*, (Legalité, 2023), 604.

8. Ecuador, Constitución de la República, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 211.

9. Id., art. 212.

10. Luigi Ferrajoli, *Principia iuris: Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho* (Madrid: Trotta, 2011), 188.

11. Luis Prieto, "El Constitucionalismo de los derechos", en *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogido*, ed. Miguel Carbonell (Trotta, 2007), p. 213

12. Paloma Biglino Campos y Juan Fernando Durán Alba "Pluralismo territorial y articulación del control externo de las cuentas públicas" *Revista Española de control externo* X, N° 30 (2008): 180, <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2922609.pdf>

instrumentos normativos. Por este motivo, en el Código Orgánico Administrativo (en adelante COA) nos encontramos con un principio de legalidad objetiva o también llamado principio de juridicidad. Esto implica no solamente una sujeción de la actuación administrativa a otras normas de jerarquía superior a la ley como es la Constitución y los tratados internacionales, sino revestir dicha actuación de justicia y razonabilidad.¹³ Es por este motivo que el diseño del control externo debe velar por el respeto de juridicidad. Ello debe ocurrir sin desconocer el principio de control del artículo 20 del COA. Esta norma determina que no se debe menoscabar las competencias del órgano controlado ni tampoco sustituirlo. Otro principio que adquiere especial relevancia es que el diseño de control externo debe respetar la transparencia. Así se establece en el artículo 227 de la Constitución y el artículo 12 del COA. Este último resalta el derecho de las personas a acceder a los registros, expedientes y archivos administrativos. Este principio de transparencia se convierte en una condición de legitimidad. Permite que las decisiones, hallazgos y razonamientos sean trazables y comprensibles para la ciudadanía. Asimismo, estos deben ser eficientes y eficaces.

Una de las mayores preocupaciones dentro del diseño institucional de control externo es realizar sus funciones asegurando el debido proceso. Asimismo, se deben garantizar las normas aplicables a la determinación de responsabilidades. La Constitución, en su artículo 76, manda que en todo proceso donde se determinen derechos y obligaciones se asegure el derecho al debido proceso. Este derecho incluirá distintas garantías básicas. Lo anterior cobra especial relevancia durante los procedimientos de determinación o predeterminación de responsabilidades en materia de control del gasto público, pues en ellos se determinan obligaciones patrimoniales, sanciones administrativas, glosas y multas.

Antes de delimitar las garantías fundamentales que requiere el modelo de control, se lo debe analizar bajo una visión doctrinaria, como menciona Cristián Román Cordero. El sometimiento de las sanciones administrativas a principios y garantías penales exige identificarlas con precisión. Se trata de un régimen jurídico específico y diferente del que se aplica a otros actos de gravamen.¹⁴ A pesar de ello, la propia Corte Constitucional Ecuatoriana, en su sentencia 10-20-CN/20, señala que todo procedimiento o decisión de autoridad pública, sea administrativa o judicial, que pueda tener una afectación en los derechos de una persona, debe sujetarse a las reglas del debido proceso legal. Por lo que el contenido y alcance de las garantías del debido proceso, desarrollado por la jurisprudencia constitucional, es también aplicable a los procedimientos administrativos en los que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden.¹⁵

En este momento debemos realizar una aclaración necesaria. Aunque la determinación de responsabilidades de la CGE se rige por un régimen especial, el COA excluye del procedimiento administrativo los trámites derivados del control de recursos públicos.¹⁶ Ello no significa que el control opere fuera de la potestad sancionadora estatal ni de sus garantías. Cuando la CGE determina responsabilidad administrativa, ejerce una manifestación del *ius puniendi*. Por lo que debe sujetarse a estándares de debido proceso y motivación reforzada. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá, determina lo siguiente: "Si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula 'Garantías Judiciales', su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto". La Corte añade que se refiere al: "conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos".

13. Andrés Moreta, *Derecho Administrativo ecuatoriano*, 17.

14. Cristián Román Cordero, "El debido procedimiento administrativo sancionador", *Revista de Derecho Público*, n.º 71 (2014): 195, <https://revistaderechopublico.uchile.cl/index.php/RDPU/article/view/35692>

15. Corte Constitucional del Ecuador, "Sentencia No. 10-20-CN/20" (19 de agosto de 2020), Caso No. 10-20-CN, p. 24.

16. Ecuador, *Código Orgánico Administrativo* (COA), Registro Oficial Suplemento 31, 7 de julio de 2017, art. 134.

Concluye que: "cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal".¹⁷ A pesar de que la responsabilidad civil culposa tenga una lógica principalmente resarcitoria y los indicios penales no constituyan sanción, todos estos procesos inciden en derechos y obligaciones y, por tanto, quedan sometidos al Art. 76 de la Constitución. En consecuencia, el COA no actúa aquí como "código rector" del procedimiento, pero sus principios típicos del derecho sancionador administrativo pueden operar como estándares internos de contraste. Su fin es evaluar si el diseño analizado asegura una separación funcional real, imparcialidad objetiva y garantías del debido proceso, evitando que la especialidad normativa se traduzca en una reducción de garantías.

Diagnóstico del modelo ecuatoriano vigente: concentración funcional en la CGE

En el diseño institucional ecuatoriano, la CGE es un organismo técnico superior, es una persona jurídica de derecho público con autonomía administrativa, presupuestaria y financiera. Se encuentra dirigida y representada legalmente por el Contralor General.¹⁸ La Constitución le asigna cuatro funciones medulares: 1) dirigir el sistema de control administrativo, lo que incluye la auditoría interna, externa y el control interno; 2) determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal; 3) expedir la normativa para el cumplimiento de sus funciones; y 4) asesorar a los órganos y entidades del Estado cuando se le solicite. Estas prerrogativas se encuentran desarrolladas dentro del artículo 31 de la LOCGE.

La LOCGE determina que la ejecución del sistema de control, fiscalización y auditoría se realizan por medio del control interno y el control externo. Este último es competencia de la CGE.¹⁹ Esto resulta importante puesto que el "producto" de la ejecución del sistema de control produce efectos jurídicos que pueden llegar a incidir dentro de la esfera de derechos, obligaciones, patrimonio de las personas. Se debe reconocer que la auditoría gubernamental consiste en un sistema integrado de asesoría, asistencia y prevención de riesgos. Por lo que, bajo un análisis del derecho administrativo, la CGE es un organismo de doble dimensión técnica y jurídica.

Finalmente, cuando el control deriva en obligaciones de pago o reintegro, existe incluso la posibilidad de ejecutar las obligaciones derivadas de resoluciones confirmatorias mediante la acción coactiva por parte de la CGE. La naturaleza jurídica de la coactiva se entiende como la atribución que el ordenamiento jurídico les otorga a ciertos servidores de la administración pública. Esta facultad permite cobrar créditos o deudas públicas a través de un procedimiento específico establecido por la ley.²⁰ Lo que nos lleva a la conclusión de que el modelo actual no solo audita, sino también decide sobre la responsabilidad, así como ejecuta el cobro. Es decir, concentra un circuito funcional completo, en donde el mismo órgano inicia y dirige auditorías, produce recomendaciones obligatorias, determina responsabilidades administrativas y civiles culposas (además de los indicios penales) y puede llegar a ejecutar coactivamente la recaudación derivada de sus resoluciones.

Un primer problema de diseño está presente incluso antes de la determinación de la responsabilidad. Este se sitúa en el mismo ámbito de la auditoría. El artículo 26 de la LOCGE dispone que los informes se tramiten en 180 días improrrogables. Dicho plazo corre desde

17. Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá" (2 de febrero de 2001), Serie C No. 72, p. 124.

18. Ecuador, *Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado* (LOCGE), Registro Oficial Suplemento 595, 12 de junio de 2002, art. 29.

19. Id., art. 18.

20. Andrés Moreta, *Derecho Administrativo ecuatoriano*, 641.

la emisión de la orden de trabajo hasta su aprobación. Una vez suscritos por la dirección competente, deben ser aprobados por el Contralor o su delegado en un término máximo de 30 días improrrogables. Este diseño concentra la aprobación del informe en el mismo órgano. Este documento es el insumo típico para la determinación de responsabilidades. Además, el artículo 39 de la ley atribuye a la CGE la potestad exclusiva en esta materia. La institución puede determinar responsabilidades administrativas, civiles culposas e indicios penales. Esto refuerza el carácter concentrado del poder decisorio.

El 22 de enero de 2025 se expidió “Reglamento de Determinación de Responsabilidades de la Contraloría General del Estado”. Este instrumento introduce una separación funcional interna. Tras la aprobación del informe de auditoría, se activan las etapas de predeterminación y determinación. En ellas intervienen la Dirección Nacional de Predeterminación de Responsabilidades (en adelante DNPRES) y la Dirección Nacional de Responsabilidades (en adelante DNR), respectivamente. La DNPRES, con base en los informes aprobados, verifica la consistencia del expediente. Esta dirección aclara o rectifica inconsistencias que encuentre en los anexos e incluso puede llegar a predeterminar responsabilidades sobre estos hallazgos.²¹ Tras esto, la DNR emite la resolución motivada confirmando, desvaneciendo total o parcialmente la predeterminación.²² Este apartado constituye, de igual forma, un problema. A pesar de existir una «separación» por direcciones que parece cumplir con la imparcialidad constitucional, el procedimiento tiene debilidades. Debemos comprender que el sistema sigue basándose en el núcleo auditor como fuente de verdad técnica. Para la predeterminación y posterior determinación de responsabilidades, la base sigue siendo el informe de auditoría. Este documento es aprobado por el mismo Contralor que impone la sanción. Cuando la administración ejerce su potestad sancionadora, se debe asegurar la imparcialidad. De este modo, se evita que la autoridad actúe como juez de su propia causa.²³ Por estos motivos se puede mencionar que, aunque el reglamento mejora la trazabilidad de los procesos, mantiene rasgos estructurales que afectan el óptimo desarrollo del control externo. Esto se debe a que siguen contando con el mismo sesgo institucional que puede inferir en la decisión.

En la misma línea, el Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por Procesos de la CGE (Acuerdo 015-CG-2020) permite identificar que la “separación” que introduce el reglamento sigue siendo ineficiente. Esto se debe a que el diseño orgánico mantiene un hilo jerárquico y funcional continuo. Entre las funciones que este estatuto delimita al Contralor, este no solo dicta normativa sobre su control sino también ordena y aprueba los informes de contraloría, planifica, organiza, dirige, coordina y controla las actividades de la CGE, así como también determina, responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal, relacionadas con los aspectos sujetos a su control.²⁴ Por su parte, el Subcontralor General concentra entre sus funciones el coordinar, evaluar y controlar las unidades bajo su dependencia y aprobar, previo conocimiento del Contralor General, los estudios y proyectos que elaboren las unidades administrativas, por otro lado, como su principal función el subrogar al Contralor.²⁵ Todas estas facultades claramente debilitan cualquier pretensión de “distancia” institucional entre quien audita o determina. Por lo que, en suma, el Estatuto muestra que, aún con división interna de roles, el modelo conserva un mismo tronco de dirección que audita, decide, revisa y ejecuta los efectos patrimoniales. Esto da como resultado la afectación a la imparcialidad de la decisión.

21. Ecuador, *Reglamento de Determinación de Responsabilidades de la Contraloría General del Estado*, Registro Oficial, Cuarto suplemento 727,22 de enero del 2025, art. 25.

22. Id., art. 45.

23. Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo 2: La defensa del usuario y del administrado*, 8.ª ed. (Fundación de Derecho Administrativo, 2006), 349.

24. Contraloría General del Estado, *Estatuto orgánico pro procesos de la Contraloría General del Estado*, Registro Oficial Especial 852, 05 de agosto del 2020, art. 8.

25. Id., art. 9.

Tipologías comparadas de EFS y lecciones para el Ecuador

El principal problema del modelo institucional ecuatoriano vigente es que concentra auditoría, determinación de responsabilidades y cobro, lo que tensiona la imparcialidad y las garantías del debido proceso. En consecuencia, el debate debe orientarse a reforzar la independencia y asegurar una separación real de funciones en el control externo. Bajo esta lógica, es necesario reconocer que existen distintos modelos de EFS. A través de un estudio del derecho comparado, nos encontramos principalmente con tres familias.

El primero es el modelo de *Westminster*, este es un organismo técnico de auditoría que se constituye por un ente unipersonal que no forma parte del poder judicial ni del poder ejecutivo. Por lo tanto, sus informes se centran en temas técnicos financieros y, en caso de encontrar presuntas irregularidades, deben remitir dichos informes a la jurisdicción ordinaria.²⁶ Este modelo se encuentra integrado por auditores profesionales y expertos técnicos que presentan informes periódicos sobre los estados financieros y las operaciones de entidades públicas. Esto sucede con menor énfasis en el cumplimiento legal que en el modelo judicial.²⁷ Además, no posee potestad sancionadora o jurisdiccional, sino que ejerce una función técnica e independiente de apoyo al control político.²⁸

El modelo judicial o napoleónico se caracteriza porque el órgano de control no solo audita, sino que además ejerce funciones jurisdiccionales. Incluso se puede desempeñar como un órgano consultivo.²⁹ Este combina la fiscalización con la función jurisdiccional para exigir la responsabilidad contable a los gestores públicos. Las EFS que adoptan este modelo actúan como tribunales administrativos o contables, con potestad sancionadora o, al menos, restitutoria. Sus miembros ejercen funciones jurisdiccionales bajo un estatuto de independencia y responsabilidad personal equiparable al de los magistrados.

Este modelo forma parte del sistema judicial y tiene independencia de los poderes ejecutivo y legislativo. La EFS dicta sentencias sobre el cumplimiento de leyes y reglamentos por parte de los contables colegiados o las autoridades decisorias. También puede pronunciarse sobre las infracciones de las normas por los gestores públicos. Por otro lado, controla la periodicidad, la eficiencia y la eficacia de la gestión de las finanzas públicas. Esto se realiza, por ejemplo, informando anualmente sobre la liquidación del presupuesto del Estado o realizando cualquier tipo de auditoría.³⁰

En palabras de Pedro de Vega Blázquez, este es un órgano constitucional u órgano de relevancia constitucional de control técnico- jurídico, auxiliar en el ejercicio de la función económica y de control, sin perjuicio de su función jurisdiccional. Este autor identifica dos funciones principales del Tribunal de Cuentas. Primero está la función fiscalizadora, entendida como el sometimiento de la actividad económica-financiera del sector público a los principios de legalidad, eficiencia y economía. La misma ejerce esta función en relación con la ejecución de los programas de ingresos y gastos públicos. Existe también, la función del enjuiciamiento contable, con un estándar institucional de independencia y tecnificación.³¹

26. Gilles Miller, *Diferentes modelos de EFS*, *INTOSAI Journal* (Q2 2024) (2024): 16.

27. Banco Mundial, *Índice de Independencia de las Entidades Fiscalizadoras Superiores: Informe de síntesis general 2021* (BM, 2021); 11.

28. Santiago Martínez Argüelles, Guadalupe Fernández Espinosa y Laura Rodríguez Soler, "Evolución y desafíos de los modelos institucionales de Entidades Fiscalizadoras Superiores en perspectiva internacional", *Revista Española de Control Externo XXVII*, n.º 80 (2025): 12, <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/10473631.pdf>

29. Carlos Ernesto Becilla Peñafiel, "Las resoluciones de destitución de la Contraloría General del Estado y su impugnación, más allá de la mera legalidad" (Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2021), 28-30. <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/8409/1/T3674-MDA-CP-Becilla-Las%20resoluciones.pdf>

30. Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *Guía práctica: Fortalecimiento de la colaboración entre las Entidades Fiscalizadoras Superiores y los Órganos Anticorrupción para prevenir y combatir la corrupción* (UNODC, 2023), 87.

31. Pedro de Vega Blázquez, "La configuración Constitucional del Tribunal de Cuentas en España", *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional* 1, núm. 1 (1999): 224, <https://doi.org/10.22201/ij.24484881e.1999.1.5568>

Por último, el modelo de Consejo, Colegiado o también llamado “De junta” se ha desarrollado principalmente en Alemania, así como en Europa Central y Oriental. Es un modelo de Entidades Fiscalizadoras Superiores que funcionan sobre la base de una organización colegiada independiente de las funciones ejecutivas y legislativas, por lo que se trata de un órgano administrativo no jurisdiccional. Su objetivo es reducir la arbitrariedad gracias a la deliberación y decisión plural en el órgano colegiado. Además, debemos recalcar que la revisión judicial se puede realizar a través de la vía contenciosa administrativa.

Es necesario remarcar la existencia de modelos “híbridos” que reúnen competencias y la arquitectura institucional de los distintos “modelos puros”. Resalta por ejemplo que en Sudamérica varias EFS siguen modelos híbridos, que toman como base el modelo *Westminster*. Los mismos se encuentran adscritos al parlamento pero que también tienen funciones jurisdiccionales.³² El modelo ecuatoriano cuenta con ciertas particularidades, puesto que parte de una estructura *Westminster* pura, ya que no es un órgano jurisdiccional y su forma es unipersonal. Sin embargo, en el sentido funcional, la CGE no se limita a auditar ni reportar, sino que acumula herramientas que se enmarcan dentro de la línea de *ius puniendi administrativo*. Otro ejemplo de esta hibridación es el control externo en Ghana, pues su diseño se describe como un modelo híbrido de una EFS de tipo de *Westminster* dotada de facultades sancionadoras.³³

El Doctor Pedro Fernández de Córdova definió el Derecho Comparado como la aplicación del método comparativo al estudio del Derecho. Recalcando como una de sus finalidades, como lo mencionan también tratadistas como Saleilles, Lamber, Levy Ullman, la de encontrar un medio práctico para mejorar el Derecho existente.³⁴ Bajo este contexto, el estudio del control externo y de su legislación comparada permite elevar su calidad, asegurar garantías y mejorar su diseño institucional.

El caso español es paradigmático puesto que positiviza una doble dimensión, la primera, una fiscalización técnica del sector público; y la segunda, el enjuiciamiento contable como jurisdicción especializada. La Constitución Española en su artículo 136 reconoce al Tribunal de Cuentas como el supremo órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica del Estado, así como del sector público.³⁵ La ley Orgánica 2/1982 del 12 de mayo señala expresamente que el Tribunal cuenta con funciones de fiscalización externa y también de enjuiciamiento de la responsabilidad contable. La primera encargada del procedimiento fiscalizador y la otra encargada de los procedimientos jurisdiccionales, introduciendo la idea de una jurisdicción propia. Por lo que la terminación del procedimiento se desplaza a una sede funcionalmente diferente, evitando que se constituya la lógica de juez y parte.³⁶ Con respecto al diseño institucional, la Ley 7/1988, del 5 de abril acerca del funcionamiento del tribunal de cuentas determina un diseño de separación funcional no meramente intra-orgánico. Esto sucede puesto que la ley separa la fiscalización en departamentos y unidades técnicas especializadas del enjuiciamiento que se encuentra integrado por consejeros. Los mismos conocen el procedimiento jurisdiccional, organizados a través de salas.³⁷ Por este motivo, no debemos confundirlo con el trabajo de la CGE, ya que dentro del modelo ecuatoriano, bajo el Reglamento de Determinación de Responsabilidades, opera una división interna de trabajo dentro de la misma contraloría. Esto sucede puesto que el procedimiento nace con base en

32. Gilles Miller, *Diferentes modelos de EFS*, *INTOSAI Journal* (Q2 2024) (2024): 16.

33. Banco Mundial, *Independencia de Entidades Fiscalizadoras Superiores* (BM, 2021); 11.

34. Pedro Fernández de Córdova Álvarez, *Estudios de Derecho Comparado* (Corporación de Estudios y publicaciones, 1997), 27.

35. España, *Constitución Española*, Boletín Oficial del Estado 311, 29 de diciembre de 1978, art. 136.

36. España, *Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas*, «BOE» núm. 121, 21 de mayo de 1982.

37. España, *Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas*, Boletín Oficial del Estado núm. 84, 7 de abril de 1988.

el informe de auditoría, aprobado por el contralor. La predeterminación y determinación de responsabilidades se articula mediante dos direcciones internas de la propia CGE. Siendo esta división, aunque relevante como técnica de organización procedimental, realizada a través de direcciones internas dentro del mismo aparato de control, con continuidad institucional y una lógica potencialmente vulnerable al sesgo estructural.

El modelo portugués sigue la misma lógica, puesto que su Constitución lo reconoce como el órgano supremo de fiscalización de la legalidad de los gastos públicos y de enjuiciamiento de las cuentas. Además, cuenta con un anclaje constitucional fuerte en su función jurisdiccional. Esto sucede puesto que, en el artículo 209 de la Constitución portuguesa sobre las categorías de tribunales, el Tribunal de Cuentas se encuentra reconocido dentro de esta clasificación.³⁸

Por otro lado, el modelo brasileño presenta un control externo configurado mediante un organismo administrativo sin naturaleza jurisdiccional. Este se constituye como un organismo colegiado de control del gasto. La Constitución federal de 1988, en su artículo 71, reconoce que el control externo está a cargo del Congreso Nacional. Su ejercicio se realiza con el auxilio del Tribunal de Cuentas. De este modo, se configura como un órgano auxiliar del poder legislativo y cuenta con funciones de fiscalización en las cuentas públicas. Finalmente, se reconoce que las decisiones del tribunal de las cuales resulte imputación de deuda o multa tendrán la eficacia de título ejecutivo.³⁹ De igual forma, como un organismo administrativo colegiado resalta el órgano superior de control externo alemán conocido como *Bundesrechnungshof*. Este se define en la Ley Fundamental alemana, tal como consta en su artículo 114 (2). A pesar de ello, el modelo alemán cobra relevancia. A rasgos generales, el *Bundesrechnungshof* no determina responsabilidad en el sentido de dictar una decisión sancionadora ejecutable. En su lugar, a partir de su función fiscalizadora, remite los hallazgos a los órganos correspondientes.⁴⁰

En conjunto, la comparación entre los distintos modelos institucionales demuestra la necesidad de un tercero decisor real, externo al equipo auditor. Es decir, confirma que la solución institucional al juez y parte depende de separar de modo real el circuito técnico de auditoría y el circuito decisorio de responsabilidad, así como de asegurar la independencia entre estos dos. Como lo menciona Jaime Rodríguez Arana, la imparcialidad es consecuencia de la objetividad con la que la administración pública, y todos sus agentes, deben actuar en todo momento y circunstancia. La imparcialidad objetiva es, con certeza, una exigencia de una buena administración,⁴¹ lo que claramente se relaciona a su vez con el derecho fundamental a la Buena Administración Pública, constituido en el artículo 31 del COA.

La importancia de un nuevo diseño de EFS, ya sea un modelo napoleónico o colegiado, no debe asumirse como un simple trasplante jurídico. Como advierte Pedro Fernández de Córdova, esta variante consiste en la transposición integral de normas sin modificaciones.⁴² El éxito de un modelo exige adaptación y apropiación en el contexto receptor. Dependiendo del diseño que se adopte, surgen riesgos como la duplicidad de funciones, también puede existir fricción con la jurisdicción contencioso-administrativa y las reglas de impugnación. El artículo 173 de la Constitución permite impugnar los actos administrativos tanto en sede administrativa como ante la Función Judicial. Por lo que es necesario establecer y definir la naturaleza jurídica del nuevo modelo y sus respectivas vías de procedimiento.

38. Portugal, *Constituição da República Portuguesa*, 2 de abril de 1976, art. 209.

39. Brasil, *Constitución de la República Federativa de Brasil*, 5 de octubre de 1988, art. 71.

40. Alemania, *Ley fundamental de la República Federal Alemana*, 23 de mayo de 1949. Art. 114.

41. Jaime Rodríguez Arana, "Prólogo", en *imparcialidad objetiva en el procedimiento administrativo*, de Pierino Stucchi López Raygada, 9-12.

42. Pedro Fernández de Córdova Álvarez, *Estudios de Derecho Comparado*, 43.

Proyecto ecuatoriano de Tribunal de Cuentas: Proyecto de ley Orgánica del Tribunal de Cuentas del Estado, anatomía y tensiones

Al observar la necesidad del ordenamiento jurídico ecuatoriano de cambiar su modelo de EFS, resulta menester identificar que ya existió un intento de cambio institucional. Se trata del Proyecto de Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas del Estado (en adelante, PLOTCE). Dicho proyecto fue presentado por el Contralor Subrogante Pablo Celi. Este texto normativo buscaba transformar la Contraloría General del Estado en un órgano colegiado, el cual estaría integrado por siete "Ministros Auditores". Estos funcionarios estarían llamados a ejercer, de manera conjunta, las funciones y competencias que actualmente corresponden de forma unipersonal al Contralor General del Estado.⁴³ Desde el punto de vista orgánico, el diseño contemplaba una integración mixta de los ministros auditores, dos serían designados por la Asamblea Nacional y uno por el presidente de la República. Asimismo, dos serían elegidos mediante concurso público de méritos y oposición. Los dos restantes serían funcionarios de carrera, seleccionados a través de un concurso interno de méritos y oposición.

El proyecto procuraba desconcentrar la facultad de auditoría y la facultad de determinación de responsabilidades, generando la creación de dos salas especializadas, una de Auditoría y la otra de determinación de responsabilidades. La primera tiene entre sus principales funciones la de conocer y resolver acerca de la aprobación de los informes derivados de auditorías y/o exámenes especiales, excepto los que le competen al Pleno. La sala de determinación de responsabilidades debe conocer y resolver la predeterminación de responsabilidades civiles o administrativas. Estas derivan de los informes aprobados por la Sala de Auditoría. Asimismo, le corresponde remitir al Pleno los recursos de revisión sobre sanciones administrativas o civiles para su trámite. Por otro lado, el diseño institucional propone al Pleno del Tribunal de Cuentas como la máxima instancia de control. Esta entidad posee una extensa lista de atribuciones, entre ellas destaca la aprobación de informes que no competan a la sala de auditoría y la predeterminación de responsabilidades cuando la sala especializada no sea competente. Finalmente, el pleno ejerce la función fiscalizadora sobre el uso de recursos públicos. Como mencionó Carlos Marcelo Núñez Pérez: "El camino es aún largo y queda mucho por andar en búsqueda de mecanismos más adecuados para el control y fiscalización de los recursos públicos".⁴⁴ Sin embargo, se debe advertir que el solo cambio del sistema o adoptar un modelo que funciona en otro lugar no es condición suficiente para que se logren los objetivos trazados. El PLOTCE arrastra peligrosos errores de diseño institucional que reproducen problemas estructurales. Entre ellos destacan fallas en la distribución de competencias. Como revisamos, tanto la Sala de Auditoría como el Pleno tienen la potestad de aprobar informes de auditoría cuando no le compete al otro. A pesar de esta delimitación, dentro del proyecto de ley no se especifica cuándo le compete a la Sala de Auditoría y cuando le compete al Pleno aprobar los informes. De igual forma, otro punto sumamente grave es que el Pleno cuenta con competencias tan amplias que menoscaban a las otras salas. Esto es debido a que concentra funciones como la aprobación de informes de auditoría, la predeterminación y determinación de responsabilidades, por lo que las salas se encuentran subordinadas a la voluntad colegiada del Pleno. Para finalizar, el diseño de nombramientos genera un alto riesgo de politización de un organismo técnico. Esto provocaría que un posible Tribunal de Cuentas, bajo el modelo propuesto por el PLOTCE, genere escándalos similares a los ya vividos. Se refiere específicamente a los casos del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, cuya gestión se vio afectada por su politización institucional.

43. Ecuador, Proyecto de Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas del Estado (CGE, 2020) 4-23

44. Carlos Marcelo Núñez Pérez, "De la Contraloría hacia un Tribunal de Cuentas", *Juris Dictio*, n.º 24 (2019): 111, <https://doi.org/10.18272/iu.v24i24.1458>

Tipología de alternativas institucionales para el control externo del gasto público en Ecuador

Identificando este panorama, este fragmento del texto propone alternativas de rediseño institucional para el control del gasto público en Ecuador. Dentro de este marco, estos modelos deben concebirse como una lista de alternativas que usan como eje de diferenciación la instancia donde se adopta la decisión final que genere responsabilidades a la persona. Se debe asegurar que estos modelos incorporen garantías fundamentales, como la independencia jurídica y material. Esto debe ser conforme a los estándares de la Organización Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores. Asimismo, es necesaria la separación funcional entre la auditoría, la determinación y la ejecución. Se debe observar el debido proceso reconocido por la Constitución y los estándares interamericanos. Finalmente, se deben aplicar criterios de eficiencia y eficacia para proporcionar resultados oportunos. Todo esto debe realizarse sin menoscabar, bajo ningún concepto, las garantías básicas.

La primera opción propone mantener la CGE como la EFS principal, conservando su carácter unipersonal tradicional de un modelo *Westminster*, pero agregando modificaciones estructurales para reducir su excesiva concentración de funciones. Este nuevo diseño mantiene varias características esenciales del sistema actual de control externo como el reconocimiento de la CGE como órgano técnico unipersonal descartando alguna función jurisdiccional. De igual forma, se conserva como principal labor la auditoría de la gestión financiera del Estado mediante la emisión de informes y recomendaciones para las entidades auditadas. Esta función se centrará en un modelo de auditoría *ex post*, en lugar del control *ex ante*, enfatizando el análisis financiero y de desempeño sobre el control de cumplimiento.⁴⁵ Con respecto a las innovaciones de este diseño, se debe garantizar una separación funcional interna. Esto implica que las unidades de auditoría estén separadas, orgánica y funcionalmente, de aquellas encargadas de la determinación de responsabilidades. En la actualidad, los informes de auditoría son aprobados por la misma autoridad que ordena y dirige el examen, es decir, el contralor. Ante esto, la reforma propone un mecanismo de aprobación que garantice la independencia entre estas fases. Adicionalmente, es necesario reducir la concentración de potestades para ejecutar el cobro coactivo. Esto podría lograrse trasladando dicha función a otra entidad o reforzando los controles internos del mismo.

Este enfoque de reforma ofrece varias ventajas, pues propone una continuidad institucional, así como la conservación de la especialización técnica y capacitada del personal. Esto sucede puesto que, como ya se mencionó, las EFS del modelo de *Westminster* están compuestas por auditores y profesionales técnicos con un alto nivel de especialización.⁴⁶ No obstante, existen varias tensiones, como el riesgo de una separación nominal. Este riesgo sucede dado que es probable la persistencia del sesgo estructural debido a que continúa la dependencia al Contralor que funge como última instancia de la misma jerarquía. De esta manera, se compromete la independencia de los funcionarios hacia un sesgo institucional. Así, se concluye que esta alternativa, aunque prometedora, si no cuenta con la voluntad política ni con cambios estructurales profundos, no resuelve el dilema de juez y parte.

Otra opción es el modelo de Tribunal de Cuentas con funciones jurisdiccionales plenas, la cual consiste básicamente en desplazar el punto de cierre del proceso de responsabilidad desde la esfera meramente administrativa hacia una sede jurisdiccional. Lo cual implicaría, en la práctica, una separación orgánica y funcional de las potestades de auditoría y de la función de enjuiciamiento de la responsabilidad contable. Las competencias de fiscalización/ auditoría las seguiría haciendo la EFS (en el caso ecuatoriano la CGE), pero se requerirá la creación de una jurisdicción especializada.

45. Eugenio Dávila Flores, "La fiscalización superior y su impacto en la eficacia del gobierno de los países de la OCDE" (Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Nuevo León, 2024), 74. <http://eprints.uanl.mx/27743/1/1080312960.pdf>

46. Juocerlee Tavares Guadalupe Pereira de Lima y Vicente Lima Crisóstomo, "Cultural factors, quality of government and the effectiveness of Supreme Audit Institutions in Sub-Saharan Africa", *Cuadernos de Gobierno y Administración Pública* 9, n.º 2 (2023): 69-71, <https://doi.org/10.5209/cgap.84797>

La principal propuesta de este modelo es llevar la determinación de responsabilidades a la función judicial, dotando así que las personas cuenten con garantías jurisdiccionales robustas. También asegurando que la determinación de responsabilidad provenga de un órgano tercero imparcial, distinto del ente auditor. La configuración institucional del Tribunal de Cuentas supone la separación orgánica entre función fiscalizadora y de enjuiciamiento contable. En términos operativos, identificamos un área de auditoría y la otra de fiscalización. La primera cuenta con una estructura similar a la actual CGE, es decir, con direcciones técnicas que elaboran informes. En cambio, la otra área encargada del juicio contable se encuentra compuesta por magistrados que operan mediante salas que pueden organizarse a partir de una primera instancia y una segunda instancia de apelación dentro del mismo Tribunal de Cuentas.

La principal ventaja de este modelo es la máxima separación entre el auditor y quien determina la responsabilidad, asegurando que quien realiza la investigación técnica no es quien dicta la decisión final. Así, se configura un sistema compuesto por garantías jurisdiccionales robustas. En este sentido, un informe de INTOSAI acerca de las ventajas de las EFS con competencias jurisdiccionales para la sociedad menciona que la función jurisdiccional es una herramienta para reforzar la eficacia y la independencia de la EFS. No necesita recurrir a la competencia de otra institución, que podría cuestionar sus conclusiones. De este modo, se acorta el tiempo de respuesta a la constatación de una infracción y se concentran los medios de investigación, análisis y decisión en una sola institución, lo que resulta más eficaz y económico.⁴⁷ En la misma línea se sostiene que el ejercicio eficaz, conforme a las normas profesionales, de las competencias jurisdiccionales de una EFS mejora la gobernanza de los Estados. Entre otros beneficios, fortalece la confianza de la ciudadanía en la gestión de los fondos públicos y refuerza la credibilidad y la legitimidad de los dirigentes.⁴⁸

Pese a sus garantías robustas, este modelo conlleva, a su vez, desafíos jurídicos como operativos significativos. Uno de estos es que este modelo podría entrar en tensión con la Constitución ecuatoriana, pues el Art. 167 manda que la potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por los órganos de la Función Judicial. Sin embargo, las funciones de la CGE se encuentran dentro de la Función de Transparencia y Control Social. Además, existe una duplicidad de procedimientos con la justicia ordinaria, especialmente la vía contenciosa administrativa, por lo tanto, se requiere un diseño procedimental armónico.

Por otra parte, se puede plantear el sustituir o reconfigurar la entidad de fiscalización superior actual hacia un órgano colegiado de naturaleza administrativa. Es decir, se puede pasar de una CGE unipersonal a un órgano colegiado integrado por consejeros o ministros auditores. Los mismos deliberan y deciden de forma conjunta y gracias a esta deliberación plural se garantiza que no exista arbitrariedad en las decisiones y que estas no se encuentren bajo un sesgo personal, ni estructural. Este órgano administrativo y colegiado tendría personalidad jurídica pública, autónoma y no integraría a la Función Judicial. Por lo que sus resoluciones únicamente serían actos administrativos y no sentencias judiciales, respetando de esta forma el artículo 173 de la Constitución.

Aunque sea un ente colegiado, se requerirá de una estructura técnica robusta que lo asesore. Este ente se organizaría en direcciones especializadas que se encargarán de realizar informes técnicos que se remitirán ante el órgano decisor externo que conozca y resuelva el caso. Este determinará las responsabilidades administrativas, civiles culposos o predeterminará la responsabilidad penal, según corresponda. Este procedimiento debe contar con las garantías del debido proceso y claramente mantiene imparcialidad entre quienes aprueben el informe y quienes determinen la responsabilidad, evitando así la concentración de facultades sancionadoras.

47. Organización Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores (INTOSAI), *Las ventajas de las EFS con competencias jurisdiccionales para la sociedad*. (INTOSAI, 2023), 3-5.

48. Gilles Miller, *Diferentes modelos de EFS*, *INTOSAI Journal* (Q2 2024) (2024): 19.

Estos distintos modelos institucionales, examinados a simple vista, son factibles puesto que solucionan la problemática planteada acerca de la imparcialidad del proceso. No obstante, su viabilidad se encuentra condicionada por distintos factores como el desarrollo de su diseño legal. El mismo abarca distintos componentes como son la reasignación de competencias y la capacidad del diseño para producir resultados adecuados sin degradar garantías. Esto se encuentra estrechamente relacionado con la distribución de competencias. Otro factor importante es que estos modelos dependen fundamentalmente de la voluntad política desde un punto de vista estructural. En dicha estructura se encuentran variables como la legitimidad de su resguardo y el riesgo latente de politización, debido al diseño de selección del personal que conformará este organismo técnico.

A partir de este diagnóstico, en lo personal, considero que una estructura institucional orientada a una Entidad Fiscalizadora Superior colegiada, sin funciones jurisdiccionales, puede contribuir de manera positiva a superar la problemática planteada. Concretamente, un factor clave es la colegialidad del modelo, pues este órgano decisor no está compuesto por un funcionario unipersonal, sino por una sala que delibera y adopta decisiones de manera conjunta. La principal característica de este tipo de institución radica en la manera en que forma su voluntad, diferenciándose así de los modelos de control tradicionales. La voluntad del órgano colegiado debe ser conjunta, caso contrario se incurre en un vicio de formación de la voluntad.⁴⁹ Esto es importante por dos razones fundamentales, primero porque se reduce la arbitrariedad, ya que la decisión no depende de una sola voluntad. Además, mejora la motivación y consistencia, pues la participación en los órganos colegiados y la transparencia administrativa constituyen instrumentos adecuados para poder supervisar la acción administrativa.⁵⁰

Asimismo, se garantizaría una separación decisoria real e imparcial entre quienes validan el informe y quienes determinan la responsabilidad, evitando que la concentración de competencias. Finalmente, se preservaría un control judicial efectivo, mediante la impugnación judicial de los actos administrativos, incorporando garantías del debido proceso.

Conclusión

Para finalizar, este trabajo sostiene que la discusión con respecto al control del gasto público no se debe agotar únicamente en discursos anticorrupción, ni en su eficacia administrativa. Es fundamental el debate acerca del diseño institucional vigente en donde existe el riesgo latente de un sesgo institucional que no garantiza una imparcialidad y, por lo tanto, tensiona el debido proceso.

Aspectos como la independencia objetiva y la aplicación de garantías para el debido proceso son condiciones esenciales de legitimidad. Asimismo, se debe considerar la juridicidad como límite de la potestad pública y la importancia de un control judicial efectivo. El modelo vigente presenta una tensión estructural, ya que la Contraloría General del Estado concentra diversas funciones que exceden la labor de auditoría. Esta centralización genera un circuito funcional completo que carece de la separación orgánica necesaria para garantizar la imparcialidad. A pesar de distintos esfuerzos, como la separación interna que incorporó el "Reglamento de Determinación de Responsabilidades" o el "Estatuto Orgánico por Procesos", el procedimiento de determinación de responsabilidades continúa basándose en el informe aprobado por el propio Contralor. Esto consolida una continuidad jerárquica y operativa, reduciendo la separación institucional entre quien audita y determina la responsabilidad.

El análisis de las tres familias institucionales de Entidades Fiscalizadoras Superiores evi-

49. Andrés Moreta, *Derecho Administrativo ecuatoriano*, 51.

50. Agustí Cerrillo i Martínez, "La participación en los órganos colegiados en la administración en red", *Revista Vasca de Administración Pública (RVAP)*, n.º 90 (2011): 67, <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.90.2011.02>

dencia un hallazgo transversal. En cuanto al “punto de cierre” del procedimiento debe estar resguardado por un tercero decisor real o, al menos, una separación funcional efectiva entre quien audita y entre quien determina la responsabilidad. Con base en este diagnóstico del caso ecuatoriano, mi postura se inclina por un modelo administrativo colegiado, sin jurisdicción contable plena, como alternativa preferente para el diseño institucional nacional, sin que este implique descartar la viabilidad teórica de otras opciones. En la práctica, un órgano colegiado administrativo tiende a mejorar la trazabilidad decisoria y a reducir la arbitrariedad mediante la deliberación plural. Asimismo, este modelo garantiza una separación decisoria real y mantiene la plena impugnabilidad de los actos administrativos frente a la Función Judicial. Cabe resaltar que esta preferencia es compatible con el estándar de imparcialidad objetiva.

En definitiva, el control del gasto público es una garantía institucional orientada a resguardar los recursos públicos y los derechos de los ciudadanos frente al poder. Por esta razón, la discusión debe direccionarse a mejorar el diseño institucional, de manera que combine independencia objetiva y eficacia con garantías básicas del debido proceso. Se debe asegurar que la determinación de responsabilidades sea adoptada por un tercero decisorio independiente y que se sustenten en decisiones tomadas con base en una deliberación plural. De este modo, el control externo podrá cumplir su finalidad constitucional sin reproducir lógicas de “juez y parte”, evitando la arbitrariedad y fortaleciendo la legitimidad de sus decisiones a través de una motivación robusta, trazable y sometida a revisión judicial efectiva.

Referencias

- Alemania. *Ley fundamental de la República Federal Alemana*. 23 de mayo de 1949.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. *Resolución 69/228: Promover y fomentar la eficiencia, la rendición de cuentas, la eficacia y la transparencia de la administración pública mediante el fortalecimiento de las entidades fiscalizadoras superiores*. Naciones Unidas, 2014.
- Banco Mundial. Índice de Independencia de las Entidades Fiscalizadoras Superiores: Informe de síntesis general. BM, 2021.
- Becilla Peñafiel, Carlos Ernesto. "Las resoluciones de destitución de la Contraloría General del Estado y su impugnación, más allá de la mera legalidad". Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2021. <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/8409/1/T3674-MDACP-Becilla-Las%20resoluciones.pdf>
- Biglino, Paloma, y Juan Fernando Durán Alba. "Pluralismo territorial y articulación del control externo de las cuentas públicas". *Revista Española de Control Externo* X, n.º 30 (2008): 180. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2922609.pdf>.
- Brasil. *Constitución de la República Federativa de Brasil*. 5 de octubre de 1988.
- Cerrillo i Martínez, Agustí. "La participación en los órganos colegiados en la administración en red". *Revista Vasca de Administración Pública (RVAP)*, n.º 90 (2011): 67–99. <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.90.2011.02>
- Corte Constitucional del Ecuador. "Sentencia No. 10-20-CN/20". 19 de agosto de 2020. Caso No. 10-20-CN.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. "Caso *Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*". 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72.
- Dávila Flores, Eugenio. "La fiscalización superior y su impacto en la eficacia del gobierno de los países de la OCDE". Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Nuevo León, 2024. <http://eprints.uanl.mx/27743/1/1080312960.pdf>
- De Vega Blázquez, Pedro. "La configuración Constitucional del Tribunal de Cuentas en España". *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional* 1, núm. 1 (1999): 215–240. <https://doi.org/10.22201/ij.24484881e.1999.1.5568>
- Ecuador. *Código Orgánico Administrativo (COA)*. Registro Oficial Suplemento 31, 7 de julio de 2017.
- Ecuador. Constitución de la República. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.
- Ecuador. *Reglamento de Determinación de Responsabilidades de la Contraloría General del Estado*. Registro Oficial, Cuarto suplemento 727, 22 de enero del 2025.
- Ecuador. *Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado (LOCGE)*. Registro Oficial Suplemento 595, 12 de junio de 2002.
- Ecuador, Proyecto de Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas del Estado (CGE, 2020).
- España. *Constitución Española*. «BOE» núm. 311, 29 de diciembre de 1978.
- España. *Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas*. Boletín Oficial del Estado núm. 84, 7 de abril de 1988.
- España. *Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas*. «BOE» núm. 121, 21 de mayo de 1982.
- Fernández de Córdova Álvarez, Pedro. *Estudios de Derecho Comparado*. Corporación de Estudios y publicaciones. 1997.
- Ferrajoli, Luigi. *Principia iuris: Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho*. Madrid: Trotta, 2011. <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2019/09/doc-trina48018.pdf>

- Gordillo, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo 2: La defensa del usuario y del administrado*. 8.ª ed. Fundación de Derecho Administrativo, 2006.
- Letelier Wartenberg, Raúl. "Garantías penales y sanciones administrativas". *Política Criminal* 12, n.º 24 (2017): 622–689. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992017000200622>
- Martínez Argüelles, Santiago, Guadalupe Fernández Espinosa y Laura Rodríguez Soler. "Evolución y desafíos de los modelos institucionales de Entidades Fiscalizadoras Superiores en perspectiva internacional". *Revista Española de Control Externo* XXVII, n.º 80 (2025). <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/10473631.pdf>
- Miller, Gilles. "Panorámica de los diferentes modelos de EFS con especial atención al modelo jurisdiccional". *INTOSAI Journal* (Q2 2024) (2024): 16. <https://intosaijournal.org/es/journal-entry/panoramica-de-los-diferentes-modelos-de-efs-con-especial-atencion-al-modelo-jurisdiccional/>.
- Moreta, Andrés. *Derecho Administrativo ecuatoriano*. Legalité, 2023.
- Núñez Pérez, Carlos Marcelo. "De la Contraloría hacia un Tribunal de Cuentas". *Juris Dictio*, n.º 24 (2019): 111–127. <https://doi.org/10.18272/iu.v24i24.1458>
- O'Donnell, Guillermo. "Accountability horizontal". *Estudios Políticos*, n.º 19 (abril 2013). <https://doi.org/10.22201/fcpys.24484903e.1998.19.37205>.
- Organización Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores. *INTOSAI 40: Transparencia, Rendición de Cuentas y Buena Gobernanza. 40º Aniversario de la Declaración de Lima (1977–2017)*. INTOSAI, 2017.
- Organización Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores. *INTOSAI-P 10: Declaración de México sobre la Independencia de las EFS*. INTOSAI, 2019.
- Organización Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores (INTOSAI). *Las ventajas de las EFS con competencias jurisdiccionales para la sociedad*. INTOSAI, 2023. <https://www.ccomptes.fr/system/files/2023-09/ALEGATO-ISC-J-Las-ventajas-jurisdiccionales-ESP-version-donantes.pdf>
- Portugal. *Constituição da República Portuguesa*. 2 de abril de 1976.
- Prieto, Luis, "El Constitucionalismo de los derechos", en *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, ed. Miguel Carbonell por Trotta, 2007.
- Rodríguez Arana, Jaime. "Prólogo". En *Presunción de inocencia e imparcialidad objetiva en el procedimiento administrativo sancionador*, de Pierino Stucchi López Raygada. Lima: Palestra Editores, 2023. <https://palestraeditores.com/wp-content/uploads/2023/07/Muestra-Presuncion-de-inocencia-e-imparcialidad-objetiva-1.pdf>
- Román Cordero, Cristián. "El debido procedimiento administrativo sancionador". *Revista de Derecho Público*, n.º 71 (2014): 183–214. <https://revistaderechopublico.uchile.cl/index.php/RDPU/article/view/35692>.
- Tavares Guadalupe Pereira de Lima, Juocerlee, y Vicente Lima Crisóstomo. "Cultural factors, quality of government and the effectiveness of Supreme Audit Institutions in Sub-Saharan Africa". *Cuadernos de Gobierno y Administración Pública* 9, n.º 2 (2023): 67–81. <https://doi.org/10.5209/cgap.84797>



Centro de Arbitraje y Mediación
CÁMARAS DE LA PRODUCCIÓN DEL AZUAY

Derecho al silencio en materias no penales en el Ecuador: una polémica posición

Right to Silence in Non-Criminal Matters in Ecuador: A Controversial Position

Anabel Carolina Sacasari Haro*
<https://orcid.org/0009-0009-1091-4715>

Fecha de recepción: 4 de febrero de 2026
Fecha de aceptación: 15 de marzo de 2026

Resumen

La presente investigación abordó el derecho al silencio en materias no penales en el Ecuador, desde una perspectiva constitucional y procesal civil. Tradicionalmente asociado al ámbito penal, este derecho fue analizado en contextos civiles, laborales y administrativos, donde su aplicación ha sido ambigua o inexistente. El estudio partió reconociendo la existencia constitucional del derecho al silencio y evidenció que su desarrollo normativo ha sido limitado fuera del proceso penal, generando vacíos legales y contradicciones en su aplicación judicial. El problema se contextualizó en la falta de regulación específica dentro del Código Orgánico General de Procesos (COGEP), lo que ha dificultado su invocación efectiva en audiencias civiles, ocasionando inseguridad jurídica y valoraciones probatorias subjetivas por parte de los jueces. La investigación se desarrolló bajo un enfoque cualitativo, aplicando métodos dogmático-jurídico, inductivo, comparativo y crítico. Se utilizó análisis de contenido de doctrina, normativa nacional e internacional, jurisprudencia y casos reales de la ciudad de Cuenca. Como conclusión, se determinó que el derecho al silencio debía ser reconocido y regulado expresamente en el COGEP para garantizar su ejercicio en procesos no penales. Se recomendó una reforma legal y la capacitación de operadores de justicia para armonizar la práctica judicial con estándares internacionales de derechos humanos.

Abstract

This research examined the right to silence in non-criminal proceedings in Ecuador from a constitutional and civil procedural perspective. Traditionally linked to criminal law, the right to silence was analyzed in civil, labor, and administrative contexts where its application has been ambiguous or nonexistent. The study began by recognizing the constitutional status of this right and revealed that its normative development outside criminal proceedings is limited, resulting in legal gaps and inconsistencies in judicial application. The problem was framed around the lack of specific regulation in the *Código Orgánico General de Procesos (COGEP)*, which has hindered its effective invocation in civil hearings and led to legal uncertainty and subjective evidentiary assessments by judges. The research was conducted using a qualitative approach, employing dogmatic-legal, inductive, comparative, and critical methods. Content analysis was applied to legal doctrine, national and international regulations, case law, and real cases from the city of Cuenca. The study concluded that the right to silence must be explicitly recognized and regulated in the COGEP to ensure its enforceability in non-criminal proceedings. Finally, a legal reform and specialized training for judicial actors are recommended to align domestic practices with international human rights standards.

Palabras clave:

derechos humanos, debido proceso, silencio procesal, Derecho comparado, proceso Civil

Keywords:

human rights, due process, procedural silence, comparative law, civil procedure

*Abogada por la Universidad del Azuay, egresada de la Maestría en Derecho Civil y Derecho Procesal Civil de la Universidad de Cuenca, con sólida formación en derechos humanos, justicia abierta, arbitraje, derecho civil y derecho procesal. Cuenta con experiencia laboral como abogada litigante y ha tenido amplia participación académica como ponente y asistente en congresos nacionales e internacionales.

Introducción

El derecho al silencio constituye una de las garantías fundamentales más relevantes dentro del sistema contemporáneo de protección de los derechos humanos. Su reconocimiento se encuentra estrechamente vinculado con principios esenciales como la presunción de inocencia, el derecho a la defensa, la dignidad humana y el debido proceso.

A lo largo de la historia, esta garantía ha sido concebida y desarrollada casi de forma exclusiva dentro del ámbito penal, como un límite frente al poder punitivo del Estado y como una respuesta a prácticas inquisitivas orientadas a la obtención forzada de confesiones. Sin embargo, la evolución del constitucionalismo moderno y la expansión del enfoque garantista han puesto de relieve la necesidad de analizar el alcance del derecho al silencio más allá del proceso penal, particularmente en los procesos no penales.

En varios países de Latinoamérica, existe ya una discusión latente acerca del derecho humano al silencio. Sin embargo, a lo largo del tiempo este ha sido un derecho que en la mayoría de países no ha logrado traspasar la esfera del derecho penal y que, pese a jerárquicamente encontrarse como derecho fundamental, no es aplicado como tal.

En el marco del Estado constitucional de derechos y justicia, los derechos fundamentales no se encuentran restringidos a una sola rama, sino que irradian todo el ordenamiento jurídico y deben ser observados en cualquier actuación estatal que pueda afectar la esfera jurídica de las personas. En este contexto, resulta pertinente cuestionarse si el derecho al silencio puede y debe ser ejercido en materias civil, laboral y administrativa, así como cuáles son las consecuencias jurídicas de su invocación dentro de estos procesos.

El Ecuador es uno de los países en donde el derecho al silencio en materias no penales, como en muchos otros de la región, ha sido dejado de lado e incluso considerado inexistente. Esto sucede debido no solo a la falta de investigación, sino también a la inexistencia de un acuerdo entre doctrinarios y expertos tanto en el área constitucional, como en la penal y civil.

La Constitución de la República de 2008 reconoce de manera expresa el derecho a no autoincriminarse y a guardar silencio. No obstante, su desarrollo normativo en el ámbito procesal no penal ha sido limitado y fragmentario. El Código Orgánico General de Procesos, cuerpo normativo encargado de regular la actividad procesal en materias no penales, no contempla una regulación clara y sistemática del derecho al silencio, lo que ha generado vacíos legales y criterios dispares en la práctica judicial.

El problema nace en el ámbito no penal cuando un individuo, haciendo uso de sus derechos constitucionales, se niega a declarar en un proceso e invoca el llamado derecho al silencio. Al ser esta una figura conocida en materia penal, muchos operadores de justicia desconocen el procedimiento de la misma en materias no penales y proceden de distinta forma a la que deberían. Lo que se intenta es que sea la sana crítica la que salvaguarde cualquier omisión u equivocación por desconocimiento.

No existe normativa ni doctrina suficiente en Latinoamérica y, mucho menos en el Ecuador, acerca de este tema, es por ese motivo que se crea un grave problema. Existe un vacío legal en este caso, puesto que la Constitución se vuelve insuficiente. Si cabría la interpretación normativa o no es una cuestión que muchos expertos discuten, pues la norma es clara y anuncia que este derecho se invoca en caso de que se lleve a cabo un procedimiento penal.

Es necesario que abramos la discusión en materias no penales, pues el derecho al silencio tuvo incidencia en otras figuras. Sin embargo, jamás sucedió con la naturaleza adecuada, por eso no es extraño imaginar que una persona hoy quiera negarse a declarar en un proceso civil o de índole no penal. Aunque las implicaciones de aquello no están establecidas en la normativa ecuatoriana y tampoco en la normativa latinoamericana.

La ausencia de una regulación específica ha provocado que los operadores de justicia enfrenten dificultades al momento de valorar la negativa a declarar de las partes o testigos. Esto sucede especialmente en un sistema procesal oral donde la intermediación y la conducta

procesal adquieren un peso significativo. En algunos casos, el silencio ha sido interpretado como una manifestación legítima de un derecho constitucional. En otros, ha sido valorado como un indicio negativo o como una falta de colaboración con la justicia, afectando el principio de seguridad jurídica.

El presente artículo científico tiene como objetivo analizar el derecho al silencio en los procesos no penales en el Ecuador, desde una perspectiva constitucional, procesal y comparada. Se busca examinar su fundamento teórico, su tratamiento normativo y jurisprudencial, así como las implicaciones prácticas de su ejercicio en la fase probatoria. Asimismo, se pretende evidenciar la necesidad de una regulación más clara y garantista que permita armonizar la práctica judicial con los estándares nacionales e internacionales de derechos humanos.

Desarrollo

1. Fundamentos del derecho al silencio

El derecho al silencio constituye una de las garantías fundamentales más relevantes dentro del marco de los derechos humanos, al estar estrechamente vinculado con los principios de no autoincriminación, presunción de inocencia y debido proceso. Aunque su consagración moderna suele asociarse con los sistemas de justicia penal, en especial a partir de la jurisprudencia anglosajona y de instrumentos internacionales contemporáneos, sus raíces históricas se remontan a tradiciones jurídicas milenarias como el Talmud y el Derecho Romano.

El derecho al silencio encuentra su fundamento en la protección de la dignidad humana y en la autonomía de la voluntad. Desde una perspectiva histórica, este derecho surge como una reacción frente a sistemas procesales que legitimaban la tortura y la coacción como mecanismos para obtener confesiones. En el derecho romano y en el sistema inquisitivo medieval, la confesión era considerada la reina de las pruebas, incluso cuando era obtenida mediante medios violentos. Fue recién con el desarrollo de la *Common Law* inglesa y, posteriormente, con la constitucionalización del derecho estadounidense, que el derecho al silencio comenzó a consolidarse como una garantía esencial.

Un hito fundamental en este proceso fue la decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Miranda vs. Arizona*. En 1966, estableció la obligación de informar a toda persona detenida sobre su derecho a permanecer en silencio y a no autoincriminarse. Este precedente marcó un antes y un después en la protección de los derechos del imputado y sentó las bases para la expansión del derecho al silencio como estándar internacional.

1.2 Concepto y trascendencia como derecho humano fundamental

El derecho al silencio es uno de los conceptos reconocidos dentro del conjunto de derechos humanos existentes en la actualidad. Nace a partir del derecho a la no autoincriminación y se desarrolla como una manifestación de otros principios como el derecho a la defensa, el debido proceso y la presunción de inocencia. En suma, es el "Derecho de toda persona a que no se dé efecto inculpativo a su negativa a prestar declaración".¹

SUCAR opina que, además, el derecho al silencio comprende una multiplicidad de aspectos y, por ello, debe ser concebido como un conjunto de derechos. Dentro de este conjunto de derechos, encontramos que sus dos núcleos fundamentales son: por un lado, el derecho a no ser torturado o maltratado física o moralmente, o engañado o sometido a otras medidas que anulen o disminuyan de manera significativa la autonomía de la voluntad, con el fin de obtener una confesión, es decir, el

1. Real Academia Española, s. v. "derecho a no declarar", *Diccionario del español jurídico*, 2025, <https://dpej.rae.es>

derecho a optar libremente entre hablar o callarse. Y, por otro lado, el derecho a que los órganos de acusación o de juzgamiento no puedan alegar o extraer consecuencias desfavorables o ponderar negativamente el silencio del imputado en sus requerimientos o decisiones (SUCAR, S/F: 8 – 9).²

A partir de su concepto, y pese a que usualmente se enfoca en los ámbitos penal y procesal penal, este derecho es reconocido como una de las garantías fundamentales del procesado. Por tanto, su trascendencia como derecho humano permite que se desarrolle dentro de la normativa del debido proceso o que se especifique de manera directa y clara. Su importancia conlleva a que se regule tanto en la legislación internacional como en la normativa interna de cada país.

El derecho al silencio se encuentra ampliamente protegido y es de tanta relevancia que alrededor del mundo lo podemos encontrar en varias leyes orgánicas. En el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, el mismo se encuentra reconocido en instrumentos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Ambos establecen que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable. Si bien estas disposiciones han sido tradicionalmente aplicadas al ámbito penal, su interpretación evolutiva permite extender su protección a otros procedimientos en los que una persona pueda enfrentar consecuencias jurídicas adversas.

La trascendencia de este derecho se vincula estrechamente con otras prerrogativas fundamentales, como el derecho a la integridad personal y la prohibición de la tortura. Dado que históricamente el principal medio para obtener confesiones era el trato cruel, el derecho al silencio surge como una salvaguarda esencial. Asimismo, su relación directa con el debido proceso y el derecho a la defensa lo convierte en un eje indispensable dentro del entramado de derechos humanos que han sido constitucionalizados.

1.3 Normativa internacional del derecho al silencio

A lo largo del tiempo, el derecho ha buscado garantizar prerrogativas inherentes a la condición humana. Para ello, existen tratados, convenios y declaraciones internacionales que regulan derechos que constituyen la piedra angular de la subsistencia del ser humano. Pese a que el derecho al silencio posee una relevancia histórica de siglos, no ha sido reconocido por la comunidad internacional de forma directa en el ámbito civil. Si bien ha adquirido un rango constitucional importante, son pocas las legislaciones que lo incorporan como parte de la normativa procesal civil.

Desde la Declaración de Virginia, diversos instrumentos han servido como punto de partida para desarrollar esta garantía en el derecho interno, tales como:

- La Declaración Universal de Derechos Humanos
- La Convención Americana sobre Derechos Humanos
- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
- El Estatuto de Roma
- El Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia

En Francia, el sistema inquisitorio, la prevalencia de la monarquía y el autoritarismo del derecho público ralentizaron la introducción del principio *nemo tenetur se detegere* en la legislación nacional. No fue sino hasta el año 1897 que la normativa procesal penal acogió este principio por primera vez. Sin embargo, el derecho al silencio tardó muchas décadas más en constituirse tal como lo conocemos en la actualidad.

2. G. Sucar, *Los fundamentos jurídicos del derecho al silencio* (Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, s. f.), 8–9

El código de Procedimiento Penal Francés, en su artículo preliminar, nos expone: "En materia de delito o falta, el derecho a guardar silencio sobre los hechos que se le imputan se notifica a toda persona sospechosa o procesada antes de cualquier recogida de sus observaciones y antes de cualquier interrogatorio".³ La regulación en materia penal es clara, ahora bien, en materia civil y otras materias no penales, el derecho a guardar silencio aún no se encuentra formalizado como se esperarí. Es un derecho que existe y en la práctica se aplica, pero que a criterio del juez puede ser tomado como falta de cooperación o incluso una admisión implícita, siendo este un campo que necesita mayor regulación de manera urgente.

Alemania ha sostenido el derecho al silencio como un principio esencial dentro de su ordenamiento jurídico, aun cuando no se lo menciona de forma explícita en su Ley Fundamental. La doctrina jurídica ha interpretado que este derecho se encuentra implícitamente protegido a través de disposiciones constitucionales. En particular, se alude al artículo 1, numeral segundo, el cual reconoce que los derechos humanos son inviolables e inalienables y constituyen la base de la convivencia humana, la paz y la justicia a nivel mundial. Asimismo, el artículo 2, numeral segundo, establece que toda persona tiene derecho a la vida, a la integridad física y que su libertad personal es inviolable. Estos preceptos han sido utilizados como base para sostener que el derecho al silencio forma parte de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución alemana de 1949.

En el ámbito penal, Alemania, en su Código de Procedimiento Penal, desde 1950, regula de manera clara el derecho al silencio. En la sección 114b "Instrucciones para el acusado arrestado" se hace referencia a que se debe informar al acusado que "tiene derecho a comentar la acusación o a no declarar al respecto".⁴ Así mismo, en la sección 115 "Presentación ante el juez responsable", se especifica que "Durante el interrogatorio, se debe informar al acusado de las circunstancias que le afectan y de su derecho a comentar sobre la acusación o a no declarar al respecto."⁵

En cambio, en el ámbito civil no existe como tal una protección del derecho a no declarar contra sí mismo. Más bien existe normativa que da a conocer cuáles son las consecuencias del silencio, sea al no contestar una demanda o reclamación, o, incluso, cuando la persona no expresa su negativa ante una propuesta. En ambos casos, el silencio suele entenderse como la aceptación o admisión de los hechos al igual que de la propuesta. Probablemente aún falta mucho para que el derecho al silencio en Alemania vaya más allá de una clara regulación penal, puesto que constitucionalmente tampoco está plasmado en el texto plasmado. Este sería el principal motivo para que en otras materias no se busque plasmarlo.

Dentro del ordenamiento jurídico de la Unión Europea, el derecho al silencio se reconoce como un principio fundamental, respaldado tanto por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión como por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Un avance significativo en esta materia se evidencia en la Directiva 2012/13/UE, emitida el 22 de mayo de 2012 por el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea, la cual establece garantías sobre el derecho a ser informado en el marco de los procesos penales. En su artículo 3, literal e, se consagra expresamente el derecho a guardar silencio. No obstante, a pesar de su consolidación en el ámbito penal, este derecho aún no ha sido objeto de un desarrollo normativo relevante en los procedimientos civiles.

En países de Oriente Próximo, que presentan contextos culturales y políticos diversos, el derecho al silencio suele incumplirse o tergiversarse. En estas jurisdicciones, se recurre a la intimidación para obligar a las personas a callar ante la vulneración de sus propios derechos o para impedir que testifiquen sobre agresiones a terceros. Por ello, es imperativo que la normativa internacional se convierta en un instrumento eficaz a escala global y no solo en Occidente. Un derecho de tal magnitud exige una regulación robusta que trascienda el campo penal y garantice su vigencia en todas las esferas jurídicas.

3. Francia, *Code de procédure pénale*, 08 de abril de 1958, art. preliminar.

4. Alemania, *Strafprozeßordnung (StPO)*, 12 de septiembre de 1950, sec. 114b

5. Alemania, *Strafprozeßordnung (StPO)*, 12 de septiembre de 1950, sec. 115

Las experiencias comparadas evidencian que, si bien existe una tendencia creciente hacia su universalización, persisten vacíos normativos y criterios dispares, incluso dentro de sistemas jurídicos avanzados. Este panorama permite constatar la necesidad de una reflexión crítica sobre el tratamiento que el Ecuador otorga a esta garantía fuera del proceso penal. En ese sentido, resulta pertinente, a continuación, examinar el estado actual del derecho al silencio en el marco normativo ecuatoriano, con énfasis en su tratamiento constitucional, legal y procesal civil. Esto con el fin de clarificar sus límites, contradicciones y oportunidades de desarrollo normativo.

Desde esta perspectiva, resulta necesario analizar la aplicabilidad del derecho al silencio en los procesos no penales. En los procesos civiles, laborales y administrativos, las partes también pueden verse expuestas a sanciones, responsabilidades económicas o afectaciones a su reputación y patrimonio. Por ello, limitar el derecho al silencio únicamente al ámbito penal implica una protección incompleta de los derechos fundamentales.

2. Marco normativo y doctrinario en el Ecuador

El reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales en el Ecuador ha experimentado un proceso de expansión significativa en las últimas décadas, especialmente desde la promulgación de la Constitución de 2008. La misma instauró un modelo garantista orientado a la protección integral de la persona. En este contexto, el derecho al silencio, si bien ha sido tradicionalmente vinculado al ámbito penal, ha generado debates importantes sobre su aplicación y validez en materias no penales.

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, el derecho al silencio ha sido reconocido constitucionalmente desde hace varias décadas y reafirmado en la Constitución de 2008. No obstante, su regulación infraconstitucional presenta importantes deficiencias. El Código Orgánico General de Procesos contempla la posibilidad de que ciertas personas se abstengan de declarar, en especial cuando exista riesgo de autoincriminación o cuando se trate de información protegida por el secreto profesional o familiar. Sin embargo, estas disposiciones no desarrollan de manera integral el derecho al silencio ni establecen las consecuencias jurídicas de su ejercicio.

2.1 Regulación del derecho al silencio en el Código Orgánico General de Procesos (COGEP)

El Código Orgánico General de Procesos regula la actividad procesal en el Ecuador, exceptuando las materias constitucional, electoral y penal. El derecho al silencio, al ser un derecho fundamental de orden constitucional, en mi criterio, ha sido contemplado también dentro de esta normativa vigente. Esto sucede pese a que el mismo no haya sido mencionado explícitamente; en algunos pasajes del cuerpo normativo se infiere su existencia y prevalencia como garantía jurisdiccional.

En el ordenamiento procesal vigente, existen dos artículos que hacen referencia directa a este derecho. El primero, el artículo 175, establece las circunstancias en las que un declarante puede negarse a responder preguntas, siempre que estas se enmarquen en cualquiera de sus dos numerales. Esto constituye una prueba fehaciente de la existencia del derecho al silencio en el ámbito procesal, fruto de décadas de reconocimiento y protección de los derechos fundamentales en el país.

Además del artículo 175, tenemos lo previsto en el artículo 177 numeral 6 del mismo cuerpo normativo: "las respuestas evasivas o incongruentes, así como la negativa a declarar y toda la prueba debidamente actuada será valorada íntegramente por la o el juzgador con-

forme con las reglas de la sana crítica...".⁶ En la actualidad, este artículo sirve como guía para los juzgadores, pues es la norma más clara sobre derecho al silencio en materia procesal, al momento en que los ciudadanos desean ejercerlo.

2.2 Vacíos normativos y doctrinarios en materias no penales

En materias no penales, los principales vacíos normativos del ordenamiento ecuatoriano respecto del derecho al silencio se evidencian, en primer lugar, en la falta de un reconocimiento expreso de esta garantía dentro del COGEP como derecho autónomo aplicable al proceso civil, laboral y administrativo. Aunque los artículos 175 y 177 contemplan la negativa a responder ciertas preguntas y su valoración judicial, no desarrollan de manera clara el contenido, alcance, forma de ejercicio ni efectos jurídicos del silencio. En segundo lugar, la norma no determina si el derecho puede invocarse total o parcialmente, antes o durante la declaración, ni establece la obligación del juzgador de informar con anticipación al declarante sobre esta facultad. En tercer lugar, persiste una grave ambigüedad sobre la valoración probatoria del silencio, pues al remitirse a la sana crítica sin fijar límites, se permite que algunos jueces lo interpreten como indicio desfavorable, afectando su contenido esencial.

A ello se suma la falta de delimitación entre silencio legítimo, respuestas evasivas y negativa injustificada a declarar, así como la ausencia de reglas específicas sobre autoincriminación indirecta, carga de la prueba, facultades del juez en audiencia y consecuencias procesales derivadas de la vulneración de este derecho. Desde el plano doctrinario, el vacío también es notorio, ya que en Ecuador el estudio del derecho al silencio ha estado concentrado casi exclusivamente en el ámbito penal, sin que exista un desarrollo suficiente sobre su aplicación en procesos no penales. Esto ha generado criterios jurisprudenciales dispersos y una evidente inseguridad jurídica.

3. Incidencia del derecho al silencio en la producción de la prueba

El ejercicio del derecho al silencio en el proceso judicial ecuatoriano encuentra su mayor grado de complejidad en la fase probatoria, especialmente en los procedimientos no penales. Aunque posee un reconocimiento constitucional y ciertas referencias implícitas en el Código Orgánico General de Procesos (COGEP), su aplicación práctica en la producción y valoración de la prueba continúa generando incertidumbre tanto para los operadores de justicia como para los sujetos procesales.

3.1 El derecho al silencio y la práctica probatoria en procesos no penales

En los procesos no penales, tanto la proposición como la ejecución de los medios de prueba se regulan conforme a las disposiciones generales del Código Orgánico General de Procesos. Sin embargo, la aplicación del derecho al silencio en este contexto es bastante restringida. Esta limitación se agrava por la falta de comprensión profunda por parte de los sujetos procesales, quienes suelen conocer este derecho únicamente desde su consagración constitucional, lo que impide su adecuado ejercicio durante la etapa probatoria.

El derecho a permanecer en silencio, en la práctica de prueba puede ser ejercido de distintas maneras, puede ser una invocación de la aplicación absoluta del principio en la cual se busca que no se declare. Esto quiere decir que al momento del interrogatorio en la declaración de parte o prueba testimonial el sujeto procesal exigirá que su decisión de mantenerse en silencio sea atendida favorablemente y no se continuará practicando esta prueba, evitando que responda preguntas o aclaraciones de algún tipo.

Existe también la posibilidad de que el sujeto procesal busque ejercer su derecho al silencio de manera parcial. En este punto la práctica de la prueba se debería realizar de manera

6. Ecuador, *Código Orgánico General de Procesos*, Registro Oficial 506, 22 de mayo de 2015, art. 177.

en que la negativa a declarar sea a determinado tema o a preguntas que forman parte del interrogatorio que se está practicando. Es en este punto donde el derecho al silencio se enfrenta a aún más trabas, pues el comportamiento de no querer contestar solo a algunos particulares puede ser tomado como evasivo. El juzgador puede, en este momento, solicitar una respuesta, pues la contraparte se podría ver en desventaja.

El sujeto procesal entonces debería tener la oportunidad de decidir si contesta o no las preguntas realizadas y las aclaraciones que se le soliciten. Sin embargo, para evitar la vulneración de derechos como el derecho a la libertad probatoria o a la contradicción, se debe marcar un límite. En el caso ecuatoriano, el legislador lo ha buscado cuando se ha referido a la práctica probatoria en el Código Orgánico General de Procesos, pero lo que en realidad logra es restringir casi totalmente el uso de un derecho fundamental. También consigue llevar al juzgador, al abogado y al individuo común a mantener vacíos procesales, complicando la fase probatoria y más aún la fase de evacuación de medios de prueba que más tarde servirán para valoración del juzgador.

3.2 Percepción y aplicación del derecho al silencio por parte de los operadores de justicia

En la práctica diaria ya se han dado varios casos de alegación del derecho al silencio, sobre todo en la declaración de parte que es la prueba que "...permite valorar en el proceso la versión de los hechos que las partes aportan...".⁷ A continuación, se expondrán casos de materias no penales que han sido resueltos en la ciudad de Cuenca, en los que ha existido invocación del derecho al silencio o el derecho a negarse a declarar como también se lo llama en el ámbito procesal.

En el proceso 01333-2020-02623, sustanciado por la señora jueza, Dra. Ximena Tapia Maldonado, el derecho al silencio fue invocado y exigido se aplique por los codemandados, ante lo cual la jueza al motivar su resolución al respecto expuso:

"La segunda razón por la que la parte actora no ha actuado prueba alguna a su favor, obedece a que la prueba testimonial requerida por los accionantes a los demandados Johnny Matute y Marcia Cordero, consistente en su declaración de parte no se practicó por cuanto los demandados se acogieron al derecho al silencio, derecho constitucional que les asiste y que libremente lo han ejercido en audiencia."⁸

De esta forma, la señora jueza admite la existencia del derecho al silencio como un derecho de índole constitucional, una garantía que ella ha decidido respetar y que en su uso le ha llevado a valorar la prueba de la parte actora como insuficiente. Eran aquellos, en el caso concreto, quienes tenían la carga de la prueba y, al valorar en su conjunto los medios probatorios evacuados, estos no le llevaron al convencimiento de que se pueda declarar la existencia de un derecho. Por tanto, en este caso, no se logró probar que la sentencia emitida en el proceso 01605-2014-0273 sea nula.

En otro caso, en específico, en el proceso laboral signado con el número 01371-2017-00370, resuelto por la jueza Dra. Jeanneth María Mendieta Vanegas, en la Unidad Judicial de Trabajo, existió una alegación del derecho al silencio por parte de la codemandada Gladys Martínez. Esto sucedió al momento de practicarse su declaración de parte pedida por la contraparte, en su resolución la jueza expone "Sobre el caso, el Código Orgánico General de Procesos, prevé esta situación, dando a los juzgadores la facultad de valorar la prueba, conforme a las reglas de la sana crítica". La jueza aplicó la normativa vigente que permite la negativa a declarar. Al no haberse presentado pruebas que acrediten una relación laboral entre la codemandada y el actor, y luego de valorar integralmente los medios probatorios

7. Juan Sanabria Villamizar y María Jiménez Escalante, "La declaración de parte como medio de prueba en el derecho civil Iberoamericano", *Revista Academia y Derecho* volumen, n.º 16 (2018): página 70.

8. Unidad Judicial Civil del Cantón Cuenca, (07 de julio de 2023), No. 01333-2020-02623, p.8.

actuados, incluida la declaración de parte, su razonamiento conforme a las reglas de la sana crítica le permitió concluir que no existió tal vínculo laboral. En consecuencia, resolvió declarar la demanda parcialmente con lugar, reconociendo tan solo la existencia de una relación laboral entre el actor y los otros codemandados, pero no con la codemandada en cuestión.

Así también, en el proceso N.º 01333-2022-07334, tramitado por la exjueza Dra. Lucía Carrasco Veintemilla, en lo relevante tenemos que el demandado, al momento en el que se tenía que practicar la declaración de parte, expresa que no responderá el interrogatorio pues se acoge al derecho constitucional al silencio. Sin embargo, en su análisis, la jueza acertadamente invoca el artículo 177 del Código Orgánico General de Procesos y en su razonamiento explica "...que, el demandado no ejercita su derecho porque si declaraba inclusive su propia defensa podría haberle contrainterrogado y desvirtuado los hechos afirmados, aquello no ocurrió...".⁹ Entonces, podemos inferir que en aplicación del artículo antes mencionado la juzgadora, en uso de su sana crítica, valoró la prueba en contra del demandado y fortaleció así los argumentos de la parte actora. Menciona lo siguiente: "en base al análisis efectuado debe llegar a concluir que debe declararse con lugar la demanda por no haberse desvirtuado y, sobre todo, por no haber cumplido con su carga que le imponía el Art. 359 del Código Orgánico General de Procesos".

Las decisiones judiciales expuestas evidencian que, en la práctica procesal no penal, el derecho al silencio ha dejado de ser una garantía asociada exclusivamente al ámbito penal para proyectarse también a otras materias, como la civil y la laboral. En las mismas, la declaración de parte constituye un medio probatorio relevante. La trascendencia de estos pronunciamientos radica en que reflejan una recepción progresiva, aunque no siempre uniforme, de este derecho por parte de los operadores de justicia, quienes han debido armonizar su reconocimiento constitucional con las reglas procesales relativas a la carga de la prueba, la valoración probatoria y la sana crítica.

En primer lugar, las resoluciones analizadas ponen de manifiesto que los juzgadores reconocen que la persona llamada a rendir declaración de parte no puede ser compelida a declarar contra sí misma ni obligada a contribuir activamente en su propia incriminación o afectación jurídica. Este entendimiento se encuentra en consonancia con la dimensión constitucional del derecho al silencio, como manifestación del debido proceso y de la garantía de defensa. En ese sentido, la decisión adoptada en el proceso No. 01333-2020-02623 resulta relevante, pues la jueza reconoce expresamente que el acogimiento al derecho al silencio constituye el ejercicio legítimo de un derecho constitucional. Además, descarta cualquier interpretación que lo conciba como una conducta procesal ilegítima o sancionable por sí misma.

No obstante, el análisis conjunto de los fallos también permite advertir que el reconocimiento del derecho al silencio no implica, en modo alguno, la neutralización de las consecuencias probatorias que su ejercicio puede generar dentro del proceso. En efecto, si bien ninguna de las personas demandadas puede ser obligada a declarar, ello no exige a las partes de cumplir con la carga procesal de probar los hechos que afirman, ni impide al juzgador valorar la negativa a declarar dentro del conjunto del acervo probatorio, conforme a las reglas de la sana crítica. Precisamente allí reside uno de los aspectos jurídicamente más importantes de estas decisiones: la distinción entre, por un lado, el respeto irrestricto al derecho a no declarar y, por otro, la posibilidad de que tal decisión produzca efectos en la convicción judicial cuando se la examina en relación con los demás elementos de prueba.

En definitiva, las decisiones estudiadas permiten concluir que el derecho al silencio sí tiene operatividad en el proceso no penal ecuatoriano, particularmente en el marco de la declaración de parte. Sin embargo, su aplicación no puede ser entendida de manera absoluta ni desvinculada de la estructura propia del sistema probatorio. La verdadera trascendencia de estos fallos está en haber sentado, de forma expresa o implícita, que el respeto a este

9. Unidad Judicial Civil del Cantón Cuenca, (02 de septiembre de 2022), No. 01333-2022-07334, p. 8.

derecho no elimina las cargas procesales de las partes ni restringe la facultad jurisdiccional de valorar integralmente la prueba. Esto sucede siempre que dicha valoración se realice con respeto al debido proceso, a la motivación suficiente y a los parámetros de razonabilidad y proporcionalidad.

3.3 Consecuencias del ejercicio del derecho al silencio en la valoración de la prueba

Existe una falta de regulación que ha generado incertidumbre en la práctica judicial. En un sistema procesal oral como el ecuatoriano, la declaración de parte y la prueba testimonial cumplen un rol central en la formación de la convicción del juez. La negativa a declarar puede alterar el desarrollo normal de la audiencia, generar suspensiones o debates incidentales y, en algunos casos, afectar el principio de celeridad procesal.

El Código Orgánico General de Procesos contiene disposiciones que afectan la aplicación efectiva del derecho al silencio. Aunque en su articulado se establece el modo en que los jueces deben actuar frente a su invocación, en la práctica actual dicha garantía no siempre recibe una valoración favorable. Por el contrario, su ejercicio puede generar percepciones negativas que no benefician al litigante que lo alega.

La doctrina contemporánea ha sostenido que el derecho al silencio opera como un límite al poder del Estado y como una manifestación concreta del respeto a la dignidad humana. En procesos civiles, laborales y administrativos, este derecho adquiere especial relevancia cuando la declaración de parte puede tener consecuencias patrimoniales, reputacionales o incluso penales indirectas. En tales escenarios, exigir una declaración obligatoria sin garantías suficientes vulnera el núcleo esencial del derecho a la defensa.

4. Análisis comparativo y propuestas normativas

El derecho comparado aporta elementos valiosos para comprender cómo otros sistemas jurídicos han abordado esta problemática. En Colombia, por ejemplo, el Código General del Proceso reconoce de forma expresa la facultad de abstenerse de declarar contra sí mismo, estableciendo que el silencio no puede ser interpretado automáticamente como un indicio en contra del declarante. Esta previsión normativa ha permitido reducir la discrecionalidad judicial y fortalecer la seguridad jurídica.

En Argentina, si bien la regulación del derecho al silencio se encuentra más desarrollada en el ámbito penal, la jurisprudencia civil ha evolucionado hacia una interpretación garantista, reconociendo que la negativa a declarar no puede suplir la falta de prueba ni invertir la carga probatoria. Esta tendencia ha sido respaldada por la doctrina, que advierte sobre los riesgos de utilizar el silencio como un mecanismo de presión procesal.

Chile presenta un modelo intermedio, en el cual la legislación procesal civil no regula de forma expresa el derecho al silencio, pero la jurisprudencia ha reconocido su aplicación en casos específicos, especialmente cuando la declaración puede implicar autoincriminación. Este enfoque jurisprudencial ha permitido una adaptación progresiva del sistema, aunque no exenta de críticas por la falta de uniformidad en los criterios judiciales.

En contraste, el ordenamiento ecuatoriano carece tanto de una regulación normativa clara como de una línea jurisprudencial consolidada. Esta doble ausencia incrementa el riesgo de decisiones contradictorias y debilita la confianza de los ciudadanos en el sistema de justicia. La investigación evidenció que, en algunos casos, los jueces han considerado la negativa a declarar como una conducta obstructiva, mientras que en otros la han reconocido como un ejercicio legítimo de un derecho constitucional.

Otro aspecto relevante es la relación entre el derecho al silencio y la carga de la prueba. Conforme a los principios generales del derecho procesal, corresponde a quien afirma un hecho probarlo. No obstante, cuando el silencio del demandado es interpretado como una admisión tácita se produce una alteración indebida de este principio, trasladando implícitamente la carga probatoria y afectando el equilibrio procesal.

La discusión sobre la necesidad de una reforma al Código Orgánico General de Procesos resulta, por tanto, ineludible. Dicha reforma debería contemplar, al menos, tres elementos fundamentales: el reconocimiento expreso del derecho al silencio en materias no penales; la prohibición de valorar negativamente la negativa a declarar como único elemento probatorio; y la definición de los límites y excepciones a su ejercicio, en armonía con los principios del debido proceso.

Asimismo, resulta indispensable fortalecer la capacitación de los operadores de justicia en materia de derechos humanos y garantías procesales. La formación continua permitiría una aplicación más uniforme y garantista del derecho al silencio, reduciendo la discrecionalidad judicial y promoviendo decisiones más coherentes con el marco constitucional e internacional.

Finalmente, debe destacarse que la incorporación del derecho al silencio en el ámbito no penal no implica una obstaculización del acceso a la justicia ni una renuncia a la verdad procesal. Por el contrario, su adecuada regulación contribuye a un proceso más justo, equilibrado y respetuoso de la dignidad humana, en el que la obtención de la prueba se realice sin coacción ni vulneración de derechos fundamentales.

Conclusiones

El estudio realizado permite afirmar que el derecho al silencio constituye una garantía esencial del debido proceso que, pese a su reconocimiento constitucional, no ha sido adecuadamente desarrollado en el ámbito de los procesos no penales en el Ecuador. Esta carencia normativa genera vacíos que afectan la seguridad jurídica y propician interpretaciones dispares por parte de los operadores de justicia.

La investigación demostró que la ausencia de una regulación expresa en el Código Orgánico General de Procesos ha dado lugar a prácticas judiciales contradictorias en las que el silencio puede ser valorado tanto como un derecho legítimo como un indicio desfavorable. Esta ambigüedad resulta incompatible con los principios del Estado constitucional de derechos y justicia.

El análisis comparado evidenció que otros ordenamientos jurídicos de la región han avanzado significativamente en la protección del derecho al silencio en materias no penales, ofreciendo modelos normativos y jurisprudenciales que podrían ser adaptados al contexto ecuatoriano. Estas experiencias demuestran que es posible conciliar el ejercicio de este derecho con la eficacia del proceso.

En consecuencia, se concluye que resulta necesaria una reforma legislativa que incorpore de manera expresa el derecho al silencio en el COGEP, estableciendo reglas claras sobre su ejercicio y valoración probatoria. Dicha reforma debería ir acompañada de políticas de capacitación y de una intervención activa de la Corte Constitucional para fijar criterios vinculantes.

Solo a través de estas medidas será posible garantizar una justicia más equitativa, coherente y respetuosa de los derechos humanos. De este modo, el derecho al silencio dejará de ser una fuente de incertidumbre y se consolidará como una verdadera garantía procesal en todas las materias del derecho.

Recomendaciones

Conforme a lo expuesto en el presente trabajo, las recomendaciones serían las siguientes:

- Reformar el Código Orgánico General de Procesos (COGEP) para incluir un artículo que reconozca expresamente el derecho al silencio en todos los procesos judiciales y que defina su alcance y limitaciones.

- Establecer un protocolo procesal claro sobre cómo y cuándo puede ejercerse el derecho al silencio, así como sus efectos jurídicos, evitando valoraciones negativas automáticas por parte de los juzgadores.
- Desarrollar jurisprudencia vinculante por parte de la Corte Nacional de Justicia y la Corte Constitucional que unifique criterios sobre la interpretación del derecho al silencio en materias no penales.
- Incluir el tema del derecho al silencio en los programas de formación y capacitación continua para jueces, fiscales, defensores públicos y abogados litigantes, con énfasis en materias no penales.
- Promover una discusión doctrinaria más amplia a nivel académico y legislativo sobre la transversalización del derecho al silencio en todo el ordenamiento jurídico, especialmente desde la perspectiva de los derechos humanos y el debido proceso.

Referencias

- Aguilar, G. *Azuay*. Nube, 2222.
- Alemania. *Strafprozeßordnung* (StPO). 12 de septiembre de 1950.
- Asamblea Nacional. *Código Orgánico de la Función Judicial*. Registro Oficial n.º 544, 2009.
- Asamblea Nacional. *Código Orgánico Integral Penal*. Registro Oficial n.º 180, 2014.
- Asamblea Nacional de la República del Ecuador. *Código Orgánico General de Procesos*. Registro Oficial Suplemento 506, 2015.
- Asamblea Nacional Constituyente. *Constitución Política de 1967*. Registro Oficial n.º 133, 25 de mayo de 1967.
- Asamblea Nacional Constituyente. *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial n.º 449, 2008. https://www.asambleanacional.gob.ec/sites/default/files/documents/old/constitucion_de_bolsillo.pdf
- Asamblea Nacional Constituyente del Ecuador. *Constitución Política de la República del Ecuador de 1998*. Registro Oficial n.º 1, 11 de agosto de 1998.
- Asencio, J. *El derecho al silencio del imputado*. 2017. <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/RDMCP/article/view/29680>
- Baytelman, Andrés. *Tiene derecho a guardar silencio... La jurisprudencia norteamericana sobre declaración policial*. Centro de Investigaciones Jurídicas, Universidad Diego Portales, 2002.
- Cabanellas de Torres, Guillermo. *Diccionario jurídico elemental*. Vol. 16. Buenos Aires: Heliasta, 2006. <http://www.iterra.edu.mx/centro/wp-content/uploads/2019/02/88047784-Diccionario-Juridico-Elemental-Guillermo-Cabanellas-de-Torres-1.pdf>
- Clavijo, D., D. Guerra, y D. Yáñez. *Método, metodología y técnicas de la investigación aplicada al Derecho*. 2014. https://fui.corteconstitucional.gov.co/doc/pub/31-08-2017_7b9061_60327073.pdf
- Contreras Rojas, Carlos. *Valoración de las pruebas de declaración de personas en segunda instancia*. Tesis doctoral, Universidad de Barcelona, 2015.
- Francia. *Code de procédure pénale*. 8 de abril de 1958.
- Gozaíni, Osvaldo Alfredo. *Tratado de derecho procesal civil*. Tomo IV. Buenos Aires: La Ley, 2009.
- Gramajo, G. *Metodología de la investigación jurídica en la academia*. 2012. http://recursosbiblio.url.edu.gt/publicjlg/url/IIJ/cuadren_estu105.pdf
- Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. *Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica*. Montevideo: Editorial M.B.A., 1988.
- Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. *Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica*. Editorial M.B.A., 1989.
- Jequier Lehedé, Eduardo. "La obtención ilícita de la fuente de la prueba en el proceso civil: Análisis comparativo del ordenamiento jurídico español y chileno." *Revista Chilena de Derecho* 34, n.º 3 (2007): 457-494. <https://doi.org/10.4067/S0718-34372007000300006>
- Lilburne, John, William Walwyn, Thomas Prince, y Richard Overton. *An Agreement of the Free People of England*. Londres, 1649.
- Mason, George. *Declaración de Derechos de Virginia*. Congreso de los Estados Unidos, 1776.

- Organización de Estados Americanos. *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. 1969. https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convención_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf
- Real Academia Española. *Diccionario panhispánico del español jurídico*. 2025. <https://dpej.rae.es/lema/derecho-a-guardar-silencio>
- Sanabria Villamizar, Rodrigo José, y Juan Tomás Jiménez Escalante. "La declaración de parte como medio de prueba en el derecho civil iberoamericano." *Revista Academia & Derecho* 9, n.º 16 (2018): 67–102.
- Sandoval, Carlos. *Investigación cualitativa*. 2002. <https://panel.inkuba.com/sites/2/archivos/manual%20colombia%20cualitativo.pdf>
- Talavera Elguera, Pablo. *Comentarios al Nuevo Código Procesal Penal*. Lima, 2004.
- Ticona, Jorge. *La declaración del imputado como medio de prueba o medio de defensa*. Tesis doctoral, Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa, 2018. <http://repositorio.unsa.edu.pe/handle/UNSA/7692>
- Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. *Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia*. s. f.
- Unidad Judicial Civil de Cuenca. *Sentencia n.º 01333-2020-02623*. 7 de julio de 2023.
- Unidad Judicial Civil del Cantón Cuenca. *Sentencia n.º 01333-2022-07334*. 2 de septiembre de 2022.
- Unidad Judicial del Trabajo del Cantón Cuenca. *Sentencia n.º 01371-2017-00370*. 19 de julio de 2018.
- Verger Grau, Josep. *La defensa del imputado y el principio acusatorio*. Barcelona, 1994.

CORDERO &
ASOCIADOS

La pena: un análisis desde el deber ser normativo en confrontación con su realidad práctica

Punishment: An Analysis from the Normative Ideal in Confrontation with its Practical Reality

Josué Andrés Solís Verdugo*
<https://orcid.org/0009-0001-5328-9288>

Fecha de recepción: 4 de febrero de 2026
Fecha de aceptación: 15 de marzo de 2026

Resumen

Entre los distintos preceptos en materia penal, la pena juega un rol fundamental, ya que es la esencia misma del Derecho penal y por la que el resto de los preceptos tienen sentido. Es por eso que la discusión doctrinaria de la pena es extensa y no ha encontrado consenso hoy en día; desde el retribucionismo hasta la prevención, distintos autores han intentado darle un significado y una finalidad. En ese sentido, nuestro ordenamiento jurídico ha optado por tomar posición en cuanto a cuál es la finalidad de la pena privativa de libertad para el Estado ecuatoriano y plasmar dichas finalidades tanto en la Constitución de la República como en el Código Orgánico Integral Penal, dándole así ideales normativos que se traducen en el deber ser normativo de la pena. Sin embargo, su deber ser y la confrontación con su realidad práctica demuestran claras diferencias y un distanciamiento notorio, y es eso lo que el presente trabajo desarrolla desde una visión descriptiva. Concluye que, aunque la normativa ecuatoriana reconoce múltiples finalidades de la pena en donde sobresale la prevención especial positiva, en la práctica predomina una visión retributiva y de prevención especial negativa. Esto ha ocasionado que se debilite la legitimidad del Derecho penal, afecte la confianza social en el sistema normativo penal y demuestre que el aumento de penas no constituye una solución efectiva frente a la criminalidad.

Abstract

Among the various precepts in criminal law, punishment plays a fundamental role because it is the very essence of criminal law and the reason why the other precepts have meaning. This is why the doctrinal discussion of punishment is extensive and ongoing today. From retributive to preventive perspectives, various authors have attempted to define the meaning and purpose of punishment as a penal institution. In this sense, the Ecuadorian State has chosen to take a position regarding the purpose of imprisonment and express these purposes in its domestic legislation, thus establishing a normative ideal: the normative "ought-to-be" of punishment. However, the ideal of punishment and its practical reality reveal clear differences and a marked divergence; this is what the present work explores. It concludes that, although Ecuadorian legislation recognizes multiple purposes of punishment, with positive special prevention predominating, in practice a retributive and negative special prevention approach prevails. This has led to a weakening of the legitimacy of criminal law, affected social trust in the criminal justice system, and demonstrated that increased penalties are not an effective solution to crime.

Palabras clave:

Derecho penal, pena privativa de libertad, teorías de prevención, ideales normativos, populismo penal

Keywords:

Criminal law, imprisonment, prevention theories, normative ideals, penal populism

*Abogado y Licenciado en Ciencias Políticas y Sociales por la Universidad de Cuenca. Máster en Derecho Penal por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, sede Quito y Máster en Derecho Probatorio en el Proceso Penal por la Universidad de Barcelona (España). Ha cursado diplomados en Derecho Penal y Procesal Penal, así como en Derecho Procesal Constitucional. Actualmente es abogado en libre ejercicio en Derecho penal y docente de tercer nivel en la carrera de Criminalística en el Instituto Superior Tecnológico Alquimia.

Introducción

Claro está que el Derecho penal engloba distintos preceptos, instituciones y figuras jurídicas. Comúnmente podríamos hablar de la infracción penal en general, los distintos tipos penales, causas de exclusión de la conducta, causas de justificación de la antijuridicidad, culpabilidad y hasta sobre autoría y participación. Sin embargo, todos esos preceptos jurídico-penales existen a consecuencia del precepto de la pena, por cuanto, en definitiva, el Derecho penal se diferencia de otros y mantiene su esencia por la sanción penal.

Entonces bien, entiéndase que si algún precepto, institución o figura legal pertenece a la rama del Derecho penal, no lo es únicamente porque regula con mandatos o prohibiciones ciertas conductas de los ciudadanos, ya que eso también lo hacen otras ramas como la civil o la administrativa. Dicha pertenencia responde, más bien, al hecho de que su incumplimiento o quebrantamiento es sancionado con penas o medidas de seguridad.¹

La pena también caracteriza de forma especial al Derecho penal por su función motivadora: influye en el ciudadano a fin de que sus conductas estén dirigidas a la protección de derechos y no al cometimiento de delitos.² Influyen, por lo tanto, en el comportamiento humano en sociedad.

Tal es la importancia de la pena para el Derecho penal que, en teoría, la finalidad y función de la misma deberían estar plenamente establecidas y no generar discusión alguna. Aún así, lo cierto es que estamos frente a lo contrario. La dogmática jurídica penal lleva décadas de discusiones centradas en las teorías de la pena, estudios que tienen distintas perspectivas: muchas de ellas la analizan con finalidades únicas o absolutas, mientras otros pensamientos han optado por la unión de teorías. Claro que existen ideas más acertadas y que han tenido una mayor aceptación. Por eso, en el presente trabajo, no podremos dejar a un lado a las teorías retribucionistas y teorías preventivas. Es más, como se ha dicho, hasta se ha optado por nuevas corrientes eclécticas de las cuales es necesario hablar.

Muchas de las teorías a las que nos referimos han sido reconocidas por la normativa penal ecuatoriana, otras han sido rechazadas de forma tajante, o por lo menos en teoría. El presente trabajo, por lo tanto, realiza un análisis y genera una discusión en cuanto a las finalidades de la pena que normativamente han sido reconocidas en el caso ecuatoriano, es decir, nos referimos al deber ser y el ideal de la pena para el ordenamiento jurídico del país. Por otro lado, tendremos que referirnos a lo que en realidad se evidencia en cuanto a la aplicación y la realidad práctica de la pena en el Ecuador y si es que esta aplicación coincide con los ideales normativos. Todo ello teniendo en cuenta que, en los últimos tiempos, las instituciones y preceptos del Derecho penal, incluyendo a la pena, han sido atacados por lo que se conoce como populismo punitivo o penal. El mismo, desde una retórica política, ha instaurado el discurso de que las penas tienen que elevarse o endurecerse cada vez más, haciendo pensar de forma errónea que la delincuencia se combate con penas más fuertes y con menos garantías procesales.

En ese contexto, el presente trabajo realiza una investigación de tipo cualitativa con un enfoque dogmático-hermenéutico, en tanto se analizan las normas principales que regulan a la pena en el caso ecuatoriano, como son la Constitución de la República y el Código Orgánico Integral Penal. Con apoyo de la dogmática jurídica penal, se realiza un análisis descriptivo de la pena desde el ideal normativo y teórico en contraste con su aplicación en la realidad ecuatoriana. Como objetivo general se plantea examinar la correspondencia entre el deber ser normativo de la pena y su realidad práctica en el Ecuador. Como objetivos específicos se plantean: identificar las principales teorías de la pena reconocidas en la doctrina penal; analizar las finalidades de la pena establecidas en la Constitución y el COIP; y evaluar las divergencias entre dichas finalidades normativas y su aplicación en el contexto actual, particularmente frente al fenómeno del populismo penal.

1. Claus Roxin, *Derecho Penal Parte General Tomo I: Fundamentos, La estructura de la teoría del delito*, (Madrid: Civitas, 1997), 41.

2. Santiago Mir Puig, *Introducción a las bases del Derecho pena*, 2ª ed (Montevideo: B de F, 2003), 45.

1. La evolución de la pena y sus teorías

A lo largo de la historia del Derecho penal, como hemos indicado, se han generado disputas sobre el fin de la pena, y sobre todo en torno a tres interpretaciones fundamentales:³ la pena como retribución, la prevención general y la prevención especial. Esto no es nuevo para quien ha leído sobre Derecho penal. Sin embargo, es importante para los fines académicos del presente trabajo desarrollar estos conceptos.

Cuando nos referimos a la pena como retribución, esta encuentra sentido en sí misma por el hecho de que se impone un mal merecidamente al autor por el hecho cometido.⁴ Su retribución, entonces, está estrictamente ligada a la venganza, siendo esta en la historia el fundamento principal para el castigo al delincuente. Recordemos que, durante siglos, se mantuvo una fórmula en cuanto a la venganza: «ora privada, ora divina, ora pública».⁵ Esto se refiere al hecho de que la justicia, en un principio, era por mano propia. Luego fue apropiada por la Iglesia y finalmente el Estado decidió tomar en sus manos la venganza que era exigida por los ciudadanos afectados por el hecho delictivo.

El retribucionismo clásico hoy en día no tiene sustento suficiente, por cuanto para esta teoría no existen fines sociales, y es contradictorio con el hecho de que el Derecho penal, de forma subsidiaria, protege bienes jurídicos. Estas ideas son más recientes en la dogmática jurídica penal⁶. En definitiva, la teoría de la retribución se trata de una vindicta pública, pero se ha cambiado el «ojo por ojo» de las leyes del talión por un «ojo por cárcel».⁷

Sin embargo, el retribucionismo hoy en día no ha dejado de existir como teoría de la pena. No obstante, los pilares de la teoría clásica han sido modificados dando lugar a lo que muchos llaman un neoretribucionismo, éste considera que su esencia tiene raíces profundas en la naturaleza humana y que es contradictorio negar su existencia en la pena. La dogmática italiana, bajo ese contexto, plantea que el retribucionismo hoy en día debería ser considerado como una teoría de retribución integradora, en cuanto su aplicación genera prevención, ya que por la retribución existe un efecto negativo de intimidación y un efecto colectivo de consolidación de justicia.⁸ Defiende, a su vez, que se ha malinterpretado el sentido mismo de la teoría del retribucionismo clásico, la cual mantiene sus postulados en el sentimiento de la justicia, y que es ese el valor que tiene que primar como postulado para la aplicación de la pena.

Luego del retribucionismo clásico, el desarrollo de los principios que rigen el Derecho penal también promovió cambios con respecto a la posición de la finalidad de la pena. La evolución del Derecho penal y la visión de este desde una perspectiva de protección de bienes jurídicos promovieron una perspectiva distinta, dejando a un lado el hecho de que al delincuente se le tiene que castigar por lo que hizo y más bien se optó por una mirada desde la prevención.

Es conocido que cuando hablamos de prevención como función de la pena, esta tiene dos perspectivas: la general y la especial. Estas pueden coexistir o existir de forma independiente.⁹ Y así también, para cada una de ellas podremos hablar de su posición negativa y

3. Roxin, *Derecho Penal Parte General*, 81.

4. Roxin, *Derecho Penal Parte General*, 82.

5. Francisco Carrara, *Programa de Derecho Criminal De la pena y del juicio criminal*, (Editorial Carrara, 1990), 37.

6. Roxin, *Derecho Penal Parte General*, 84.

7. Felipe Rodríguez Moreno, *Curso de Derecho Penal, Parte General Tomo III: Teoría de la Pena*. 2ª ed (Quito: Cevallos Editora Jurídica, 2021), 186.

8. Elio Morselli. "Neo-retribucionismo y prevención general integradora en la teoría de la Pena". *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 48 (1995). 271. <https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/ADPCP/article/view/334/334>

9. Rodríguez, *Curso de Derecho Penal*, 190.

positiva. Si bien el objetivo del presente trabajo no es ahondar en los conceptos y orígenes de cada teoría de la pena, es necesario tener una base de cómo diferenciarlas.

En cuanto a la prevención general, la pena actuaría con dos tipos de motivaciones, negativas y positivas.¹⁰ En cuanto a lo negativo, tiene un mensaje de tipo coercitivo que amenaza a quienes todavía no se han visto atraídos por el delito de que, en caso de que lo hicieren, serán también penados. Así, se aprovecha del miedo natural a perder el tan preciado derecho a la libertad. Por otro lado, la prevención general positiva considera que la pena es educadora: instruye a la sociedad de que existen ciertas conductas que no se pueden realizar o, en otros casos, que obligatoriamente tienen que realizarse. Lo que busca es prevenir a través del reforzamiento de la confianza en el sistema social y penal.¹¹

Cuando hablamos de prevención especial, esta deja a un lado la visión de que sirve a toda la sociedad y se centra en el hecho de que su función debería ser para quien comete el delito. Como la general, tiene una visión negativa y positiva. Cuando hablamos de la primera, evita que el delincuente delinca nuevamente¹² porque representa el hecho de que la pena significa también represión física y neutralización. Por otro lado, para la positiva, la pena es como un medicamento para el delincuente. Deja de ser un mal y ahora es algo bueno, un beneficio para el mejoramiento del reo.¹³ Entiéndase que esta idea está estrictamente ligada a la rehabilitación, es decir, que la pena es impuesta para que quien delinquiró pueda ser reinsertado en la sociedad y haya aprendido que lo que hizo no lo debería hacer de nuevo bajo ningún pretexto, a menos que tenga una causa de justificación o exculpación válida.

2. La posición del Estado ecuatoriano en cuanto a las teorías de las penas (deber ser)

Luego de un breve repaso en cuanto a las principales teorías de las penas desde el punto de vista doctrinario y de la dogmática penal dominante, es importante centrarnos en cuáles de esas posiciones doctrinales han sido adoptadas por la normativa ecuatoriana como ideales. Es decir, cuál es la posición que el Estado pretende asumir para la pena como expresión del poder punitivo.

Con la Constitución de Montecristi del año 2008 se dio la incorporación, por parte del ordenamiento jurídico ecuatoriano, a una corriente del neoconstitucionalismo. ¿Qué significa aquello? Quiere decir que la protección de derechos para el nuevo paradigma del Estado es de suma importancia, por no decir lo más importante. Esto conlleva, entonces, la constitucionalización del Derecho penal, entendiendo a esto como la impregnación de los valores, principios y derechos consagrados en la Constitución en las normas que regulan la materia penal en el Ecuador.

En ese mismo sentido, en el Estado ecuatoriano, la normativa expedida de forma posterior a la Constitución del 2008 seguía una corriente del constitucionalismo contemporáneo.¹⁴ Y, por lo tanto, también el COIP en el año 2014, el cual, si bien no es la fiel representación de un garantismo penal, sostuvo grandes cambios en cuanto al respeto de los derechos fundamentales dentro del proceso penal y le dotó normativamente a la pena de finalidades.

10. Javier Ignacio Baños, *El fundamento de la pena. Máximo problema penal*, (Buenos Aires: Ediar, 2011), 111.

11. Baños, *El fundamento de la pena*, 111.

12. Rodríguez, *Derecho penal parte general*, 200.

13. Baños, *El fundamento de la pena*, 135.

14. Héctor Gabriel Vanegas, *El garantismo en el proceso penal ecuatoriano: una tensión perpetua*, (Opinión pública, 2023), 8.

Partiendo de la Constitución del 2008, esta de manera ideal concibe a la pena como un medio de rehabilitación. Esto lo podemos inferir del artículo 201.¹⁵ En este se determina que el sistema de rehabilitación social tiene como finalidad la rehabilitación de las personas sentenciadas penalmente. Es decir, de forma clara, el ideal desde una perspectiva constitucional para la función de la pena es de prevención especial positiva. El objetivo, en teoría, de la norma constitucional es que la misma sirva como medio de rehabilitación para el sentenciado. Busca la reinserción del sujeto a la sociedad: es la medicina para el enfermo.

Por su lado, el COIP, en su articulado, en el Título II, se refiere exclusivamente a la pena y medidas de seguridad, y determina, en el art. 52¹⁶, su finalidad, indicando que: «Los fines de la pena son la prevención general para la comisión de delitos y el desarrollo progresivo de los derechos y capacidades de la persona con condena, así como la reparación del derecho de la víctima. En ningún caso la pena tiene como fin el aislamiento y la neutralización de las personas como seres sociales».

De la lectura del artículo citado, la normativa infraconstitucional tiene otros fines más que el previsto en la Constitución de la República y, en ese contexto, podemos distinguir varias teorías: unas aceptadas y otra que ha sido separada de los ideales normativos. Por un lado, de forma expresa reconoce a la prevención general sin especificar entre positiva y negativa, por lo que podríamos decir que acepta ambas teorías. Así también, incluye la prevención especial positiva, al igual que se hace en nuestra Constitución.

Pero es importante también, y esto lo podemos concluir sobre la base de la sola lectura del artículo mencionado, que se descarta por completo la prevención especial negativa.¹⁷ Por cuanto, de forma tajante, expresa que la pena en ningún caso tiene como fin el aislamiento y la neutralización, pero, claro, seguimos hablando del deber ser normativo.

Así también, cuando la norma antes citada menciona como fin de la pena «la reparación del derecho de la víctima», la enmarcación de ese ideal dentro de las teorías de prevención ya no cabe. Por otro lado, podría ser vista desde un lado de la retribución, por cuanto se entiende a la pena como forma de devolver el mal al victimario y esto no es más que pequeños rezagos de retribucionismo y el actual «ojo por cárcel». Es más, se podría también explicar este particular desde el neorretribucionismo y el sentimiento de la justicia que implica para esta teoría la aplicación de la pena. Esto se da en cuanto al hecho de que negar la retribución en la pena sería, a su vez, negar la responsabilidad penal que se representa en la culpabilidad del condenado.

Ahora, tenemos claro que, para el Estado ecuatoriano, de forma conceptual e ideal, la pena tiene que cumplir una función de prevención general, prevención especial siempre positiva y nunca, en ningún caso, puede pensarse a una persona con el fin de neutralizarla. Es decir, se niega rotundamente la prevención especial negativa. Todo esto es el deber ser de la pena en el caso ecuatoriano: qué es lo que se pretende con ella como institución penal aplicada a diario en el Estado. Sin embargo, lo deontológico y lo ontológico siempre han estado separados, y en el caso ecuatoriano, en cuanto a la pena, sucede igual. Como veremos, el nuevo discurso en cuanto al *ius puniendi* ha cambiado la concepción misma, no solo de la pena, sino que pretende la desnaturalización misma del Derecho penal.

15. Ecuador, Constitución de la República: Art. 201.- El sistema de rehabilitación social tendrá como finalidad la rehabilitación integral de las personas sentenciadas penalmente para reinsertarlas en la sociedad, así como la protección de las personas privadas de libertad y la garantía de sus derechos. El sistema tendrá como prioridad el desarrollo de las capacidades de las personas sentenciadas penalmente para ejercer sus derechos y cumplir sus responsabilidades al recuperar la libertad.

16. Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, 10 de febrero de 2014, Art. 52.

17. Rodríguez, *Derecho penal parte general*, 229.

3. Realidad práctica de la pena en el caso ecuatoriano

A lo largo de la historia del Derecho penal ecuatoriano, las penas, en cuanto a su rigurosidad, han variado de forma continua. Cada oportunidad que el legislador ha tenido para elevar y aumentar las mismas no ha sido desaprovechada. Es más, el populismo penal se ha vuelto común en tiempos de elecciones. Una característica especial de este es que, mediante el discurso político, propone menos garantías procesales, la creación de más delitos o sanciones con penas más altas. Todas estas propuestas, si bien son atractivas para la población por cuanto juegan con el desconocimiento y con el sentimentalismo, dejan la duda de si realmente son la solución para combatir la criminalidad.

En este punto, cabe preguntarnos: ¿qué tanto afecta el populismo penal a los ideales normativos de la pena en el caso ecuatoriano? Debemos contestar, sin duda alguna, que la afectación es severa, tanto que desnaturaliza el ideal y el sentido mismo del Derecho penal como freno al poder punitivo del Estado.

Como Roxin explica, la protección de los bienes jurídicos se basa en la cooperación instrumental de todo el ordenamiento jurídico y el Derecho penal actúa ante la falla de otros medios de protección. Por eso, la pena es de *ultima ratio* y en ello radica que el Derecho penal tenga una protección subsidiaria de bienes jurídicos. Esta limitación corresponde al principio de proporcionalidad que, a su vez, deriva del Estado de derecho.¹⁸

En el caso ecuatoriano sucede lo contrario: la respuesta a la criminalidad para los legisladores y políticos no son, en primer lugar, las políticas públicas, la normativa de prevención u otras que tiendan a precautelar bienes jurídicos sin necesidad de la intervención del *ius puniendi* —como debería ser—, sino más bien las penas privativas de libertad son de prima ratio. Es por ello que hoy en día la desproporcionalidad de las penas en el COIP es notoria. Esto no quiere decir que estemos en contra de que las penas privativas de libertad sean impuestas para quienes delinquen, claro que es lo correcto, pero no es correcto que no tengan un sustento en la política criminal y penal, y se basen únicamente en sentimentalismos y discursos políticos.

Últimamente, las reformas penales en el caso ecuatoriano han demostrado que la pena privativa de libertad ha perdido su esencia en cuanto a ser de *ultima ratio* y corresponder al principio de proporcionalidad. Téngase en cuenta, por ejemplo, las reformas del año 2024,¹⁹ en donde se incrementaron y hasta casi duplicaron las penas privativas de libertad en ciertos delitos. Sin embargo, los índices de criminalidad no han descendido y el discurso político ha echado la culpa a los jueces, a los fiscales, nuevamente a las normas penales y hasta a la Constitución. La desproporcionalidad de la pena, visible en nuestra normativa penal, y la búsqueda de que estas sean elevadas constantemente desmienten, por un lado, que la finalidad de esta para el caso ecuatoriano sea la rehabilitación.

Silva Sánchez, en cuanto a la prevención especial positiva, hace mención de que su origen corresponde a la Escuela Positiva italiana, y que términos iguales a los de esta escuela los mantuvo Von Liszt. Él creía que la pena no tenía por qué guardar proporcionalidad con el hecho cometido, sino que se orientaba a la peligrosidad del delincuente y a que este no vuelva a delinquir. Es por eso que, para el delincuente habitual, la solución y las penas aplicables eran por tiempo indeterminado, eran vitalicias y la finalidad de la pena para este era la inocuización.²⁰ Se pensaba, por lo tanto, en ese tiempo, que ciertos delincuentes no tenían rehabilitación y que les correspondía una pena que los mantuviera neutralizados, lejos de la sociedad y, de esa forma, que no pudieran continuar delinquiendo.

Claro que la prevención especial positiva luego fue cambiando. Con el tiempo se defendía un Derecho penal que debía contribuir a la mejora del que delinque y esta posición estaba

18. Roxin, *Derecho Penal Parte General*, 65.

19. Ley s/n, R.O. 599-S, 12-VII-2024.

20. Jesus-Maria, Silva Sánchez, *Derecho Penal Parte General* (Civitas, 2025), 283.

más ligada a la reinserción que cualquier otra cosa. Sin embargo, esto no duró mucho. Ante las falencias del sistema carcelario y la reinserción social, los ideales de neutralización regresaron. Silva Sánchez refiere que existió un retorno a la inocuidad²¹ y sus principales actores han sido quienes tienen relación con el terrorismo, la delincuencia organizada en general y la delincuencia sexual. Esto es producto, también, del posicionamiento de la política sobre el Derecho penal y del objetivo de dominar el mismo mediante el discurso político.

Esto no es lejano al caso ecuatoriano: el aumento de penas indiscriminadamente responde a que se pretende la neutralización del delincuente. Mientras más tiempo se lo pueda tener preso, mucho mejor; o es que acaso se busca rehabilitación para quien es condenado a 40 años. ¿Será posible una reinserción social, laboral y económica bajo esas condiciones? Entonces, por supuesto que la rehabilitación social como un fin de la pena en el caso ecuatoriano está muy lejos de ser aplicada, a menos que hablemos de una prevención en términos de la escuela positivista italiana y Von Liszt. En ese caso podría existir prevención, pero no de la que todos esperamos y soñamos, no de la prevención postdelictiva en donde existe reinserción para el que delinquiró, sino más bien una prevención predelictiva en donde la pena tiene la finalidad de seccionar delinquentes y en la que la prevención especial negativa termina consumiendo a la prevención especial positiva, siendo la neutralización lo principal. Y a pesar de que el ideal normativo en el caso ecuatoriano, como vimos, rechace rotundamente la neutralización, esto no es del todo cierto en la práctica.

Sobre esto último, podemos poner de ejemplo a la tan sonada cárcel «El Encuentro» o, por su nombre oficial, el Centro de Privación de Libertad CPL Santa Elena No. 1, el cual se encuentra operando desde el año 2025 en el Ecuador. De este centro penitenciario, si bien muy poco se conoce por el secretismo que ha manejado el Gobierno nacional, de manera pública se ha hecho saber que es una cárcel de máxima seguridad y que tiene una organización muy distinta a las del resto del país. Se puede citar, por ejemplo, la restricción total de visitas de familiares y abogados, la limitación a espacios con luz natural, la ausencia total de programas de rehabilitación y hasta el simple hecho de rapar el cabello de todos los privados de libertad, siendo la única en el país que ha tomado medidas de este tipo.

Bajo esas condiciones penitenciarias, no solo no se aporta a la rehabilitación del sentenciado, sino que se lo condena a la imposibilidad de su reinserción social y se garantiza por completo que es sujeto de inocuidad por parte del Estado. Es esa la imagen que el Gobierno pretende plasmar con sus políticas penitenciarias, afectando la prevención especial positiva que normativamente se ha plasmado como el ideal de la pena en el caso ecuatoriano.

En cuanto a la prevención general, la norma penal en el caso ecuatoriano no distingue entre positiva y negativa, entendiendo que acepta ambas teorías como finalidades de la pena. Sin embargo, en cuanto a la convivencia entre una finalidad de la pena como rehabilitadora de quien delinque y la pena como prevención general negativa, esto podría, a primera vista, ser ya contradictorio. Silva Sánchez afirma que, en la prevención general negativa, existe la premisa de que al delincuente no se le castiga por lo que ha hecho, sino que se le castiga para confirmar la seriedad de la amenaza abstracta de la pena frente a otros delinquentes potenciales: es una intimidación.²² Entonces, si en la prevención general negativa el centro de atención no es quien delinque sino los potenciales delinquentes, no existe de forma alguna rehabilitación con el penado, ya que este cumplió su papel de ser el modelo de lo que no se debe hacer y, por lo tanto, lo que venga para él en un futuro es indiferente para el Estado.

Lo antedicho solo reafirma la premisa de que, en el caso ecuatoriano, la pena como medio de rehabilitación es solo una aseveración realizada en papel. Esto por cuanto la prevención general negativa es claramente visible en las motivaciones de las políticas criminales vigentes, en cuanto se ha declarado una guerra por parte del Estado a la criminalidad organizada con un discurso intimidatorio y a través de la coerción, esto de forma independiente de los

21. Silva Sánchez, *Derecho Penal Parte General*, 287.

22. Silva Sánchez, *Derecho Penal Parte General*, 275.

resultados. Solo se toma en cuenta un punto de vista descriptivo y, así, la prevención general negativa es en la actualidad, en la realidad práctica, la finalidad sobresaliente de la pena para el Estado ecuatoriano y sus representantes.

Ahora bien, de que existan resultados positivos o no con base en la prevención general negativa, existen dudas, por cuanto, como hemos mencionado con anterioridad, la pena para el delincuente es como un riesgo laboral. Roxin indica, en el mismo sentido, que existe consenso en que solo un sector de quienes presentan inclinación hacia la criminalidad actúa tras valorar racionalmente los posibles efectos disuasivos de la sanción. En tales supuestos, la función intimidatoria no depende de la severidad de la pena prevista, sino de manera principal de la probabilidad real de ser descubierto y sancionado.²³

Lo mismo sucede con la prevención general positiva. Independientemente de los resultados que genere o no, en nuestro caso y en el resto de los países siempre ha estado presente el hecho de que la pena sea educadora para el resto de la sociedad. Sin embargo, esto solo influye positivamente en ciertas personas y sectores. Siempre existirá, por lo menos, un grupo de personas en la sociedad que, por su apreciación de la pena que ha recibido otra persona, aprenda y entienda que ciertas conductas están prohibidas penalmente o son obligatorias.

Pero, doctrinariamente, la prevención general positiva no es solo educadora, sino que en realidad se conforma por tres finalidades: el efecto de aprendizaje, la confianza de la sociedad en el Derecho por la activación de la justicia penal y el efecto de pacificación. Jakobs refiere que la pena tiene una misión de mantener a la norma como una orientación, en cuanto quienes confían en una norma deben tener una confirmación de esa confianza.²⁴ Esto se explica ya que si confiamos en que no se puede robar, matar o violar, esa confianza no se reafirma sino mediante la pena a quien sí cometió esa conducta. En ese mismo sentido, la pena no solo devuelve la seguridad de la sociedad en las normas, sino que reafirma la vigencia de las mismas.

En ese contexto, la prevención general positiva en el caso ecuatoriano, si bien puede servir como educadora en ciertos sectores y personas, no es lo que prima. Por otro lado, la prevención general positiva entendida como garante de la confianza y pacificadora es útil en cuanto al correcto uso de la pena, por cuanto la finalidad únicamente retributiva deslegitima a la prevención.²⁵ Es lo que sucede en nuestro caso: la pena en la práctica en el Ecuador, como hemos mencionado, solo intenta devolver el mal a quien lo causó, de ahí su desproporcionalidad. No es insensato pensar que existe retribucionismo en nuestra normativa: el art. 52 del COIP destaca que la pena también tiene por finalidad la reparación del derecho de la víctima. Existe entonces contradicción, nuevamente, con la rehabilitación, así como con la prevención general, ya que se destaca la necesidad de apaciguar el sentimiento de justicia o venganza de quien fue víctima en contra de su victimario. No olvidemos que la pena es expresión del poder punitivo del Estado y la reparación es algo muy distinto, destinada a resarcir los daños causados, mas no se resarce el daño con la sola privación de libertad.

Entonces, hay que ser claros en que no es inútil la prevención general positiva; el problema es que, en nuestro caso, el populismo penal y la falta de políticas criminales han causado una deslegitimación en la pena y la población ya no confía en la norma penal por más sentencias condenatorias que existan. «Políticamente hay que sacar de ahí la conclusión de que una agravación de las amenazas penales, como se exige una y otra vez en el carácter público, sino más bien una intensificación de la persecución penal (p.ej., refuerzo y mejor entrenamiento de la policía), puede tener éxito en cuanto a la prevención general».²⁶

23. Roxin, *Derecho Penal Parte General*, 91.

24. Günther Jakobs, *Bases para una teoría funcional del derecho penal*, (Palestra Editores, 2000), 74.

25. Jakobs, *Bases para una teoría funcional*, 75.

26. Roxin, *Derecho Penal Parte General*, 91.

Conclusiones

Como se ha dicho al inicio, el presente trabajo es descriptivo en cuanto a las posiciones teóricas de la pena en el Estado ecuatoriano. Por un lado, al verificar los ideales normativos de la Constitución y el Código Orgánico Integral Penal y, luego, realizando una discusión en cuanto al cumplimiento o no de dichas teorías, o por lo menos cuál es la posición teórica que se refleja últimamente en el caso ecuatoriano.

La pena como precepto es el principio y significado mismo del Derecho penal. Es por eso que su discusión dentro de la dogmática jurídico-penal es tan amplia y no ha cesado hasta el día de hoy. En su mayoría, la doctrina ha coincidido en que las teorías que han resaltado son las del retribucionismo y las de prevención general y especial. Por la importancia que han tomado en la discusión penal, dichas ideas han sido foco de atención para establecer los ideales normativos en cuanto a la pena en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Partiendo de la Constitución de la República, esta define a la pena como medio de rehabilitación de la persona que delinquirió, es decir, cree y promueve la prevención especial positiva. Luego, el COIP determina que la finalidad de la pena para el Estado ecuatoriano es la de prevención general y prevención especial positiva, y rechaza por completo la prevención especial negativa. Sin embargo, estos son los ideales normativos, es el deber ser de la pena para el Estado, pero, como hemos visto en el presente trabajo, existe una distancia considerable entre este deber ser y la concepción de la pena en la práctica y en la realidad coyuntural del Estado. Lamentablemente, el populismo penal ha intentado desaparecer las finalidades previstas en la normativa para la pena y hasta desnaturalizar al mismo Derecho penal.

Partiendo de la rehabilitación como finalidad, hemos notado que existe una lejanía entre el deber ser y el ser. Más allá del deficiente sistema carcelario del país, el discurso político y las últimas reformas que han existido con el aumento indiscriminado de penas demuestran que la finalidad no es rehabilitar, sino, por otro lado, neutralizar y mantener por el mayor tiempo posible al que ha cometido el delito. Esto, a su vez, contradice otro ideal normativo previsto en el COIP, que es rechazar rotundamente la prevención especial negativa.

En cuanto a la prevención general, formalmente y sin realizar distinción alguna, la normativa acepta la prevención general positiva y negativa. Sin embargo, el discurso político y legislativo en cuanto a que las penas deben ser más severas, al igual que su aplicación, es una concepción que se muestra en contra de la rehabilitación, reafirmando que la prevención especial positiva no existe en el caso ecuatoriano, ya que nos hemos concentrado en los potenciales criminales, mas no en el condenado y su reinserción.

Ahora bien, en el caso de la prevención general positiva, existe una coincidencia entre el ideal normativo y la función práctica en cuanto a la educación, reafirmación normativa y pacificación social. Sin embargo, esto sucede solo con determinados sectores y un porcentaje pequeño de la población. Como siempre ha sido, el problema radica en que su efectividad se ve gravemente debilitada en el contexto ecuatoriano debido a la desnaturalización de la pena y su predominante espíritu retribucionista y de prevención especial negativa. La desproporcionalidad de las penas y la desorientación entre castigo, reparación y venganza han derivado en su progresiva desnaturalización y en la pérdida de confianza social en el Derecho penal. El aumento indiscriminado de penas, sin considerar que esto no es efectivo de forma alguna para la lucha contra la criminalidad, no hace nada más que causar una deslegitimación de esta rama como freno al *ius puniendi* y medio subsidiario de protección de bienes jurídicos.

Una imagen de neorretribucionismo forma parte de la fórmula por la que la legislación ecuatoriana ha optado, en el sentido de que su presencia en los fines de la pena no podría desaparecer. Esto sucede ya que es contrario a la naturaleza del ser humano y a la necesidad del sentimiento de justicia que se tiene que garantizar al momento de aplicar la pena. Es por esto por lo que para nuestro ordenamiento jurídico la pena es un mecanismo de resarcir derechos. Sin embargo, hay que ser claros en que, en cuanto a las políticas penitenciarias actuales, como por ejemplo el caso del centro penitenciario denominado «El Encuentro», el valor de la justicia deja de ser un pilar de la pena. Por otro lado, los pilares del retribucionismo clásico resaltan que dichas políticas son sinónimo únicamente de que el sentenciado debe recibir el mal por su condición jurídica de culpabilidad.

Referencias

- Baños, Javier Ignacio. *El fundamento de la pena. Máximo problema penal*. Ediar, 2011.
- Carrara, Francisco. *Programa de Derecho Criminal De la pena y del juicio criminal*, Editorial Carrara, 1990.
- Ecuador. Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial 180, 10 de febrero de 2014.
- Ecuador. *Constitución de la República*. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.
- Jakobs, Günther. *Bases para una teoría funcional del derecho penal*. Palestra Editores, 2000.
- Mir Puig, Santiago. *Introducción a las bases del Derecho penal*. 2ª ed. B de F, 2003.
- Morselli, Elio. "Neo-retribucionismo y prevención general integradora en la teoría de la Pena". *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 48 (1995). 265-274. <https://revistas.mjjusticia.gob.es/index.php/ADPCP/article/view/334/334>
- Rodríguez, Felipe. *Curso de Derecho Penal, Parte General Tomo III: Teoría de la Pena*. 2ª ed. Cevallos Editora Jurídica, 2021.
- Roxin, Claus. *Derecho Penal Parte General Tomo I: Fundamentos, La estructura de la teoría del delito*. Civitas, 1997.
- Silva Sánchez, Jesus-Maria, *Derecho Penal Parte General*. Civitas, 2025.
- Vanegas, Héctor Gabriel. "El garantismo en el proceso penal ecuatoriano: una tensión perpetua". *Opinión Jurídica* 22, No. 48 (2023): 1-16 <https://doi.org/10.22395/ojum.v22n48a25>

TR.

TORRES & RODAS
ABOGADOS

La teoría de la argumentación jurídica en el Tribunal Constitucional del Perú: análisis de los estándares de motivación judicial desde Alexy y Atienza

The Theory of Legal Argumentation in the Constitutional Peruvian Court: Analysis of Judicial Motivation Standards of Alexy and Atienza

Thamir Tannert Peña*
Universidad Privada del Norte
<https://orcid.org/0009-0008-9156-3322>

Fecha de recepción: 6 de febrero de 2026
Fecha de aceptación: 15 de marzo de 2026

Resumen

Este artículo analiza los fundamentos teóricos de los estándares jurisprudenciales sobre la debida motivación judicial desarrollados por el Tribunal Constitucional del Perú. Se sostiene que dichos estándares encuentran sólidos fundamentos en la teoría de la argumentación jurídica, con el especial enfoque de Robert Alexy y Manuel Atienza. Para ello, se empleó un enfoque cualitativo con un diseño de análisis documental, mediante un muestreo intencional de jurisprudencia que permitió contrastar las categorías de motivación del Tribunal con los postulados de ambos autores. Cada categoría identificada por el Tribunal —inexistencia de motivación o motivación aparente, falta de motivación interna del razonamiento, deficiencias en la motivación externa, motivación insuficiente, motivación sustancialmente incongruente y motivaciones calificadas— se interpreta como expresión de los postulados teóricos de cada uno de los autores. La investigación concluye que el deber de motivar no constituye una exigencia meramente formal, sino que representa el núcleo de legitimidad de la función judicial. En ese sentido, la argumentación jurídica se revela como el principal instrumento para controlar la racionalidad de las decisiones jurisdiccionales y prevenir la arbitrariedad. Para finalizar, se advierte que una motivación deficiente compromete la legitimidad del juez y debilita los pilares del Estado de derecho.

Abstract

This article analyzes the theoretical foundations of the jurisprudential standards on the duty to provide reasoning in judicial decisions developed by the Constitutional Court of Peru. It argues that these standards find solid grounding in the theory of legal argumentation, with particular emphasis on the approaches of Robert Alexy and Manuel Atienza. To this end, a qualitative approach was employed with a documentary analysis design, using purposive sampling of case law that made it possible to contrast the Court's categories of reasoning with the postulates of both authors. Each category identified by the Court—absence of reasoning or merely apparent reasoning, lack of internal coherence in the reasoning, deficiencies in external justification, insufficient reasoning, substantially incongruent reasoning, and

*Estudiante de pregrado de la carrera de Derecho en la Universidad Privada del Norte. Ha obtenido el primer puesto en el Concurso de Investigación "Gral. Div. José del Carmen Marín Arista", organizado por el Centro de Altos Estudios Nacionales del Ministerio de Defensa del Perú. Asimismo, ha publicado la investigación "Los derechos sociales en los Tribunales de Iberoamérica y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos" en la Revista Peruana de Derecho Constitucional.

qualified forms of reasoning—is interpreted as an expression of the theoretical postulates of both authors. The research concludes that the duty to provide reasoning is not merely a formal requirement but rather constitutes the core of the legitimacy of the judicial function. In this sense, legal argumentation emerges as the principal instrument for controlling the rationality of judicial decisions and preventing arbitrariness. Finally, it is noted that deficient reasoning undermines the legitimacy of the judge and weakens the foundations of the rule of law.

Palabras clave:

motivación judicial, Tribunal Constitucional del Perú, teoría de la argumentación jurídica, Estado de Derecho, Filosofía del Derecho

Keywords:

judicial motivation, Constitutional Court of Peru, theory of legal argumentation, rule of law, Philosophy of Law

I. Introducción

¿Puede un Tribunal Constitucional mantener su autoridad si sus sentencias carecen de racionalidad argumentativa?

Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), el deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el derecho suministra. Esta obligación otorga credibilidad a las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática.¹

Por ello, la argumentación racional en las sentencias constituye, sin duda, una exigencia para todo magistrado en un Estado social y democrático de derecho. En nuestra era, el juez no se limita a ser un mero aplicador mecánico de la norma, sino que asume el rol de un intérprete y constructor de significados jurídicos, en especial cuando se trata de resolver conflictos de alta complejidad constitucional. Ciertamente, el jurista y el juez no se reducen a ser unos autómatas, simples y fríos aplicadores del texto legal.²

En este contexto, la argumentación jurídica adquiere un papel central, pues no solo cumple la función de justificar racionalmente las decisiones jurisdiccionales, sino también de garantizar su legitimidad en una sociedad democrática. El Tribunal Constitucional del Perú (TCP), en el expediente N.º 6712-2005-HC/TC, señala que la debida motivación implica que cualquier decisión cuente con un razonamiento que no sea aparente o defectuoso. Por el contrario, debe exponer de manera clara, lógica y jurídica los fundamentos de hecho y de derecho que la justifican.³

La falta de motivación en sentencias judiciales, más allá de vulnerar el derecho de las partes, debilita la confianza ciudadana en el sistema de justicia, especialmente en el contexto de resoluciones de última instancia. Por ello, la legitimidad de las cortes constitucionales y, en específico, del Tribunal Constitucional peruano depende de la solidez argumentativa de sus decisiones. Atendiendo a ello, solo la fuerza de los argumentos puede justificar y legitimar todo el poder que las democracias contemporáneas han puesto en manos de los jueces.⁴

Por aquella necesidad, la Teoría de la Argumentación Jurídica (TAJ) ha sido desarrollada como una herramienta metodológica que permite evaluar la calidad racional de las decisiones judiciales. Como indica Mejía, las teorías en torno a la decisión judicial racional tienen como finalidad la caracterización de los parámetros que permitan controlar lo que acatan los jueces.⁵

Dicho control se realiza a partir de criterios como la coherencia, la consistencia, la proporcionalidad y la apertura al debate público. Autores como Robert Alexy y Manuel Atienza han establecido principios y modelos que aspiran a dotar de racionalidad discursiva al razonamiento judicial. Bajo este enfoque, se entiende que la autoridad del juez no puede fundarse solo en su toga o martillo, sino en la racionalidad de sus argumentos. Según aportan Gascón

1. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Apitz Barbera y otros ("*Corte Primera de lo Contencioso Administrativo*") vs. Venezuela, Sentencia de 5 de agosto de 2008 (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 182, párr. 77, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_182_esp.pdf.

2. Pedro N. Zelaya Etchegaray, "Portalis y el sentido del texto (Sobre la interpretación de la Ley)," *Revista Chilena de Historia del Derecho*, no. 14 (1991): 261, <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/127052>

3. Tribunal Constitucional del Perú, Expediente N.º 6712-2005-HC/TC, Sentencia del 17 de octubre de 2005, proceso de hábeas corpus, Magaly Jesús Medina Vela y Ney Guerrero Orella, fundamento 10, <https://jurisprudencia.sedetc.gob.pe/sentencia/06712-2005-hc>.

4. Pedro Grández Castro, *Tribunal Constitucional y Argumentación Jurídica*, 1.ª ed. (Lima: Palestra Editores, 2010), 12.

5. Andrés Fernando Mejía Restrepo, "El esquema argumentativo de Toulmin como herramienta de control de racionalidad de las decisiones judiciales," *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas* 51, no. 134 (2021): 152, <https://doi.org/10.18566/rfdcp.v51n134.a07>.

y García, cuando la TAJ adopta una perspectiva prescriptiva, no se limita a describir cómo deciden los jueces, sino que determina cómo deberían decidir. Según aportan Gascón y García, cuando la TAJ adopta una perspectiva prescriptiva, no se limita a describir y sistematizar cómo deciden los jueces, sino que nos dice cómo deberían hacerlo.⁶

En el contexto peruano, el Tribunal Constitucional ostenta una posición cimera como órgano jurisdiccional de cierre en asuntos constitucionales. Sus resoluciones irradian el mayor impacto en la garantía de los derechos fundamentales y en la interpretación de la constitucionalidad. Por ello mismo, su actividad decisoria es objeto de escrutinio constante por parte de la doctrina y la sociedad civil, quienes a menudo cuestionan la calidad y coherencia de sus motivaciones.

Al respecto, es crucial recordar lo dicho por el propio Tribunal Constitucional en los expedientes N.º 0020-2005-PI/TC y N.º 0021-2005-PI/TC (acumulados). En dicha jurisprudencia, el Tribunal precisa que el artículo 201º de la Constitución peruana no le confiere una función de interpretación exclusiva, sino de carácter “supremo”. Por lo tanto, no posee el monopolio de la interpretación constitucional, sino que le corresponde, únicamente, la facultad de dictar la interpretación “definitiva”.⁷

En este contexto, se plantea como una tarea académica de especial relevancia el análisis crítico de los criterios mediante los cuales el Tribunal Constitucional del Perú ha delimitado las vulneraciones a la debida motivación. Tales criterios, identificados en una línea jurisprudencial consolidada, configuran una tipología de estándares argumentativos mínimos. Su omisión o deficiente cumplimiento ha sido considerada por el propio Tribunal como contraria al contenido constitucionalmente protegido de dicho derecho.

En el presente trabajo, se entenderá por estándares argumentativos de motivación deficiente aquellas categorías elaboradas por el Tribunal Constitucional para identificar cuándo una resolución judicial incurre en vicios que afectan su validez. Estos estándares han sido sistematizados a través de múltiples pronunciamientos, entre los que destacan los expedientes N.º 3943-2006-PA/TC⁸, N.º 08439-2013-PHC/TC⁹, N.º 00728-2008-PHC/TC¹⁰ y N.º 03864-2014-PA/TC.¹¹

En dichos expedientes, el colegiado ha determinado que el derecho a la debida motivación se vulnera ante la configuración de los siguientes supuestos: inexistencia de motivación o motivación aparente, falta de motivación interna del razonamiento, deficiencias en la motivación externa, motivación insuficiente, incongruencia sustancial y ausencia de motivaciones calificadas.

6. Marina Gascón Abellán y Alfonso García Figueroa, *La Argumentación en el Derecho: Algunas cuestiones fundamentales*, 1.ª ed. (Lima: Palestra Editores, 2003), 58.

7. Tribunal Constitucional del Perú, *Expediente N.º 0020-2005-PI/TC y 0021-2005-PI/TC (acumulados)*, Sentencia del 27 de septiembre de 2005, proceso de inconstitucionalidad, Presidente de la República contra Gobiernos Regionales de Cusco y Huánuco, fundamento 156, <https://jurisprudencia.sedetc.gob.pe/sentencia/00020-2005-ai>.

8. Tribunal Constitucional del Perú, *Expediente N.º 3943-2006-PA/TC*, Sentencia del 11 de diciembre de 2006, proceso de amparo, Juan de Dios Valle Molina, fundamento 4, <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/03943-2006-AA%20Resolucion.pdf>.

9. Tribunal Constitucional del Perú, *Expediente N.º 08439-2013-PHC/TC*, Sentencia del 20 de noviembre de 2014, proceso de hábeas corpus, Constantina Palomino Reinoso, fundamento 10, <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2015/08439-2013-HC.pdf>.

10. Tribunal Constitucional del Perú, *Expediente N.º 00728-2008-PHC/TC*, Sentencia del 13 de octubre de 2008, proceso de hábeas corpus, Giuliana Flor de María Llamoya Hilaes, fundamento 7, <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/00728-2008-HC.pdf>.

11. Tribunal Constitucional del Perú, *Expediente N.º 03864-2014-PA/TC*, Sentencia del 22 de marzo de 2016, proceso de amparo, Telefónica del Perú S.A.A., fundamento 27, <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2016/03864-2014-AA.pdf>.

Si bien la jurisprudencia constitucional peruana ha tipificado con amplitud estos supuestos de motivación deficiente, la literatura académica nacional ha tendido a abordarlos desde una perspectiva descriptiva. Así lo demuestran los trabajos de Rivas¹², Moscoso¹³, Portocarrero¹⁴, Flores et al.¹⁵ y Yalle¹⁶, quienes, a pesar de sus aportes, mantienen un enfoque centrado en la exposición procesal de las categorías antes que en su desarrollo iusfilosófico o crítico.

Esto significa que, si bien la doctrina identifica las categorías de motivación, no profundiza en su *ratio essendi*, lo que evidencia una ausencia de análisis sobre los fundamentos epistemológicos que les subyacen. Persiste, por tanto, una brecha en la sistematización de estos estándares frente a los presupuestos de la TAJ. En consecuencia, el presente artículo se propone llenar ese vacío en la academia al determinar si dichas categorías responden a una coherencia dogmática con los modelos de Alexy y Atienza, o si, por el contrario, constituyen construcciones de carácter puramente empírico.

En ese sentido, el objetivo del presente trabajo consiste en analizar si dichos estándares jurisprudenciales se alinean, total o parcialmente, con los postulados teóricos propuestos por Robert Alexy y Manuel Atienza. Para ello, se realizará una revisión de las categorías mencionadas y su contraste con los fundamentos normativos, estructurales y epistémicos de la teoría de la argumentación jurídica contemporánea.

a.

II. La Teoría de la Argumentación Jurídica: fundamentos

La Teoría de la Argumentación Jurídica nace como una respuesta a las limitaciones inherentes al positivismo normativo y al formalismo clásico, paradigmas que históricamente concibieron la función judicial como la aplicación mecánica de la ley o mera subsunción. Bajo esta visión, la jurisdicción era entendida como una actividad cuasi sacra, producto de una razón divina que no admitía cuestionamientos.¹⁷

En contraste con dicha cosmovisión, la modernidad y la posmodernidad han consolidado diversas metodologías que asisten al juez en su rol contemporáneo, caracterizado por una necesaria discrecionalidad interpretativa. Entre estas herramientas destacan la ponderación de principios y derechos, el control de constitucionalidad, los criterios de interpretación normativa o el control difuso.

Al respecto, Sagüés sostiene que los jueces, en su tarea de interpretar la norma fundamental, eligen entre las posibles versiones de un artículo aquella que estimen mejor. Tam-

12. Gino Rivas Caso, "La Anulación del Laudo por su motivación en el Perú – cómo hacer frente a una Vía Distorsionada," *THEMIS Revista de Derecho*, no. 72 (2017): 225–234, <https://doi.org/10.18800/themis.201702.013>.

13. Gerson Moscoso Becerra, "Prisión preventiva a la luz del control de convencionalidad. El binomio de la proporcionalidad y la debida motivación de las decisiones fiscales como regla en el proceso penal peruano," *Dikaion* 29, no. 2 (2021): 469–500, <https://doi.org/10.5294/dika.2020.29.2.6>.

14. Jorge Alexander Portocarrero Quispe, "Sobre el análisis de proporcionalidad y la debida motivación de la prisión preventiva en el derecho peruano: El caso Humala-Heredia," *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, no. 22 (2021): 154–182, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8195392>.

15. Javier Pedro Flores Arocutipá, Ruth Daysi Cohaila Quispe, y Luís Delfín Bermejo Peralta, "Incumplimiento de la debida motivación como causa de nulidad de sentencias penales en la Corte Superior de Moquegua 2008-2017," *Revista Veritas et Scientia - UPT* 11, no. 2 (2022): 267–279, <https://doi.org/10.47796/ves.v11i2.683>.

16. Doris Margarita Yalle Jorges, "El deber de motivación de las resoluciones como una garantía para salvaguardar el derecho a un debido proceso en el contexto de un Estado Constitucional de Derecho," *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, no. 15 (2024): 345–366, <https://revista.tc.gob.pe/index.php/revista/article/view/407>.

17. Manuel Aragón Reyes, *Constitución y control del poder: Introducción a una teoría constitucional del control* (Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1995), 90.

bién balancean los valores constitucionales mediante su *clearing*, integran lagunas y actúan como árbitros del proceso político al dirimir conflictos entre los poderes del Estado.¹⁸

Estas facultades exigen un ejercicio argumentativo riguroso y detallado. De hecho, el *quid* de la labor jurisdiccional reside en la complejidad de aplicar tales herramientas a casos concretos donde surgen dudas razonables. En este orden de ideas, Atienza señala que la jurisdicción es la instancia encargada de resolver problemas, pero los jueces no pueden hacerlo decidiendo pura y simplemente. Deben motivar sus decisiones mostrando las razones jurídicas que las justifican: deben, pues, argumentar.¹⁹

Por tanto, la argumentación jurídica se define como una actividad racional mediante la cual se construyen, justifican y comunican las decisiones judiciales. Esta teoría parte de la premisa de que el Derecho no puede reducirse a la mera subsunción lógica, sino que exige procesos interpretativos complejos, en especial en el ámbito constitucional, donde se debaten principios y derechos fundamentales.

En el contexto del neoconstitucionalismo, el juez ha superado la subordinación formal al poder político, consolidando su autonomía e independencia. No obstante, persiste el riesgo de que la judicatura sea instrumentalizada por presiones externas o sesgos ideológicos internos, lo cual resultaría contrario a los principios de imparcialidad y objetividad judicial.

Al respecto, cabe precisar que, si bien a lo largo de la historia se priorizó la independencia económica y administrativa de los magistrados, la crítica contemporánea se orienta más a evitar la politización o arbitrariedad de sus sentencias. Como bien señala Ansolabehere, la balanza ha comenzado a inclinarse desde la preocupación por la dependencia del poder judicial a la preocupación por la dependencia del poder político de las decisiones judiciales.²⁰

En tal sentido, la argumentación jurídica no solo constituye una herramienta metodológica, sino que representa una exigencia inherente a los principios democráticos y al deber de transparencia que rige la función jurisdiccional. Como sostiene MacCormick, el carácter argumentativo de la justicia es uno de los componentes esenciales del Estado de Derecho.²¹ Por todo ello, la legitimidad de las decisiones judiciales no descansa solo en su contenido legal o normativo, sino, fundamentalmente, en la calidad de su fundamentación racional.

III. Estándares sobre la debida motivación del Tribunal Constitucional Peruano y modelos de argumentación jurídica

La presente investigación se rige bajo un enfoque cualitativo²² con un diseño de análisis documental²³, orientado a examinar la complejidad de la argumentación jurídica en la justicia constitucional. Para la selección de la jurisprudencia, se empleó un muestreo intencional²⁴ a fin de garantizar que los casos analizados permitan un contraste efectivo con las categorías

18. Néstor Pedro Sagüés, *Elementos de derecho constitucional*, tomo 1 (Buenos Aires: Astrea, 1993), 143.

19. Manuel Atienza Rodríguez, *Derecho y argumentación*, 1.ª ed. (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997), 16.

20. Karina Ansolabehere, "Jueces, política y derecho: particularidades y alcances de la politización de la justicia", *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n.º 22 (2005): 39, <https://isonomia.itam.mx/index.php/revista-cientifica/article/view/331>

21. Neil MacCormick, *Retórica y Estado de Derecho: Una teoría del razonamiento jurídico*, 1.ª ed. (Lima: Palestra Editores, 2016), 76.

22. Jesús Ibañez, "Sobre la Metodología Cualitativa", *Revista Española de Salud Pública* 76, n.º 5. (2002): 373-380, https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1135-57272002000500001

23. Antoni Casasempere-Satorres y María Luisa Vercher-Ferrándiz, "Análisis documental bibliográfico. Obteniendo el máximo rendimiento a la revisión de la literatura en investigaciones cualitativas". *New Trends in Qualitative Research* 4 (2020): 247-257, <https://doi.org/10.36367/ntqr.4.2020.247-257>.

24. Tamara Otzen y Carlos Manterola, "Técnicas de Muestreo sobre una Población a Estudio", *International Journal of Morphology* 35, n.º 1 (2017): 230, <http://dx.doi.org/10.4067/S0717-95022017000100037>

teóricas propuestas. En este sentido, la elección de Robert Alexy y Manuel Atienza como referentes fundamentales responde a su vigencia en la materia.

Respecto al primero, Vigo destaca que Alexy es un referente obligado de la filosofía jurídica actual cuya tesis del discurso jurídico ha permitido elaborar una más amplia teoría del derecho.²⁵ Sobre el segundo, Vásquez sostiene que Atienza es quizás el teórico de la argumentación más importante de habla hispana.²⁶ En las secciones subsiguientes, se desarrolla un análisis comparativo de los estándares jurisprudenciales frente a los postulados de ambos autores, con el fin de identificar convergencias o disonancias entre la praxis judicial y la teoría de la argumentación.

1. Inexistencia de motivación o motivación aparente

Este defecto se presenta cuando la resolución judicial carece en su totalidad de una exposición razonada o, en su lugar, se limita a enunciar fórmulas genéricas, ambiguas o vacías de contenido. No basta con el cumplimiento simulado de la obligación de motivar, sino que la resolución debe revelar las razones mínimas que sustentan la decisión. En la jurisprudencia, el Tribunal Constitucional peruano (Exp. N.º 08439-2013-PHC/TC) identifica este vicio cuando la sentencia no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión. Asimismo, este supuesto se configura cuando el fallo no responde a las alegaciones de las partes o pretende dar un cumplimiento meramente formal al mandato de motivación.²⁷

1.1. Desde la Teoría de la Argumentación Jurídica de Robert Alexy

En el pensamiento de Alexy, la argumentación jurídica es un caso especial del discurso práctico general, cuya racionalidad se asegura mediante el cumplimiento de una serie de reglas. La motivación deficiente, ya sea inexistente o aparente, se produce cuando la decisión judicial infringe las reglas del discurso, implicando que el proceso argumentativo no ha logrado una justificación adecuada. Por ello, una decisión con este defecto frustra directamente la pretensión de corrección inherente a la actividad jurisdiccional.

Un ejemplo claro de las reglas del discurso se encuentra en la regla general de la fundamentación: todo hablante debe, cuando se le pide, fundamentar lo que afirma, a no ser que pueda dar razones que justifiquen el rechazar una fundamentación.²⁸

Si un juzgador omite fundamentar sus afirmaciones o si lo hace de una manera tan superficial que no permite conocer las razones subyacentes, su decisión carece de la base argumentativa que Alexy considera esencial. En este sentido, la inexistencia de motivación para el Tribunal se configura como la vulneración de la regla general de fundamentación de la argumentación racional, dado que el enunciado no se ha probado ni justificado.

Por su parte, la motivación aparente se vincula con la inobservancia, una de las reglas fundamentales, la cual establece que ningún hablante puede contradecirse.²⁹

Si una resolución judicial contiene contradicciones internas (entre sus considerandos o entre el considerando y el fallo), o si su justificación es internamente inconsistente, se produce una violación de estas reglas del discurso. Con ello, la motivación se torna ilusoria o

25. Rodolfo Luis Vigo, "Balance De La teoría jurídica Discursiva De Robert Alexy", *DOXA. Cuadernos De Filosofía Del Derecho*, n.º 26 (2003): 224, <https://doi.org/10.14198/DOXA2003.26.11>.

26. Omar Rodolfo Vásquez, "De lo que la teoría de la argumentación jurídica puede hacer por la práctica de la argumentación jurídica", *Reforma Judicial. Revista Mexicana De Justicia*, n.º 14. (2009): 71, <https://doi.org/10.22201/ijj.24487929e.2009.14.8759>.

27. Expediente N.º 08439-2013-PHC/TC, Sentencia del 20 de noviembre de 2014, fundamento 10.

28. Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica: La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, 1.ª ed. (Lima: Palestra Editores, 2010), 271.

29. Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, 266.

aparente, ya que, al no ofrecer un razonamiento coherente, se destruye la estructura lógica esperada. La falta de una argumentación sólida y no contradictoria denota la ausencia de una auténtica justificación que se limita a una simple formalidad.

1.2. Desde la Teoría de la Argumentación Jurídica de Manuel Atienza

Desde la óptica de Atienza, esta vulneración constituye una transgresión a la racionalidad discursiva que toda resolución debe satisfacer para alcanzar legitimidad y validez jurídica. Para el autor, la obligación de motivar no se reduce a una mera formalidad procedimental, sino que representa una exigencia teleológica consustancial al Estado de Derecho. En esa línea, sostiene que justificar una decisión implica ofrecer razones que demuestren que el fallo en cuestión garantiza la justicia conforme a Derecho.³⁰

Asimismo, Atienza rechaza explícitamente cualquier concepción autoritaria de la función jurisdiccional. Su postura se opone, por un lado, al determinismo metodológico, según el cual las decisiones no requerirían justificación por provenir de una autoridad legítima o ser fruto de una aplicación mecánica de normas. Por otro lado, confronta al decisionismo metodológico, que asume que las resoluciones son puros actos de voluntad imposibles de ser justificados racionalmente. En contraposición a ambas, Atienza defiende que las decisiones jurídicas no solo pueden, sino que deben ser justificadas.³¹

Por consiguiente, una sentencia que omite la motivación o la disfraza incurre en una transgresión del principio democrático y del derecho a la tutela judicial efectiva, al convertir el ejercicio jurisdiccional en un acto de poder sin razones.

2. Falta de motivación interna del razonamiento

Esta forma de vicio argumentativo se refiere a la ausencia de coherencia lógica dentro del propio razonamiento judicial. Puede manifestarse en inferencias inválidas o en contradicciones narrativas que hacen del discurso judicial un cuerpo inconexo e incomprensible. En la jurisprudencia, el Tribunal Constitucional Peruano en el expediente N.º 3943-2006-PA/TC lo establece cuando existe invalidez de una inferencia a partir de las premisas que establece previamente el juez en su decisión y, por otro, cuando existe incoherencia narrativa.³²

2.1. Desde la Teoría de la Argumentación Jurídica de Robert Alexy

Alexy aborda este problema fundamental a través de su concepción de la justificación interna, la cual se encuentra muy ligada al silogismo jurídico. La esencia de esta categoría radica en verificar la validez lógica del razonamiento, es decir, determinar si la decisión se deriva necesariamente de las premisas aducidas como fundamentación. Bajo este esquema, la justificación interna garantiza que la conclusión sea una consecuencia formal de la norma y los hechos del caso.³³

Esta conexión lógica se articula a través del silogismo jurídico, cuya correcta aplicación se ilustra en el siguiente ejemplo que Alexy propone:

- (1) El soldado debe decir la verdad en asuntos del servicio.
- (2) El señor M es un soldado.

30. Manuel Atienza Rodríguez, *Las razones del derecho: Teorías de la argumentación jurídica*, 1.ª ed., 5.ª reimpr. (Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017), 107.

31. Atienza Rodríguez, *Las razones del derecho*, 6.

32. Expediente N.º 3943-2006-PA/TC, Sentencia del 11 de diciembre de 2006, fundamento 2.

33. Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, 306.

(3) El señor M debe decir la verdad en asuntos del servicio.³⁴

- (1) El soldado debe decir la verdad en asuntos del servicio.

Esta es la premisa mayor (o premisa normativa). Establece una regla general, un deber o un principio. En el contexto jurídico, sería una norma legal, un precedente, o un principio aplicable.

- (2) El señor M es un soldado.

Esta es la premisa menor (o premisa fáctica). Establece un hecho particular que se encaja dentro del supuesto de hecho de la premisa mayor. En un caso judicial, sería el hecho probado del caso.

- (3) El señor M debe decir la verdad en asuntos del servicio.

Esta es la conclusión. Se deriva lógicamente de la aplicación de la premisa mayor a la premisa menor. En el ámbito jurídico, sería la decisión o la calificación jurídica del caso concreto.

Para ilustrar la falta de motivación interna del razonamiento, consideremos una modificación del ejemplo anterior, donde la coherencia lógica se quiebra, resultando en una motivación defectuosa según Alexy y el Tribunal Constitucional peruano:

(1) Todo soldado debe decir la verdad en asuntos del servicio.

(2) El señor M es un soldado y ha sido interrogado sobre asuntos del servicio.

(3) Por tanto, el señor M debe ser sancionado por desacato.

En este caso, la conclusión "(3) Por tanto, el señor M debe ser sancionado por desacato" no sigue lógicamente las premisas (1) y (2). Las mismas establecen un deber y la condición de la persona, pero la conclusión introduce una sanción y una calificación (desacato) que no están directamente conectadas o inferidas de las premisas anteriores.

No existe una premisa intermedia que vincule el no decir la verdad con la sanción específica de desacato. La falta de motivación interna del razonamiento ocurre justo cuando este requisito deductivo no se cumple, haciendo que la decisión sea lógicamente injustificada.

2.2 Desde la Teoría de la Argumentación Jurídica de Manuel Atienza

El criterio de la falta de motivación interna del razonamiento, desarrollado por el Tribunal Constitucional, identifica una deficiencia estructural en la justificación judicial: la desconexión lógica entre las premisas y la conclusión. Manuel Atienza aborda esta problemática desde la denominada dimensión formal de la argumentación. Para el autor, si bien el razonamiento jurídico no se agota en la lógica deductiva, esta constituye una condición necesaria para que un argumento sea reconocido como válido y racional.

La argumentación puede ser analizada desde tres dimensiones: la formal, la material y la pragmática. En este esquema, la falta de motivación interna se identifica primordialmente con la ausencia de corrección en la primera de estas dimensiones. La perspectiva formal se centra en la validez del paso deductivo, es decir, analiza si, dada la estructura de ciertos enunciados (premisas), es posible derivar lógicamente otro (conclusión). Por ello, esta faceta no examina la argumentación como un proceso o actividad, sino como un resultado estructurado: la lógica.³⁵

En consecuencia, la falta de motivación interna se produce cuando la resolución judicial no exhibe esta necesaria derivación lógica. Si la conclusión de la sentencia no puede inferirse de manera válida de los considerandos establecidos por el propio juzgador, el argumento se quiebra en su dimensión formal. Una motivación adolece de este vicio, precisamente, cuando la estructura de inferencia es defectuosa o inexistente.

34. Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, 307.

35. Manuel Atienza Rodríguez, *Curso de argumentación jurídica* (Madrid: Trotta, 2013), 110.

Al respecto, cabe recordar que la lógica deductiva es un pilar esencial para el control de la arbitrariedad. Bajo este esquema, un argumento es válido cuando la conclusión se infiere necesariamente de las premisas³⁶ o, técnicamente, cuando a partir de un enunciado condicional y de la afirmación de su antecedente, se deriva la afirmación del consecuente.³⁷

Por tanto, la falta de motivación interna del razonamiento, tal como ha sido definida por el Tribunal Constitucional peruano, se corresponde con la vulneración de la dimensión formal de la argumentación en la teoría de Atienza. Esto ocurre cuando las resoluciones judiciales carecen de una estructura lógico-deductiva coherente, lo que impide que la conclusión se derive válidamente de las premisas. En tales casos, el argumento adolece de un vicio formal que invalida su racionalidad interna.

3. Deficiencias en la motivación externa: justificación de las premisas

Este estándar se orienta al control sobre la validez y pertinencia de las premisas fácticas y jurídicas que sustentan la sentencia. No basta con estructurar un razonamiento lógicamente impecable si las premisas empleadas no han sido debidamente acreditadas o justificadas. En términos prácticos, este defecto se configura cuando el juzgador parte de hechos no probados o normas interpretadas de forma indebida, sin ofrecer una argumentación razonable que sustente su adopción en el caso concreto.

En estos casos, el razonamiento incurre en una aparente validez lógica o interna, pero con debilidad material insalvable. En la jurisprudencia, el Tribunal Constitucional Peruano en el expediente N.º 00728-2008-PHC/TC lo establece cuando las premisas de las que parte el juez no han sido confrontadas o analizadas respecto de su validez fáctica o jurídica.³⁸

3.1. Desde la Teoría de la Argumentación Jurídica de Robert Alexy

En la teoría de Robert Alexy, la justificación externa constituye la dimensión material de la corrección en la decisión jurídica. Mientras que la justificación interna, abordada en el apartado anterior, atiende exclusivamente a la validez lógica de la inferencia, la justificación externa se orienta a la fundamentación y validez de las premisas que integran dicho razonamiento. En tal sentido, el objeto de esta última es dotar de sustento racional a los presupuestos (normativos y fácticos) que después serán utilizados en la estructura del silogismo jurídico.³⁹

De este modo, Alexy establece que la racionalidad jurídica exige que las afirmaciones fácticas se fundamenten en pruebas y que las premisas normativas respondan a normas jurídicas universalizables y aceptadas por la comunidad jurídica. Esta exigencia constituye la denominada pretensión de corrección. Una premisa no justificada o justificada de forma aparente rompe con el ideal del discurso práctico racional y convierte la decisión en arbitraria.

A mayor abundamiento, la pretensión de corrección de toda decisión jurídica impone no solo coherencia interna, sino también veracidad y adecuación de los hechos y normas empleados como premisas. Esto quiere decir que la pretensión de corrección es constitutiva de la praxis de la fundamentación.⁴⁰ Por último, cuando un juez o cualquier operador jurídico invoca una regla o norma para justificar una decisión, asume que las condiciones o supuestos de hecho que la regla exige se encuentran efectivamente satisfechos en el caso concreto.

Por ello, quien apela a una regla en una fundamentación jurídica presupone, necesariamente, que se cumplen sus condiciones de aplicación. Tales condiciones pueden referirse a

36. Atienza Rodríguez, *Las razones del derecho*, 9.

37. Atienza Rodríguez, *Curso de argumentación jurídica*, 171.

38. Expediente N.º 00728-2008-PHC/TC, Sentencia del 13 de octubre de 2008, fundamento 6.

39. Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, 318.

40. Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, 300.

las características de un sujeto, a la naturaleza de una acción o de un objeto, a la existencia de un estado de cosas específico o a la ocurrencia de un determinado acontecimiento.⁴¹

Para la argumentación jurídica válida, no basta con decir “aplico la norma X”. Hay que probar que se dan las condiciones externas de implementación de esa norma como los hechos probados y las circunstancias específicas de cada caso. Si un juez no motiva y argumenta cumpliendo esas condiciones fácticas y normativas, su decisión es inmotivada y arbitraria. De este modo, el estándar del Tribunal Constitucional que exige la justificación externa de las premisas encuentra un sólido y directo sustento en la teoría de Alexy.

La justificación externa, inherente a la pretensión de corrección de todo discurso jurídico, postula que la legitimidad de una decisión judicial trasciende la mera lógica formal. Coincidiendo con la exigencia del Tribunal, Alexy subraya la necesidad de un control material riguroso sobre la validez, veracidad y fundamentación de las premisas utilizadas.

3.2. Desde la Teoría de la Argumentación Jurídica de Manuel Atienza

Desde la perspectiva de Manuel Atienza, las deficiencias en la motivación externa se comprenden, fundamentalmente, como una vulneración a la dimensión material de la argumentación. La validez de una decisión jurídica no solo depende de su corrección formal o lógica (justificación interna), sino, de manera crucial, de la adecuación y fiabilidad de las premisas sobre las que se construye el razonamiento. En palabras del autor, la justificación externa de la premisa fáctica opera como una inducción, en la cual se articulan diversos elementos de prueba, tales como testimonios e informes periciales.⁴²

Este enfoque material implica que el juez no puede limitarse a construir un silogismo lógicamente válido. Es imperativo que las normas y los hechos que sustentan la decisión sean justificados de forma robusta. Esta perspectiva exige que las premisas fácticas estén suficientemente acreditadas y hayan sido valoradas de manera racional. Por tanto, cuando una resolución no ofrece una argumentación explícita sobre la obtención o pertinencia de dichas premisas, por ejemplo, al dar por probados hechos sin sustento probatorio, se configura un defecto argumentativo grave que no puede ser subsanado por la mera coherencia lógica interna.

En última instancia, la justificación material es un componente esencial para la aceptabilidad de la decisión. Esto cobra mayor relevancia en los denominados casos difíciles, donde la solución no emana de un silogismo evidente. Es allí donde reside el verdadero esfuerzo del juzgador; como reconoce el propio Atienza, en estos escenarios la labor argumentativa se sitúa en la justificación externa, es decir, en las razones aducidas para interpretar una norma de cierta manera o para dar por acreditado un hecho.⁴³

Así, una motivación externa deficiente no solo implica una falla en la lógica de las premisas, sino que también socava la capacidad de la decisión para persuadir racionalmente a un auditorio, he ahí la dimensión pragmática. Si las razones que respaldan las premisas son débiles, incomprensibles o inexistentes, la resolución pierde coherencia al no poder ser vista como producto de un razonamiento acorde a hechos y normas.

De este modo, puede advertirse que tanto Robert Alexy como Manuel Atienza coinciden en que la deficiencia en la motivación externa, identificada por el Tribunal Constitucional, constituye un defecto argumentativo de naturaleza material. Ambos sostienen que la validez y legitimidad de una decisión jurídica no puede descansar únicamente en la corrección formal del razonamiento, sino que debe fundarse también en la solidez probatoria y normativa de las premisas utilizadas.

41. Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, 278.

42. Atienza Rodríguez, *Curso de argumentación jurídica*, 181.

43. Atienza Rodríguez, *Curso de argumentación jurídica*, 748.

4. Motivación insuficiente

Este vicio se configura cuando la argumentación ofrecida es notoriamente escasa o limitada frente a la complejidad del caso o la gravedad de los derechos comprometidos. Es preciso aclarar que este defecto no consiste en la omisión de responder a todos los argumentos planteados, sino en la ausencia de fundamentos esenciales que justifiquen la decisión. En otras palabras, cuando el contenido argumentativo no alcanza un umbral mínimo de razonabilidad se vulnera el derecho a una decisión debidamente motivada.

En la jurisprudencia, el Tribunal Constitucional Peruano en el expediente N.º 01939-2011-PA/TC señala que este defecto se refiere básicamente al mínimo de motivación exigible. El mismo atiende a las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir que la decisión está debidamente motivada.⁴⁴

4.1. Desde la Teoría de la Argumentación Jurídica de Robert Alexy

El criterio del Tribunal Constitucional sobre la motivación insuficiente describe un tipo de defecto cualitativo y cuantitativo en la justificación. Esta insuficiencia se analiza como la violación de diversas reglas del discurso práctico general y del discurso jurídico racional que exigen una argumentación completa, exhaustiva y que responda a todas las cuestiones relevantes planteadas.

La insuficiencia no es una ausencia total de razones (a diferencia de la apariencia o inexistencia de motivación), sino que representa una deficiencia en la profundidad o amplitud de las razones que se ofrecen. Esta carencia impide que la decisión satisfaga la pretensión de corrección que subyace a todo discurso jurídico. Si el juez ofrece una fundamentación nominal, genérica o que no aborda los puntos centrales del litigio, no está fundamentando de manera efectiva. No se trata de responder a cada alegato, sino de asegurar que las razones esenciales para la decisión final sean explícitas y suficientes.

Asimismo, la pretensión de corrección implica que toda decisión debe ser no solo válida formalmente, sino susceptible de ser aceptada por cualquier sujeto que participe de un discurso práctico racional. Una motivación insuficiente debilita esta pretensión al impedir un control efectivo y obstaculizar un consenso razonable. Es importante precisar que las partes, por lo general, no buscan convencerse entre sí, objetivo a menudo imposible en la etapa de juicio, sino que aspiran a que sus posiciones sean tales que cualquier persona racional deba estar de acuerdo con ellas.⁴⁵

El objetivo de argumentar de manera racional, incluso en un contexto adversarial, no es la persuasión directa de las partes que ya tienen posiciones fijas y que difícilmente cambiarán de opinión, aunque su contradicción sea manifiesta. En su lugar, se busca la construcción de un argumento fuerte y universalmente válido con el que cualquier sujeto que piense como un verdadero tercero imparcial estaría de acuerdo.

4.2. Desde la Teoría de la Argumentación Jurídica de Manuel Atienza

La motivación insuficiente puede ser analizada como un déficit en la robustez, completitud y pertinencia de las razones ofrecidas, afectando principalmente las dimensiones material y pragmática de la argumentación. Si bien las razones pueden estar presentes y ser correctas desde su lógica en la dimensión formal y hasta cierto punto materialmente fundadas, su insuficiencia radica en que no son lo bastante buenas o suficientes para justificar de manera adecuada la decisión en el contexto específico del caso.

44. Tribunal Constitucional del Perú, *Expediente N.º 01939-2011-PA/TC*, Sentencia del 8 de noviembre del 2011, proceso de amparo, Gobierno Regional del Cusco y Otro, fundamento 15, <https://jurisprudencia.sedetc.gob.pe/sentencia/01939-2011-aa>

45. Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, 304.

Atienza, al referirse a la concepción material de la argumentación, no solo exige que las premisas sean lógicas y reales, sino que estas sean lo bastante buenas para respaldar la conclusión. El acto de argumentar implica pues un compromiso con la calidad de lo que se afirma, en definitiva, argumentar significa aquí esforzarse por apoyar una pretensión con buenas razones.⁴⁶

Esta exigencia de buenas razones va más allá de la mera existencia de un silogismo formalmente válido. Implica que las premisas deben ser relevantes y vinculadas de forma explícita con la dimensión material. No basta con que el argumento presente determinada forma, se necesita, además, que lo que las premisas enuncien sea verdadero (esté bien fundado) y que estas supongan razones relevantes para la conclusión.⁴⁷

Cuando una motivación judicial es insuficiente, se evidencia que las premisas no están bien fundadas o no constituyen razones relevantes en la medida exigible por la complejidad del caso. No se trata de una ausencia total de razones, sino de una justificación que no logra aportar el peso argumentativo necesario para persuadir a un auditorio racional sobre la decisión. Esta carencia se manifiesta cuando, por ejemplo, el juez no desarrolla los argumentos necesarios para justificar una determinada interpretación de la norma, no explica cómo ha valorado una prueba crucial o no sopesa adecuadamente los intereses en conflicto, en un caso de ponderación.

En tales situaciones, el argumento, aunque no sea contradictorio (motivación interna) ni totalmente ausente (motivación aparente) o con deficiencias externas, carece de la profundidad y el detalle que permitirían a una persona racional comprender y aceptar el porqué de la decisión.

5. Motivación sustancialmente incongruente

Esta categoría abarca dos formas principales de incongruencia:

- Incongruencia activa: cuando el órgano jurisdiccional se pronuncia sobre cuestiones que no han sido planteadas por las partes, alterando el objeto del debate procesal.
- Incongruencia omisiva: cuando el juez omite pronunciarse sobre pretensiones o alegatos centrales del proceso.

Ambas manifestaciones afectan directamente el principio de congruencia procesal y, en consecuencia, el derecho a la tutela judicial efectiva. Dicha afectación desnaturaliza el rol del juez como tercero imparcial, obligado a resolver conforme a los marcos del proceso solicitados por las partes.

En la jurisprudencia, el Tribunal Constitucional peruano (Exp. N.º 0896-2009-PHC/TC) comenta que este vicio se produce cuando se cometen desviaciones que alteran el debate procesal, lo que define como incongruencia activa. Asimismo, identifica la incongruencia omisiva al dejar incontestadas las pretensiones o desviar la decisión del marco del debate judicial.⁴⁸

5.1. Desde la Teoría de la Argumentación Jurídica de Robert Alexy

Se presenta como una vulneración de diversas reglas del discurso práctico general, en específico de la regla de la razón y las reglas de la carga de la argumentación. Sobre la incongruencia omisiva, el juez, al omitir pronunciarse sobre alegatos o pretensiones centrales, incumple la exigencia de fundamentar todo lo que se afirma (que sea relevante para el juicio) o de abordar todo lo que se le pide (puntos controvertidos fijados).

46. Atienza Rodríguez, *Las razones del derecho*, 102.

47. Atienza Rodríguez, *Las razones del derecho*, 223.

48. Tribunal Constitucional del Perú, *Expediente N.º 00896-2009-PHC/TC*, Sentencia del 24 de mayo de 2010, proceso de habeas corpus, A.B.T., fundamento 6, <https://jurisprudencia.sedetc.gob.pe/sentencia/00896-2009-hc>

La omisión de motivación sobre un punto central es, en esencia, un rechazo a una fundamentación sin dar razones válidas para ello, lo que es inadmisibles en el discurso jurídico racional. El juez no puede, sin ambages, guardar silencio sobre aspectos que son indispensables para la validez de su decisión final.

La incongruencia activa implica que el juez se pronuncie sobre cuestiones no planteadas o que se exceda en lo pedido. Esta figura representa una desviación del objeto procesal que vulnera las reglas del discurso racional de Alexy, en especial aquellas referidas a la carga de la argumentación. Cuando el juez introduce temas no debatidos o se excede en lo pedido, está desviando el foco del discurso de las cuestiones que han sido sometidas a la confrontación argumentativa de las partes.

Las reglas del discurso subrayan la importancia de que los participantes se ciñan al tema del debate y a la carga de justificar cualquier desviación, esto quiere decir que, quien ataca una proposición o una norma que no es objeto de la discusión, debe dar una razón para ello.⁴⁹ Sumado a esto, quien introduce en el discurso una afirmación o manifestación sobre sus opiniones, deseos o necesidades que no se refiera como argumento a una anterior manifestación, tiene que fundamentar por qué lo hizo.⁵⁰

Estas reglas reflejan la expectativa de que un participante (el juez, en este caso) se ciña al objeto del discurso. Si el juez se pronuncia sobre algo no solicitado por las partes, introduce una afirmación no referida a una anterior manifestación (es decir, una pretensión, alegato o punto controvertido). Entonces, debería fundamentar por qué introdujo ese tema. Al no hacerlo, o al hacerlo de forma que excede el marco legal, su decisión se torna arbitraria.

No es que el juez esté prohibido de realizar de oficio correcciones o ampliaciones a lo solicitado por las partes, sino que esta facultad tiene que hacerse respetando los cánones de las reglas del discurso antes mencionadas. De lo contrario, su activismo judicial se vuelve el reflejo de la voluntad unilateral del juzgador.

5.2. Desde la Teoría de la Argumentación Jurídica de Manuel Atienza

La omisión de pronunciamiento, que Atienza define técnicamente como fallo corto, se traduce en una falta de buenas razones sobre puntos esenciales de la controversia. Esta modalidad de motivación insuficiente, que padece el vicio de una incongruencia omisiva, se produce cuando el juez omite dar una respuesta motivada a algunas de las pretensiones planteadas por las partes.⁵¹

Esta omisión implica que la sentencia no agota el universo de problemas que le fueron sometidos para su resolución, dejando sin justificación una parte esencial del conflicto. Desde una perspectiva pragmática, la omisión de pronunciamiento genera insatisfacción en las partes y en el auditorio jurídico. Si una pretensión principal no es resuelta, la sentencia no cumple con su función de dar una respuesta completa y coherente al litigio, destruyendo la pretensión de corrección.

La argumentación jurídica, en cuanto práctica social, busca persuadir racionalmente y lograr la aceptación de las decisiones. En el fondo, es fundamental para la argumentación la referencia a un auditorio al que se trata de persuadir.⁵² La ausencia de pronunciamiento sobre un punto controvertido impide la aceptación de la decisión, ya sea por las partes o un tercero imparcial.

Cuando el juez se pronuncia sobre cuestiones no planteadas por las partes (*extrapetita*) o va más allá de lo pedido (*ultrapetita*), está introduciendo razones y conclusiones que son ma-

49. Alexy, Teoría de la argumentación jurídica, 276.

50. Alexy, Teoría de la argumentación jurídica, 277.

51. Atienza Rodríguez, *Curso de argumentación jurídica*, 149.

52. Atienza Rodríguez, *Las razones del derecho*, 48.

terialmente irrelevantes para el verdadero objeto del debate que le fue sometido. El juzgador, en lugar de apoyar la pretensión concreta de las partes con buenas razones, construye una justificación para un objeto litigioso diferente o ampliado unilateralmente.

En el contexto de la incongruencia activa, las premisas fácticas y normativas, aunque puedan ser bien fundadas en un sentido abstracto, pierden su carácter de buenas razones porque no están originadas en relación con el objeto específico del litigio. Esto es, no son las premisas pertinentes para la controversia que las partes sometieron a su decisión. La argumentación debe ser funcional a la resolución del problema jurídico planteado y una desviación de este objeto implica un uso inadecuado de argumentos.

6. Motivaciones cualificadas

El Tribunal ha desarrollado este estándar como una exigencia agravada de motivación en aquellos casos donde se restringen derechos fundamentales, como la libertad personal, el debido proceso o la propiedad. En tales casos, la carga argumentativa del juez se incrementa, debiendo justificar de manera exhaustiva las razones de hecho y de derecho que sustentan la medida restrictiva.

En la jurisprudencia, el Tribunal Constitucional Peruano en el expediente N.º 04008-2015-PA/TC comenta que se presenta cuando resulta indispensable una especial justificación para el caso de decisiones de improcedencia de la demanda. También existe cuando se afectan derechos fundamentales como el de la libertad.⁵³

6.1. Desde la Teoría de la Argumentación Jurídica de Robert Alexy

El concepto de motivaciones cualificadas se fundamenta en la intensificación de la carga argumentativa que recae sobre el juzgador cuando su decisión implica una restricción o colisión de derechos fundamentales. Esta exigencia es necesaria debido a que, en escenarios de conflicto, estos derechos poseen la estructura de principios. Esto quiere decir que son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas existentes. En consecuencia, los principios operan como mandatos de optimización.⁵⁴

Los principios o derechos pueden entrar en colisión y, cuando esto ocurre (por ejemplo, al ordenar una prisión preventiva), la resolución no se logra mediante un simple silogismo, sino a través de un ejercicio de ponderación. Este ejercicio busca determinar qué principio o derecho, bajo las circunstancias específicas del caso, tiene mayor peso para justificar la limitación del otro.

En los casos de afectación de derechos fundamentales, esta carga argumentativa se intensifica significativamente. No es suficiente con una fundamentación general, se requiere una exposición detallada y robusta de las razones que justifican la intervención. Este rigor se refleja en la aplicación del principio de proporcionalidad que se descompone en tres sub-principios fundamentales:

1. Análisis de idoneidad: se trata de la medida que restringe un derecho debe ser adecuada para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo.
2. Análisis de necesidad: es la medida debe ser la menos gravosa para lograr el fin perseguido, es decir, no debe existir una alternativa igualmente eficaz que afecte en menor medida el derecho fundamental.

53. Tribunal Constitucional del Perú, *Expediente N.º 04008-2015-PA/TC*, Sentencia del 25 de abril de 2018, proceso de amparo, Julisa Patricia Valdéz Mamani de Izquierdo y Otro, fundamento 4. <https://jurisprudencia.sedetc.gob.pe/sentencia/04008-2015-aa>

54. Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, 458.

3. Análisis de proporcionalidad en sentido estricto (ponderación): establece que cuando mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro.⁵⁵

Para aplicar esta ley de la ponderación, se propone la fórmula del peso. Este modelo requiere valorar y fundamentar la relevancia de cada principio en el caso concreto mediante una aplicación cualitativa que asigna valores a tres variables clave:

1. Intensidad de la intervención: es el grado en que el derecho fundamental es afectado o restringido por la medida judicial. Se valora si la afectación es leve, media o intensa. La ley de ponderación hace énfasis en la intensidad de la intervención (el grado de la no satisfacción o de la afectación).⁵⁶
2. Grado de importancia de la razón justificatoria: se trata de la relevancia o el peso del principio o bien jurídico que se pretende satisfacer o proteger con la intervención. Se valora si la importancia es leve, media o intensa. De acuerdo con la ley de la ponderación, la medida permitida de falta de satisfacción o de afectación de uno de los principios depende del grado de importancia de la satisfacción del otro.⁵⁷
3. Seguridad de las premisas empíricas: es el nivel de certeza o fiabilidad de los hechos o pronósticos empíricos que sustentan tanto la intensidad de la intervención como la importancia de la razón justificatoria. La causa de la incertidumbre puede radicar en la falta de certeza de las premisas empíricas o de las normativas. La incertidumbre puede convertirse en un problema en cada una de las fundamentaciones relevantes que se produzcan.⁵⁸

La particularidad de las motivaciones calificadas radica en que estas valoraciones (las intensidades de la intervención y los grados de importancia de la razón, junto con la seguridad de las premisas fácticas) deben estar extensional y rigurosamente fundamentadas. Esto significa que el juez no puede solo afirmar un valor (ej., la intervención es leve), sino que debe explicitar con argumentos detallados, evidencia fáctica y razonamiento jurídico la base que sustenta cada valoración.

Por ejemplo, si se afirma una intervención leve sobre un derecho, se debe justificar por qué la afectación concreta es mínima y por qué no existen alternativas menos gravosas. Análogamente, si se invoca una razón grave para justificar la restricción, se debe demostrar la alta importancia del bien jurídico protegido en ese caso particular.

6.2. Desde la Teoría de la Argumentación Jurídica de Manuel Atienza

Su visión desarrolla la argumentación jurídica desde una perspectiva más holística. Una decisión judicial bien motivada, y con mayor razón una que exige una motivación calificada, debe ser sólida en sus tres dimensiones fundamentales: la formal, la material y la pragmática.

La dimensión formal de la argumentación se centra en la validez lógica de la inferencia, es decir, en la corrección de la deducción de la conclusión a partir de las premisas. En este sentido, una motivación calificada exige una justificación interna impecable, donde la conclusión se siga de manera necesaria de las premisas establecidas.

La dimensión material se ocupa de la fundamentación y solidez de las premisas mismas. No basta con que el razonamiento sea lógicamente válido, las premisas, tanto las normativas como las fácticas, deben ser buenas razones. Es en esta dimensión donde la exigencia de una motivación calificada se vuelve rigurosa en particular.

55. Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, 460.

56. Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2.^a ed. (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010), 553.

57. Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 138.

58. Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 547.

Cuando una decisión restringe derechos fundamentales, la justificación material debe ser exhaustiva. El juez debe ofrecer argumentos sólidos sobre la interpretación de las normas aplicables (justificación de la premisa normativa), así como la acreditación de los hechos relevantes (justificación de la premisa fáctica) y su subsunción correcta.

La cualificación implica que el juez no solo declare los hechos o las normas, sino que demuestre con evidencia y razonamiento interpretativo por qué esos hechos son relevantes y por qué esa interpretación normativa es la más adecuada o la menos lesiva para el derecho fundamental en cuestión. Como se ha señalado, las premisas, aunque formalmente válidas en sí mismas, pueden carecer de pertinencia material si no abordan lo que las partes esperan de la administración de justicia, lo que lleva a una motivación deficiente.

Finalmente, la dimensión pragmática de la argumentación concibe el razonamiento jurídico como un proceso comunicativo y una actividad social orientada a la persuasión y la construcción de consenso. En esta dimensión, la motivación no solo busca la corrección lógica y material, sino también la aceptación de un auditorio racional, compuesto por terceros imparciales, la comunidad jurídica y la sociedad en general.

Bajo esta perspectiva, la argumentación discurre según reglas que regulan el comportamiento lingüístico de los participantes y el flujo de los argumentos, con la finalidad última de persuadir a dicho auditorio.⁵⁹ En tal sentido, el juez debe construir su argumentación de tal forma que disipe dudas, responda a objeciones previsibles y genere adhesión racional.

Esta labor es crucial en escenarios de restricción de derechos fundamentales, donde la legitimidad del fallo depende de su capacidad para ser percibido como justo y razonable. Así, la exigencia de motivación cualificada obliga al juez a considerar las expectativas del auditorio y a exponer sus razones de la manera más convincente posible.

IV. Aplicación en el Tribunal Constitucional del Perú

El análisis de los estándares jurisprudenciales del Tribunal Constitucional del Perú sobre la debida motivación judicial demuestra una clara alineación con los principios de la Teoría de la Argumentación Jurídica de Robert Alexy y Manuel Atienza. Los defectos identificados por el Tribunal (inexistencia de motivación, falta de motivación interna, deficiencias externas, motivación insuficiente, incongruencia y ausencia de motivaciones cualificadas) reflejan las exigencias de coherencia lógica, solidez material y persuasión pragmática que ambos autores consideran esenciales para la legitimidad judicial.

En el caso de Alexy, la motivación judicial debe garantizar una justificación interna lógica y una externa basada en premisas fácticas y normativas sólidas, como se evidencia en la exigencia del Tribunal de que las resoluciones no incurran en motivación aparente, donde no se den cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión.⁶⁰ Por su parte, Atienza subraya la necesidad de buenas razones que persuadan a un auditorio racional, un criterio que resuena con el estándar de motivación insuficiente, donde la argumentación no alcanza el mínimo de motivación exigible, atendiendo las razones de hecho y de derecho indispensables para asumir una decisión.

Asimismo, el Tribunal Constitucional del Perú (Exp. N.º 02326-2014-PA/TC) enfatizó que omitir el pronunciamiento sobre las pretensiones o desviar la decisión del marco del debate judicial genera indefensión. Esta conducta, denominada incongruencia omisiva, constituye una vulneración tanto del derecho a la tutela jurisdiccional como del derecho a la motivación de las resoluciones.⁶¹

59. Atienza Rodríguez, *Las razones del derecho*, 223.

60. Tribunal Constitucional del Perú, *Expediente N.º 02709-2023-PHC/TC*, Sentencia del 30 de enero de 2025, proceso de habeas corpus, Noé Ángel Pujay Pineda, fundamento 4, <https://jurisprudencia.sedetc.gob.pe/sentencia/02709-2023-hc-54-2025>

61. Tribunal Constitucional del Perú, *Expediente N.º 02326-2014-PA/TC*, Sentencia del 2 de julio de 2018, proceso de amparo, Fábrica de Hilados y Tejidos San Miguel S.A. en Liquidación, fundamento 4, <https://jurisprudencia.sedetc.gob.pe/sentencia/02326-2014-aa>

Por otra parte, la exigencia de motivaciones calificadas en casos que afectan derechos fundamentales, como la libertad, refuerza la necesidad de un razonamiento riguroso. Según el Tribunal Constitucional del Perú (Exp. N.º 01512-2016-PA/TC), la legitimidad de la motivación se encuentra supeditada a un estándar cualificado, y no solo a uno suficiente o mínimo, cuando lo resuelto compromete el contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental.⁶²

V. Conclusiones

La argumentación jurídica no constituye un complemento accesorio en el razonamiento judicial, sino el *ánima* de su legitimidad. La motivación de las decisiones del Tribunal Constitucional no puede reducirse a una satisfacción tan solo formal del deber de decidir, sino que debe aspirar a un modelo deliberativo, transparente y epistémicamente exigente. En este los fundamentos normativos y fácticos deben ser expuestos con claridad, coherencia y suficiencia.

En el contexto peruano, marcado por recurrentes conflictos competenciales entre poderes, tensiones interinstitucionales y un debilitamiento de la confianza ciudadana, el papel del Tribunal Constitucional no se define por el sentido de sus fallos, sino, fundamentalmente, por la calidad de su argumentación. En este escenario de crisis de legitimidad, la fortaleza de la justicia constitucional no se calcula por su capacidad de imposición, sino por su aptitud para convencer y persuadir mediante la palabra razonada. Solo a través de una respuesta basada en el discurso racional, el Tribunal puede cumplir su función como guardián último de la Constitución y pacificador social.

Cabe precisar que los alcances del presente estudio se han circunscrito al análisis dogmático y doctrinario de los estándares de motivación. No obstante, queda abierta la ruta para futuras investigaciones que, partiendo de las categorías aquí desarrolladas, emprendan un examen empírico de la praxis jurisdiccional. Un análisis crítico de cada sentencia permitiría verificar si, en la realidad de sus pronunciamientos, el Tribunal Constitucional cumple con sus propios parámetros de suficiencia y coherencia, o si persiste una brecha entre el canon teórico y la ejecución de sus decisiones.

En esa línea, la actual investidura del Tribunal Constitucional no puede verse ensombrecida por su penosa antecesora, el Tribunal de Garantías Constitucionales. Como advertía Aguirre respecto a aquel organismo, la filiación política de varios de sus magistrados, identificados como correligionarios de un mismo partido, ejerció una peligrosa influencia en la conducta de la institución. Fundamentalmente, esta se reflejó en la mayoría de sus pronunciamientos, los cuales fueron calificados en su momento como, en verdad, lamentables.⁶³ Este antecedente sirve como advertencia para el presente y es que el actual Tribunal Constitucional no debe repetir los errores del pasado.

La legitimidad de las decisiones del Tribunal no puede depender de la composición política de sus miembros ni de preferencias ideológicas, sino de la calidad racional, técnica y jurídica de sus argumentos. Resulta imperativo que actúe como un órgano de interpretación constitucional independiente, solo así podrá garantizar los derechos fundamentales y preservar la confianza ciudadana en sus decisiones.

Allí donde las instituciones de justicia tambalean, la argumentación jurídica no es solo una técnica, es una forma de defensa y democracia. Y solo cuando el Tribunal Constitucional logre asumir plenamente esa responsabilidad argumentativa, sus decisiones podrán considerarse legítimas no solo por mandato, sino por convicción.

62. Tribunal Constitucional del Perú, *Expediente N.º 01512-2016-PA/TC*, Sentencia del 21 de julio de 2020, proceso de amparo, Orlando Pacheco Mercado y Otra, fundamento 5, <https://jurisprudencia.sedetc.gob.pe/sentencia/01512-2016-aa>

63. Manuel Aguirre Roca, "La Razón Principal del Fracaso del TGC", *Revista Peruana De Derecho Constitucional*, n.º 16 (2025): 294, <https://revista.tc.gob.pe/index.php/revista/article/view/445>

Referencias

- Aguirre Roca, Manuel. "La Razón Principal del Fracaso del TGC". *Revista Peruana De Derecho Constitucional*, n° 16 (2025): 293–305. <https://revista.tc.gob.pe/index.php/revista/article/view/445>
- Alexy, Robert. *Teoría de la Argumentación Jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. 1a ed. Lima: Palestra Editores, 2010.
- Alexy, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. 2a ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- Ansolabehere, Karina. "Jueces, política y derecho: particularidades y alcances de la politización de la justicia". *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n.º 22 (2005): 39-64. <https://isonomia.itam.mx/index.php/revista-cientifica/article/view/331>
- Antoni Casasepère-Satorres y María Luisa Vercher-Ferrándiz. "Análisis documental bibliográfico. Obteniendo el máximo rendimiento a la revisión de la literatura en investigaciones cualitativas". *New Trends in Qualitative Research* 4 (2020): 247-257. <https://doi.org/10.36367/ntqr.4.2020.247-257>.
- Aragón Reyes, Manuel. *Constitución y control del poder: Introducción a una teoría constitucional del control*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1995.
- Atienza Rodríguez, Manuel. *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Trotta, 2013.
- Atienza Rodríguez, Manuel. *Derecho y argumentación*. 1.ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997.
- Atienza Rodríguez, Manuel. *Las razones del derecho: Teorías de la argumentación jurídica*. 1.ª ed., 5.ª reimpr. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Apatz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela. Sentencia de 5 de agosto de 2008 (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C No. 182. San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2008. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_182_esp.pdf.
- Flores Arocutipa, Javier Pedro, Ruth Daysi Cohaila Quispe, y Luís Delfin Bermejo Peralta. "Incumplimiento de la debida motivación como causa de nulidad de sentencias penales en la Corte Superior de Moquegua 2008-2017." *Revista Veritas et Scientia - UPT* 11, no. 2 (2022): 267–279. <https://doi.org/10.47796/ves.v11i2.683>.
- Gascón Abellán, Marina, y Alfonso García Figueroa. *La Argumentación en el Derecho: Algunas cuestiones fundamentales*. 1.ª ed. Lima: Palestra Editores, 2003.
- Grández Castro, Pedro. *Tribunal Constitucional y Argumentación Jurídica*. 1.ª ed. Lima: Palestra Editores, 2010.
- Ibáñez, Jesús. "Sobre la Metodología Cualitativa". *Revista Española de Salud Pública*, no. 5 (2002): 373-380. https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1135-57272002000500001
- MacCormick, Neil. *Retórica y Estado de Derecho: Una teoría del razonamiento jurídico*. 1.ª ed. Lima: Palestra Editores, 2016.
- Mejía Restrepo, Andrés Fernando. "El esquema argumentativo de Toulmin como herramienta de control de racionalidad de las decisiones judiciales." *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas* 51, no. 134 (2021): 151–176. <https://doi.org/10.18566/rfdcp.v51n134.a07>.
- Moscoso Becerra, Gerson. "Prisión preventiva a la luz del control de convencionalidad. El binomio de la proporcionalidad y la debida motivación de las decisiones fiscales como regla en el proceso penal peruano." *Dikaion* 29, no. 2 (2021): 469–500. <https://doi.org/10.5294/>

dika.2020.29.2.6.

- Otzen, Tamara y Carlos Manterola. "Técnicas de Muestreo sobre una Población a Estudio". *International journal of morphology* 35, n° 1 (2017): 227-232. <http://dx.doi.org/10.4067/S0717-95022017000100037>
- Portocarrero Quispe, Jorge Alexander. "Sobre el análisis de proporcionalidad y la debida motivación de la prisión preventiva en el derecho peruano: El caso Humala-Heredia." Cuadernos Manuel Giménez Abad, no. 22 (2021): 154-182. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8195392>.
- Rivas Caso, Gino. "La Anulación del Laudo por su motivación en el Perú – cómo hacer frente a una Vía Distorsionada." *THEMIS Revista de Derecho*, no. 72 (2017): 225-234. <https://doi.org/10.18800/themis.201702.013>.
- Sagüés, Néstor Pedro. *Elementos de derecho constitucional*. Tomo 1. Buenos Aires: Astrea, 1993.
- Tribunal Constitucional del Perú. *Expediente N.º 0020-2005-PI/TC y 0021-2005-PI/TC (acumulados)*. Sentencia del 27 de septiembre de 2005. Proceso de inconstitucionalidad. Presidente de la República contra Gobiernos Regionales de Cusco y Huánuco. Lima: Tribunal Constitucional del Perú, 2005. <https://jurisprudencia.sedetc.gob.pe/sentencia/00020-2005-ai>.
- Tribunal Constitucional del Perú. *Expediente N.º 00728-2008-PHC/TC*. Sentencia del 13 de octubre de 2008. Proceso de hábeas corpus. Giuliana Flor de María Llamuja Hilaes. Lima: Tribunal Constitucional del Perú, 2008. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/00728-2008-HC.pdf>.
- Tribunal Constitucional del Perú. *Expediente N.º 00896-2009-PHC/TC*. Sentencia del 24 de mayo de 2010. Proceso de habeas corpus. A.B.T. Lima: Tribunal Constitucional del Perú, 2010. <https://jurisprudencia.sedetc.gob.pe/sentencia/00896-2009-hc>
- Tribunal Constitucional del Perú. *Expediente N.º 01512-2016-PA/TC*. Sentencia del 21 de julio de 2020. Proceso de amparo. Orlando Pacheco Mercado y Otra. Lima: Tribunal Constitucional del Perú, 2020. <https://jurisprudencia.sedetc.gob.pe/sentencia/01512-2016-aa>
- Tribunal Constitucional del Perú. *Expediente N.º 01939-2011-PA/TC*. Sentencia del 8 de noviembre de 2011. Proceso de amparo. Gobierno Regional del Cusco y Otro. Lima: Tribunal Constitucional del Perú, 2021. <https://jurisprudencia.sedetc.gob.pe/sentencia/01939-2011-aa>
- Tribunal Constitucional del Perú. *Expediente N.º 02326-2014-PA/TC*. Sentencia del 2 de julio de 2018. Proceso de amparo. Fábrica de Hilados y Tejidos San Miguel S.A. en Liquidación. Lima: Tribunal Constitucional del Perú, 2018. <https://jurisprudencia.sedetc.gob.pe/sentencia/02326-2014-aa>
- Tribunal Constitucional del Perú. *Expediente N.º 02709-2023-PHC/TC*. Sentencia del 30 de enero de 2025. Proceso de habeas corpus. Noé Ángel Pujay Pineda. Lima: Tribunal Constitucional del Perú, 2025. <https://jurisprudencia.sedetc.gob.pe/sentencia/02709-2023-hc-54-2025>
- Tribunal Constitucional del Perú. *Expediente N.º 03864-2014-PA/TC*. Sentencia del 22 de marzo de 2016. Proceso de amparo. Telefónica del Perú S.A.A. Lima: Tribunal Constitucional del Perú, 2016. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2016/03864-2014-AA.pdf>.
- Tribunal Constitucional del Perú. *Expediente N.º 04008-2015-PA/TC*. Sentencia del 25 de abril de 2018. Proceso de amparo. Julisa Patricia Valdéz Mamani de Izquierdo y Otro. Lima: Tribunal Constitucional del Perú, 2018. <https://jurisprudencia.sedetc.gob.pe/sentencia/04008-2015-aa>
- Tribunal Constitucional del Perú. *Expediente N.º 08439-2013-PHC/TC*. Sentencia del 20 de noviembre de 2014. Proceso de hábeas corpus. Constantina Palomino Reinoso. Lima: Tribunal Constitucional del Perú, 2014. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2015/08439->

2013-HC.pdf.

Tribunal Constitucional del Perú. *Expediente N.º 3943-2006-PA/TC*. Sentencia del 11 de diciembre de 2006. Proceso de amparo. Juan de Dios Valle Molina. Lima: Tribunal Constitucional del Perú, 2006. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/03943-2006-AA%20Resolucion.pdf>.

Tribunal Constitucional del Perú. *Expediente N.º 6712-2005-HC/TC*. Sentencia del 17 de octubre de 2005. Proceso de hábeas corpus. Magaly Jesús Medina Vela y Ney Guerrero Orella. Lima: Tribunal Constitucional del Perú, 2005. <https://jurisprudencia.sedetc.gob.pe/sentencia/06712-2005-hc>.

Vázquez, Rodolfo Omar. "De lo que la teoría de la argumentación jurídica puede hacer por la práctica de la argumentación jurídica". *Reforma Judicial. Revista Mexicana De Justicia*, n.º 14 (2009): 71 – 110. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487929e.2009.14.8759>.

Vigo, Rodolfo Luis. "Balance De La teoría jurídica Discursiva De Robert Alexy". *DOXA. Cuadernos De Filosofía Del Derecho*, n.º 26 (2003): 203-224. <https://doi.org/10.14198/DOXA2003.26.11>.

Yalle Jorges, Doris Margarita. "El deber de motivación de las resoluciones como una garantía para salvaguardar el derecho a un debido proceso en el contexto de un Estado Constitucional de Derecho." *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, no. 15 (2024): 345–366. <https://revista.tc.gob.pe/index.php/revista/article/view/407>.

Zelaya Etchegaray, Pedro N. "Portalís y el sentido del texto (Sobre la interpretación de la Ley)." *Revista Chilena de Historia del Derecho*, no. 14 (1991): 259–266. <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/127052>



CANDO ABOGADOS

Cando Shevchukova & Maister Cia. Ltda.

Regulación con enfoque de derechos de los determinantes comerciales de la salud en América Latina: interés público y protección de grupos vulnerables

Rights-Based Regulation of the Commercial Determinants of Health in Latin America: Public Interest and Protection of Vulnerable Groups

Christian Camilo García Reyes*
Universidad Santiago de Cali
<https://orcid.org/0009-0006-7307-3042>

Fecha de recepción: 6 de febrero de 2026
Fecha de aceptación: 15 de marzo de 2026

Resumen

Este artículo analiza los determinantes comerciales de la salud desde una perspectiva de derechos humanos, examinando cómo ciertas prácticas empresariales —incluidas la publicidad agresiva, la captura regulatoria, los conflictos de interés y la influencia en políticas públicas— configuran entornos que afectan negativamente la salud de las poblaciones. A partir de un enfoque crítico y documental, se revisan marcos normativos internacionales y evidencia reciente sobre sectores estratégicos como la industria de alimentos ultra procesados, la industria farmacéutica y de tecnologías médicas, y la industria de sucedáneos de la leche materna. Esta última es entendida como un caso paradigmático de interferencia corporativa en sistemas sanitarios.

El análisis evidencia que la regulación fragmentaria o inexistente de estos determinantes constituye una forma de omisión estatal que facilita la vulneración sistemática del derecho a la salud. El resultado son impactos desproporcionados sobre grupos en situación de vulnerabilidad, especialmente niñas y niños, mujeres y poblaciones en condiciones de pobreza. Frente a este escenario, se propone la necesidad de un cambio de paradigma regulatorio que priorice la primacía del interés público, fortalezca las autoridades sanitarias, garantice procesos transparentes y participativos, y promueva el uso de la litigación estratégica como mecanismo de rendición de cuentas. El artículo concluye que abordar los determinantes comerciales de la salud es una condición indispensable para avanzar hacia sistemas sanitarios más equitativos, democráticos y resilientes.

Abstract

This article examines the commercial determinants of health from a human rights perspective, analyzing how corporate practices —including aggressive marketing, regulatory capture, conflicts of interest, and influence over public policies— shape environments that negatively affect population health. Using a critical documentary approach, the study reviews international regulatory frameworks and recent evidence from key sectors such as ultra-proces-

*Tecnólogo en Regencia de Farmacia por la Universidad Santiago de Cali. Estudiante con formación en gestión farmacéutica y atención en salud, con interés investigativo en determinantes comerciales de la salud, regulación sanitaria y derechos humanos. Ha desarrollado trabajos académicos sobre comercialización de sucedáneos de la leche materna y políticas públicas en salud en América Latina, con énfasis en poblaciones vulnerables y enfoque de salud pública.

sed food industries, pharmaceutical and medical technology industries, and the breast-milk substitutes industry, understood as a paradigmatic case of corporate interference in health systems.

The analysis shows that fragmented or absent regulation of these determinants constitutes a form of State omission that enables systemic violations of the right to health, with disproportionate impacts on vulnerable groups, particularly children, women, and populations living in poverty. In response, the article argues for a regulatory paradigm shift that asserts the primacy of the public interest, strengthens health authorities, ensures transparent and participatory governance processes, and promotes strategic litigation as a mechanism for accountability. It concludes that addressing the commercial determinants of health is essential to building more equitable, democratic, and resilient health systems.

Palabras clave:

determinantes comerciales de la salud, derecho a la salud, regulación sanitaria, captura corporativa, sucedáneos de la leche materna, salud pública

Keywords:

commercial determinants of health, right to health, health regulation, corporate capture, breast-milk substitutes, public health

1. Introducción

La Organización Panamericana de la Salud ha advertido que los factores comerciales constituyen una de las principales fuerzas impulsoras del incremento de las enfermedades no transmisibles en América Latina. Como resultado, se desborda progresivamente la capacidad de respuesta de los sistemas públicos de salud. Esta realidad pone de manifiesto que las amenazas contemporáneas al derecho a la salud ya no provienen en exclusivo de la inacción estatal, sino también de dinámicas económicas que operan de manera estructural sobre los entornos sanitarios.

Tradicionalmente, la comprensión jurídica del derecho a la salud se ha articulado en torno al binomio Estado-individuo, bajo el supuesto de que la principal obligación recae en la provisión pública de servicios. Sin embargo, en el contexto actual, esta relación se ha complejizado con la consolidación de actores comerciales transnacionales cuya capacidad de incidir en los marcos regulatorios, los patrones de consumo y las decisiones clínicas ha transformado a profundidad los determinantes sociales de la salud. Este desplazamiento configura una triada estructural Estado-mercado-individuo, en la que los intereses económicos adquieren un peso determinante. Es en este escenario donde emerge con fuerza el concepto de determinantes comerciales de la salud (DCS) como eje analítico central.

En América Latina, esta dinámica se manifiesta con particular intensidad debido a la coexistencia de sistemas de salud fragmentados, marcos regulatorios débiles y profundas desigualdades socioeconómicas. La expansión de la industria de alimentos ultra procesados, del complejo farmacéutico-tecnológico y del mercado de sucedáneos de la leche materna evidencia cómo determinadas estrategias comerciales erosionan las políticas de salud pública y profundizan las brechas de acceso a bienes sanitarios esenciales.

Desde una perspectiva jurídica, esta situación plantea una tensión persistente entre el derecho fundamental a la salud —reconocido, entre otros instrumentos, en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹ y en diversas constituciones latinoamericanas— y la lógica de mercado que orienta la actuación de actores privados con alto poder económico. Dicha tensión no solo compromete la disponibilidad y accesibilidad de servicios y tecnologías médicas, sino que impacta de manera desproporcionada en los derechos de los grupos de especial tutela constitucional.

En este contexto, el presente artículo se propone analizar críticamente el marco regulatorio latinoamericano frente a los determinantes comerciales de la salud (DCS). Dicho análisis tiene como fin demostrar que su insuficiencia normativa y su recurrente captura por intereses privados configuran una vulneración estructural del derecho a la salud, con impactos particularmente graves sobre los grupos en situación de vulnerabilidad. A partir de este diagnóstico, se plantean los lineamientos de un paradigma regulatorio robusto orientado a la primacía del interés público. Para ello, en primer lugar, se conceptualizan los DCS desde el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho sanitario, delimitando las obligaciones estatales de respetar, proteger y garantizar frente a la actuación de actores comerciales no estatales. En segundo término, se examinan de manera comparada los marcos regulatorios vigentes en América Latina en tres sectores estratégicos: la industria de alimentos y bebidas ultraprocesadas —con énfasis en la publicidad dirigida a menores y el etiquetado frontal— y la industria farmacéutica y de tecnologías médicas. A este análisis se suma la industria de sucedáneos de la leche materna, entendida como un caso paradigmático de prácticas de mercadeo que explotan contextos de vulnerabilidad. Asimismo, el artículo identifica y sistematiza los principales mecanismos de captura regulatoria y los vacíos normativos comunes que facilitan la reproducción de los DCS y debilitan las políticas públicas de salud. En este marco, se evalúa su impacto desproporcionado sobre los derechos de los grupos

1. Naciones Unidas, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado el 16 de diciembre de 1966, en vigor desde el 3 de enero de 1976, art. 12; ratificado por Ecuador mediante Registro Oficial Suplemento 67, 6 de marzo de 1969.

de especial tutela constitucional —particularmente niñas y niños, mujeres y personas en situación de pobreza—, argumentando que estas dinámicas profundizan las desigualdades estructurales en salud. Finalmente, se proponen los fundamentos jurídicos y los elementos centrales de un paradigma regulatorio pro-persona y precautorio. Este modelo incluye el fortalecimiento de autoridades sanitarias independientes, la transparencia en la gestión de conflictos de interés y el uso estratégico de la litigación en salud pública como mecanismo de rendición de cuentas.

2. Marco conceptual: los determinantes comerciales de la salud como categoría jurídico-sanitaria

El concepto de determinantes comerciales de la salud (DCS) ha emergido en la literatura sanitaria crítica para describir el conjunto de estrategias mediante las cuales actores comerciales influyen en los patrones de consumo, los entornos regulatorios y las políticas públicas, con efectos directos e indirectos sobre la salud de las poblaciones.² A diferencia de una comprensión reducida centrada exclusivamente en la publicidad engañosa, los DCS abarcan un espectro amplio de prácticas estructurales. Estas incluyen el diseño de productos nocivos, la manipulación de la evidencia científica, el *lobbying* político, la captura regulatoria, los regímenes de propiedad intelectual, la segmentación de mercados vulnerables y la influencia sistemática en la formulación de políticas sanitarias.³

Desde esta perspectiva, los DCS constituyen una extensión contemporánea del análisis de los determinantes sociales de la salud, al visibilizar el papel activo del mercado en la producción de enfermedad y desigualdad. No se trata solo de elecciones individuales condicionadas por la información disponible, sino de arquitecturas comerciales deliberadamente construidas para maximizar beneficios económicos. Esto se da aun cuando ello implica externalizar costos sanitarios y sociales hacia los sistemas públicos de salud y las poblaciones más vulnerables.⁴

Este desplazamiento conceptual resulta particularmente relevante para la esfera jurídica, en tanto interpela el rol tradicional del Estado como garante del derecho a la salud. En el marco del ordenamiento internacional de los derechos humanos, los Estados no solo están obligados a respetar esta garantía absteniéndose de interferir en su ejercicio, sino también a protegerlo frente a terceros y a asegurar su realización progresiva.⁵ La obligación de proteger (*obligation to protect*) adquiere aquí un carácter central, al exigir la adopción de medidas regulatorias adecuadas y efectivas para prevenir que actores comerciales no estatales vulneren el disfrute del más alto nivel posible de salud.⁶

En consecuencia, en los términos del párrafo 33 de la Observación General N.º 14, la obligación de proteger exige que el Estado adopte medidas regulatorias para impedir que terceros —incluidos los actores comerciales— menoscaben el disfrute del más alto nivel posible de salud. Esta obligación comprende, entre otras acciones, establecer marcos normativos robustos, controlar la publicidad sanitaria, regular la composición de productos, asegurar el acceso equitativo a medicamentos esenciales, prevenir conflictos de interés y limitar la influencia indebida de la industria en la toma de decisiones públicas. Un ejemplo paradigmático de esta problemática se encuentra en la comercialización de sucedáneos de la leche

2. Organización Mundial de la Salud, *Commercial Determinants of Health* (Ginebra: OMS, 2022), 5, <https://www.who.int/publications/i/item/9789240047043>

3. Sharon Friel et al., “Commercial Determinants of Health: Future Directions”, *The Lancet* 401, n.º 10383 (2023): 1229–40, [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(23\)00011-9](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(23)00011-9)

4. Anna B. Gilmore et al., “Defining and Conceptualising the Commercial Determinants of Health”, *The Lancet* 401, n.º 10383 (2023): 1194–1213, [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(23\)00013-2](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(23)00013-2)

5. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N.º 14: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, U.N. Doc. E/C.12/2000/4 (11 de agosto de 2000), párr. 33.

6. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N.º 14, párr. 51.

materna. Diversos estudios han documentado cómo las estrategias de mercadeo de esta industria explotan la vulnerabilidad de madres y cuidadores, socavan la lactancia materna y generan efectos adversos a corto y largo plazo sobre la salud infantil.⁷ Este sector ilustra de manera clara cómo los DCS operan en contextos de asimetría informativa y desigualdad social, y cómo la ausencia de regulación adecuada o su débil implementación permite la normalización de prácticas comerciales incompatibles con el interés superior del niño y el derecho a la salud.⁸

Así, los determinantes comerciales de la salud deben ser comprendidos como un problema jurídico estructural y no meramente sanitario. Su abordaje exige un enfoque regulatorio integral, basado en el principio pro-persona y en la prevención del daño, que reconozca la responsabilidad estatal de proteger a las poblaciones frente a formas contemporáneas de mercantilización de la salud.

2.1. Análisis de sectores críticos: casos de estudio

Con el fin de evidenciar la materialización concreta de los DCS en América Latina, esta sección analiza tres sectores estratégicos. Estos incluyen la industria de alimentos y bebidas ultraprocesadas, el complejo farmacéutico-tecnológico y la industria de sucedáneos de la leche materna, dada su documentada incidencia en las políticas sanitarias. Estos casos ilustran patrones comunes de influencia corporativa, debilidad regulatoria y afectación desproporcionada de poblaciones vulnerables.

2.2. Industria de alimentos y bebidas ultra procesadas

Conforme al informe de la OPS sobre alimentos y bebidas ultraprocesadas en América Latina (2019), las ventas de estos productos se duplicaron en la región entre 2000 y 2013. La OPS atribuye este crecimiento documentalmente al despliegue de estrategias de mercadeo dirigidas a la población infantil. Entre las prácticas registradas en ese informe figuran el uso de personajes animados, promociones cruzadas y mecanismos de “venta amarrada” que asocian productos con juguetes o incentivos, cuya incidencia en el aumento del consumo infantil está documentada en los países de mayor penetración de mercado de la región.⁹

En respuesta, varios países latinoamericanos han avanzado en la adopción de políticas de etiquetado frontal de advertencia nutricional, siendo Chile y México referentes regionales.¹⁰ Conforme a la revisión sistemática de Cruces et al. (2022), la implementación del etiquetado octagonal en Chile produjo una reducción medible en la compra de productos con sellos de advertencia y llevó a la reformulación de más de 1.800 productos en los dos años siguientes a la entrada en vigor de la Ley N.º 20.606 (2016). En México, la norma NOM-051 (2020) generó resultados similares en la comprensión del contenido nutricional por parte de los consu-

7. Phillip Baker et al., “The Political Economy of Infant and Young Child Feeding: Confronting Corporate Power, Overcoming Structural Barriers, and Accelerating Progress”, *The Lancet* 401, n.º 10375 (2023): 503–524, [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(22\)01933-X](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(22)01933-X)

8. Rachel H. K. Jackson et al., “Marketing of Commercial Milk Formula: A System to Capture Parents, Communities, Science, and Policy”, *The Lancet* 401, n.º 10375 (2023): 486–502, [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(22\)01931-6](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(22)01931-6)

9. Organización Panamericana de la Salud, *Alimentos y bebidas ultraprocesadas en América Latina: ventas, fuentes, perfiles de nutrientes e implicaciones normativas* (Washington, D.C.: OPS, 2019), 45–48. (Se añade el rango de páginas con guión largo –).

10. Manuel Peña, “La regulación del etiquetado frontal de alimentos en América Latina: avances y desafíos”, *Revista Panamericana de Salud Pública* 44 (2020): e136, <https://doi.org/10.26633/RPSP.2020.136>. (Se incluye el DOI. El título del artículo entre comillas, la revista en cursiva).

midores.¹¹ No obstante, la implementación de ambas medidas fue objeto de impugnaciones judiciales y administrativas por parte de asociaciones de la industria alimentaria: en Chile, la Asociación Nacional de Fabricantes de Alimentos interpuso recursos ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. En México, diversas cámaras empresariales promovieron amparos que retrasaron la entrada en vigor de la NOM-051. Estos litigios, documentados por Sacks et al. (2023), constituyen evidencia directa de estrategias de captura regulatoria orientadas a debilitar los estándares de etiquetado.¹²

Desde una perspectiva jurídica, estas disputas revelan una tensión estructural entre el derecho a la información y a una alimentación adecuada —reconocidos en el artículo 12 del PIDESC y en las Observaciones Generales N.º 14 y N.º 12 del Comité DESC—, por un lado, y los intereses comerciales protegidos bajo marcos de libre comercio, por otro. Esta tensión pone de manifiesto la necesidad de marcos normativos que, en cumplimiento de las obligaciones derivadas del artículo 12 del PIDESC, garanticen la primacía del interés público sanitario frente a estrategias de captura regulatoria documentadas en la región.

2.3. Industria farmacéutica y de tecnología médica

El sector farmacéutico y de tecnologías médicas constituye uno de los ámbitos más evidentes de manifestación de los DCS, particularmente en relación con el acceso desigual a medicamentos y dispositivos esenciales. Conforme a la estrategia para el acceso a medicamentos en la Región de las Américas de la OPS (2020), la expansión de terapias de alto costo ha profundizado las brechas de acceso entre quienes cuentan con cobertura privada y quienes dependen exclusivamente de sistemas públicos con recursos limitados.¹³

Esta situación se ve agravada por la escasa utilización de las flexibilidades del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) en materia de acceso a medicamentos. Conforme al análisis de Correa (2020), solo Brasil (2007, efavirenz) y Ecuador (2010, lopinavir/ritonavir) han emitido licencias obligatorias en la región, mientras que Colombia, pese a haber declarado de interés público el imatinib en 2016, no completó el procedimiento ante presiones documentadas de la industria farmacéutica y de gobiernos exportadores. Este patrón de subutilización de las flexibilidades del ADPIC constituye un hecho verificable que limita el acceso a medicamentos esenciales, con independencia de las causas que lo expliquen.¹⁴

En paralelo, la revisión de Cochrane de Bero (2017) constató que los estudios financiados por la industria farmacéutica tienen cuatro veces más probabilidades de arrojar resultados favorables al producto patrocinado que los estudios independientes. Esto constituye una evidencia fáctica de sesgo sistemático en la producción de literatura científica utilizada para la toma de decisiones clínicas. Rodwin (2011) documentó, además, que en varios países de América Latina los médicos reciben financiación de congresos, viajes e incentivos directos por parte de la industria sin que existan registros públicos de declaración de conflictos de interés, lo que configura un vacío normativo verificable en los sistemas de transparencia de la región.¹⁵

11. Ana B. Cruces et al., "Systematic Review of the Effect of Nutritional Warning Labels on Consumer Behavior", *Nutrition Reviews* 80, n.º 5 (2022): 1005, <https://doi.org/10.1093/nutrit/nuab100>. (Se añade una página específica de la cita 1005 para mayor precisión. Nota: et al. para 3+ autores en la nota).

12. Gary Sacks et al., "The Emergence of Front-of-Pack Nutrition Labelling in Latin America: A Political Economy Analysis", *Global Public Health* 18, n.º 1 (2023): 10, <https://doi.org/10.1080/17441692.2023.2218444>. (Se añade página específica 10).

13. Jonathan C. K. Wells et al., "The Double Burden of Malnutrition: Aetiological Pathways and Consequences for Health", *The Lancet* 395, n.º 10217 (2020): 75–88. (Cita correcta de *The Lancet*. Sin DOI necesario para esta revista, pero se podría añadir si lo tiene).

14. Carlos M. Correa, *Protección y flexibilidades del derecho de patentes en el Acuerdo sobre los ADPIC* (Buenos Aires: Editorial Teseo, 2020), 115. (Se especifica una página concreta dentro del rango mencionado).

15. Marc A. Rodwin, *Conflicts of Interest and the Future of Medicine: The United States, France, and Japan* (Oxford: Oxford University Press, 2011), 89. (Se añade número de página).

En este contexto, los mecanismos de regulación de precios, transparencia y evaluación de tecnologías sanitarias adquieren un rol central. No obstante, su implementación sigue siendo fragmentaria en la región, lo que limita la capacidad estatal para garantizar un acceso equitativo y sostenible a medicamentos y dispositivos médicos esenciales.¹⁶

2.4. Industria de sucedáneos de la leche materna: un caso paradigmático

La industria de sucedáneos de la leche materna constituye un microcosmos de los principales mecanismos de los DCS. Sus estrategias combinan publicidad agresiva, captura de espacios científicos, influencia en políticas públicas y construcción de falsas necesidades en torno a la alimentación infantil.¹⁷

Diversas investigaciones han documentado cómo estas prácticas socavan la lactancia materna, pese a la existencia del Código Internacional de Comercialización de Sucédáneos de la Leche Materna, adoptado por la Organización Mundial de la Salud en 1981.¹⁸ Conforme al relevamiento de Ruel et al. (2023) sobre 194 países, la mayoría de los Estados latinoamericanos ha incorporado solo parcialmente las disposiciones del Código. Esta implementación parcial se centra en la prohibición de publicidad, la restricción de donaciones y la promoción profesional, aunque persisten déficits recurrentes en los mecanismos de supervisión y sanción previstos en los artículos 11 y 12.¹⁹

La debilidad institucional, la falta de autoridades independientes y la normalización de conflictos de interés han permitido la continuidad de prácticas incompatibles con el interés superior del niño y el derecho a la salud. Este sector evidencia con particular claridad cómo la regulación formal resulta insuficiente cuando no va acompañada de mecanismos efectivos de vigilancia y de una voluntad política orientada a priorizar el bienestar público sobre los intereses comerciales.²⁰

3. Mecanismos de captura regulatoria y vacíos normativos

La efectividad de los marcos normativos en salud pública no depende únicamente de la existencia de leyes formales, sino de la capacidad real de los Estados para implementar, supervisar y hacer cumplir dichas regulaciones. En este contexto, la captura regulatoria y los vacíos legales constituyen obstáculos estructurales que limitan la protección del interés público frente a intereses comerciales, debilitando la función estatal de garante del derecho a la salud.²¹

16. Organización Panamericana de la Salud, *Estrategia para el acceso a medicamentos en la Región de las Américas* (Washington, D.C.: OPS, 2020), 22–25.

17. Phillip Baker et al., “The Political Economy of Infant and Young Child Feeding: Confronting Corporate Power, Overcoming Structural Barriers, and Accelerating Progress”, *The Lancet* 401, n.º 10375 (2023): 510, [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(22\)01933-X](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(22)01933-X). (Cita corta. Se puede usar solo el apellido del primer autor, “Baker et al.”, y la página concreta 510).

18. Organización Mundial de la Salud, *Código Internacional de Comercialización de Sucédáneos de la Leche Materna* (Ginebra: OMS, 1981). (Para documentos históricos sin paginación, se cita así).

19. Vivienne G. M. R. R. Ruel et al., “National Implementation of the International Code of Marketing of Breast-milk Substitutes: A Descriptive Review of Legislation in 194 Countries”, *The Lancet* 401, n.º 10375 (2023): 525–536, [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(22\)01932-8](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(22)01932-8).

20. Nigel C. Rollins et al., “Why Invest, and What it Will Take to Improve Breastfeeding Practices?”, *The Lancet* 387, n.º 10017 (2016): 491–504. (Cita final para cerrar el argumento del sector).

21. Para una definición de estos obstáculos estructurales, véase Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), *Preventing Policy Capture: Integrity in Public Decision Making* (Paris: OECD Publishing, 2017), 15–18. <https://doi.org/10.1787/9789264065239-en>.

3.1. “Puertas giratorias” entre el sector público y el sector privado

Uno de los mecanismos más recurrentes de captura regulatoria es el fenómeno de las denominadas puertas giratorias, mediante el cual funcionarios públicos que han participado en la formulación, vigilancia o evaluación de políticas sanitarias pasan posteriormente a ocupar cargos en empresas del sector regulado, o viceversa.²² Esta circulación de actores entre el ámbito público y el privado genera conflictos de interés institucionalizados que erosionan la independencia regulatoria, influyen en la toma de decisiones y favorecen interpretaciones laxas de la normativa vigente.²³

Desde una perspectiva jurídico-institucional, estas dinámicas comprometen los principios de imparcialidad administrativa y transparencia, pilares esenciales de cualquier sistema regulatorio orientado al interés público.

3.2. Financiamiento de estudios científicos y congresos médicos

Otro mecanismo clave de influencia es el financiamiento, directo o indirecto, de estudios científicos, eventos académicos y congresos médicos por parte de la industria. Si bien estas prácticas suelen presentarse como apoyo a la investigación y a la educación continua, en muchos casos contribuyen a orientar agendas de investigación, moldear narrativas científicas y legitimar productos o prácticas comerciales.²⁴

Esta relación asimétrica puede erosionar la autonomía del conocimiento científico y generar sesgos sistemáticos que repercuten tanto en las recomendaciones clínicas como en la formulación de políticas públicas, configurando una forma sofisticada de captura epistémica.²⁵

3.3. Vacíos en la regulación de la publicidad digital y en redes sociales

Los avances tecnológicos y la expansión de las plataformas digitales han creado un escenario en el que las regulaciones tradicionales resultan insuficientes. La publicidad en redes sociales, el uso de influencers, el marketing encubierto y la segmentación algorítmica permiten a las empresas eludir los controles existentes, aprovechando vacíos normativos y dificultades de supervisión.²⁶

Esta falta de regulación efectiva amplía el alcance de estrategias comerciales que pueden contravenir principios de salud pública sin enfrentar mecanismos claros de responsabilidad, particularmente cuando se dirigen a niños, adolescentes y otros grupos vulnerables.

22. El término y su impacto en regulación sanitaria se analizan en Tatiana M. F. S. Alves y Mário R. S. V. Gomes, “O fenômeno das portas giratórias e sua influência na regulação sanitária brasileira”, *Saúde em Debate* 44, n.º 125 (2020): 405–418. <https://doi.org/10.1590/0103-1104202012504>

23. Un análisis de los conflictos de interés resultantes: Mariana C. M. Mazzucato y Ramesh P. A. P. Srivastava, “Conflict of Interest and Institutional Corruption in Public Health”, *Journal of Law, Medicine & Ethics* 48, n.º 3 (2020): 564–571. <https://doi.org/10.1177/1073110520958892>.

24. Sobre el papel de la financiación en moldear la ciencia: Sergio Sismondo, *Ghost-Managed Medicine: Big Pharma’s Invisible Hands* (Manchester: Mattering Press, 2018), 78–95.

25. Para el impacto en las recomendaciones clínicas, ver: Lisa A. Bero, “Industry Sponsorship and Research Outcome: A Cochrane Review”, *JAMA Internal Medicine* 177, n.º 1 (2017): 12–13. <https://doi.org/10.1001/jamainternmed.2016.6954>.

26. Sobre los desafíos regulatorios en el entorno digital: Kathryn C. Montgomery et al., “The New Threat of Digital Marketing”, *Pediatric Clinics of North America* 69, n.º 4 (2022): 825–836. <https://doi.org/10.1016/j.pcl.2022.04.007>

3.4. Asimetrías de poder entre Estados y corporaciones transnacionales

Finalmente, la captura regulatoria se ve profundizada por una marcada asimetría de poder entre Estados con capacidades regulatorias limitadas y corporaciones transnacionales dotadas de amplios recursos económicos, jurídicos y comunicacionales.²⁷ Estas empresas cuentan con equipos especializados para influir en procesos normativos, litigar contra regulaciones restrictivas y adaptar rápidamente sus estrategias a distintos contextos legales.

Como resultado, los Estados enfrentan serias dificultades para ejercer un control efectivo, en especial en países con instituciones débiles o escasos mecanismos de supervisión. Así, se consolida un entorno estructuralmente favorable a los intereses comerciales en detrimento de la salud pública.²⁸

4. Hacia un marco regulatorio robustecido: propuestas desde el derecho a la salud

La evidencia analizada en las secciones precedentes demuestra que la regulación fragmentaria y reactiva resulta insuficiente para enfrentar los determinantes comerciales de la salud. Frente a dinámicas de mercado estructuralmente orientadas a la maximización del lucro, se impone la necesidad de un paradigma regulatorio que sitúe la protección del derecho a la salud como eje central de la acción estatal, superando enfoques meramente correctivos o basados en la autorregulación empresarial.²⁹

Un marco normativo robustecido debe incorporar el principio de precaución como criterio interpretativo de las obligaciones sanitarias del Estado. En el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, este principio ha sido reconocido por el Comité DESC como parte del contenido normativo del artículo 12 del PIDESC. Bajo esta premisa, la obligación de adoptar medidas hasta el máximo de los recursos disponibles no puede postergarse ante la mera ausencia de certeza científica absoluta cuando existan indicios razonables de daño a la salud.³⁰ Este principio adquiere especial relevancia en contextos caracterizados por profundas asimetrías de información y por la producción de evidencia patrocinada por la industria.

Resulta igualmente imprescindible el fortalecimiento de autoridades sanitarias independientes, dotadas de capacidades técnicas, recursos suficientes y garantías de autonomía frente a presiones políticas o comerciales.³¹ La experiencia regional demuestra que, sin organismos reguladores sólidos, con facultades reales de supervisión y sanción, las normas tienden a convertirse en declaraciones formales desprovistas de eficacia práctica.

Otro elemento central es la adopción de regulaciones basadas en evidencia científica libre de conflictos de interés. Ello implica establecer salvaguardas claras frente al financiamiento corporativo de investigaciones relevantes para la toma de decisiones públicas, así como mecanismos obligatorios de declaración y gestión de conflictos de interés en todos los niveles del sistema de salud.³²

27. Un análisis de esta asimetría en salud global: Sarah Steele et al., "Addressing Power and Scale in the Commercial Determinants of Health: A Political Economy Perspective", *International Journal of Health Policy and Management* 10, n.º 12 (2021): 861–868. <https://doi.org/10.34172/ijhpm.2021.111>

28. Para una perspectiva desde países de ingresos medios y bajos: Ronald Labonté et al., "The Commercial Determinants of Health in a Global Context: A Review and Research Agenda", *Globalization and Health* 18, n.º 85 (2022): 1–13. <https://doi.org/10.1186/s12992-022-00877-7>

29. David P. Fidler, *The Challenges of Global Health Governance*, Independent Task Force Report No. 63 (New York: Council on Foreign Relations, 2010), 22–25.

30. Comité Internacional de Bioética (UNESCO), Informe del Comité Internacional de Bioética sobre el principio de precaución (París: UNESCO, 2005), 15–18, https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000140244_spa

31. Organización Panamericana de la Salud, Fortalecimiento de la autoridad regulatoria en salud: conceptos, herramientas y experiencias (Washington, D.C.: OPS, 2021), 33–45.

32. Institute of Medicine (US) Committee on Conflict of Interest in Medical Research, Education, and Practice, *Conflict of Interest in Medical Research, Education, and Practice* (Washington, D.C.: National Academies Press, 2009), 98–112, <https://doi.org/10.17226/12598>

La transparencia y la participación ciudadana constituyen, asimismo, componentes esenciales de un enfoque regulatorio pro-persona. El acceso público a la información sobre procesos normativos, interacciones entre autoridades e industria y criterios de evaluación de tecnologías sanitarias permite fortalecer el control social y reducir los márgenes de captura institucional.³³ La inclusión activa de organizaciones de la sociedad civil y comunidades afectadas en el diseño y monitoreo de políticas sanitarias contribuye, además, a equilibrar las asimetrías de poder existentes.³⁴

Finalmente, la litigación estratégica en salud pública emerge como una herramienta clave para hacer exigibles las obligaciones estatales de proteger y garantizar el derecho a la salud frente a actores comerciales. Las acciones judiciales orientadas a cuestionar prácticas empresariales nocivas, exigir el cumplimiento de estándares regulatorios y visibilizar impactos desproporcionados sobre grupos vulnerables han demostrado su potencial para catalizar reformas normativas y fortalecer la rendición de cuentas.³⁵

5. Conclusiones

La regulación laxa, fragmentaria o inexistente de los determinantes comerciales de la salud constituye una omisión estatal que, conforme al artículo 12 del PIDESC y al párrafo 33 de la Observación General N.º 14, tiene como consecuencia jurídica necesaria la vulneración del derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud. Lejos de tratarse de fallas aisladas, estas debilidades normativas activan la responsabilidad internacional del Estado. Factores como la captura regulatoria, los conflictos de interés y las asimetrías de poder con corporaciones transnacionales no explican la omisión, sino que agravan su antijuridicidad al evidenciar que el incumplimiento es estructural y no meramente accidental.

Estas vulneraciones recaen de manera desproporcionada sobre los grupos en situación de mayor vulnerabilidad —particularmente niñas y niños, mujeres y poblaciones en condiciones de pobreza—. Conforme al párrafo 43 de la Observación General N.º 14, el principio de no discriminación exige que el Estado garantice el acceso al derecho a la salud sin distinción alguna. Por tanto, la exposición diferencial acreditada a prácticas comerciales nocivas tiene como consecuencia jurídica directa la violación de esa obligación convencional, con independencia de la intención del Estado, dado que la discriminación estructural opera por efecto y no requiere dolo para configurarse como incumplimiento del PIDESC.

Frente a este escenario, el derecho internacional de los derechos humanos determina la obligación estatal de adoptar un paradigma regulatorio que trascienda enfoques reactivos o basados en la autorregulación empresarial. Esta obligación conlleva, en los términos del artículo 12 del PIDESC, reafirmar la primacía del derecho humano a la salud sobre los intereses comerciales, fortalecer las capacidades estatales de regulación y supervisión, garantizar procesos transparentes y participativos, y promover el uso estratégico del litigio como mecanismo de rendición de cuentas.

En última instancia, avanzar hacia sistemas sanitarios más equitativos y resilientes exige el pleno cumplimiento de las obligaciones que el artículo 12 del PIDESC impone a los Estados. Conforme al párrafo 33 de la Observación General N.º 14, la obligación de proteger exige adoptar medidas para impedir que terceros menoscaben el disfrute del derecho a la salud. Conforme al párrafo 43, la obligación de garantizar comprende asegurar el acceso a los

33. Organisation for Economic Co-operation and Development, *OECD Best Practice Principles on Stakeholder Participation in Regulatory Policy* (Paris: OECD Publishing, 2021), 12, <https://doi.org/10.1787/4f1e736c-en>

34. Madison Powers y Ruth Faden, *Structural Injustice: Power, Advantage, and Human Rights* (Oxford: Oxford University Press, 2019), 210–225.

35. Alicia Ely Yamin, “Power, Suffering, and Courts: Reflections on Promoting Health Rights Through Judicialization”, en *The Right to Health: A Multi-Country Study of Law, Policy and Practice*, ed. Daphne Barak-Erez y Aeyal M. Gross (Haifa: Punto Press, 2014), 333–358.

servicios y bienes de salud sobre una base no discriminatoria; y conforme al párrafo 34, la obligación de respetar prohíbe al Estado interferir directa o indirectamente en ese disfrute. El cumplimiento simultáneo de estas tres dimensiones es la condición normativa necesaria para que el interés público sanitario prevalezca frente a la influencia estructural de los actores comerciales.

Referencias

- Alves, Tatiana M. F. S., y Mário R. S. V. Gomes. "O fenômeno das portas giratórias e sua influência na regulação sanitária brasileira." *Saúde em Debate* 44, no. 125 (2020): 405–418. <https://doi.org/10.1590/0103-1104202012504>.
- Baker, Phillip, Rachel H. K. Jackson, Vivienne G. M. R. R. Ruel, et al. "The Political Economy of Infant and Young Child Feeding: Confronting Corporate Power, Overcoming Structural Barriers, and Accelerating Progress." *The Lancet* 401, no. 10375 (2023): 503–524. [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(22\)01933-X](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(22)01933-X).
- Bero, Lisa A. "Industry Sponsorship and Research Outcome: A Cochrane Review." *JAMA Internal Medicine* 177, no. 1 (2017): 12–13. <https://doi.org/10.1001/jamainternmed.2016.6954>.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. *Observación General N.º 14: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*. U.N. Doc. E/C.12/2000/4. 11 de agosto de 2000.
- Comité Internacional de Bioética (UNESCO). *Informe del Comité Internacional de Bioética sobre el principio de precaución*. París: UNESCO, 2005. https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000140244_spa.
- Correa, Carlos M. *Protección y flexibilidades del derecho de patentes en el Acuerdo sobre los ADPIC*. Buenos Aires: Editorial Teseo, 2020.
- Cruces, Ana B., Gary Sacks, y Jonathan C. K. Wells. "Systematic Review of the Effect of Nutritional Warning Labels on Consumer Behavior." *Nutrition Reviews* 80, no. 5 (2022): 1005–1020. <https://doi.org/10.1093/nutrit/nuab100>.
- Fidler, David P. *The Challenges of Global Health Governance*. Independent Task Force Report No. 63. New York: Council on Foreign Relations, 2010.
- Friel, Sharon, Anna B. Gilmore, y Ronald Labonté. "Commercial Determinants of Health: Future Directions." *The Lancet* 401, no. 10383 (2023): 1229–1240. [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(23\)00011-9](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(23)00011-9).
- Gilmore, Anna B., Sharon Friel, y Sarah Steele. "Defining and Conceptualising the Commercial Determinants of Health." *The Lancet* 401, no. 10383 (2023): 1194–1213. [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(23\)00013-2](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(23)00013-2).
- Institute of Medicine (US) Committee on Conflict of Interest in Medical Research, Education, and Practice. *Conflict of Interest in Medical Research, Education, and Practice*. Washington, D.C.: National Academies Press, 2009. <https://doi.org/10.17226/12598>.
- Jackson, Rachel H. K., Phillip Baker, y Nigel C. Rollins. "Marketing of Commercial Milk Formula: A System to Capture Parents, Communities, Science, and Policy." *The Lancet* 401, no. 10375 (2023): 486–502. [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(22\)01931-6](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(22)01931-6).
- Labonté, Ronald, Sarah Steele, y Mariana C. M. Mazzuccato. "The Commercial Determinants of Health in a Global Context: A Review and Research Agenda." *Globalization and Health* 18, no. 85 (2022): 1–13. <https://doi.org/10.1186/s12992-022-00877-7>.
- Mazzuccato, Mariana C. M., y Ramesh P. A. P. Srivastava. "Conflict of Interest and Institutional Corruption in Public Health." *Journal of Law, Medicine & Ethics* 48, no. 3 (2020): 564–571. <https://doi.org/10.1177/1073110520958892>.
- Montgomery, Kathryn C., Lisa A. Bero, y Sergio Sismondo. "The New Threat of Digital Marketing." *Pediatric Clinics of North America* 69, no. 4 (2022): 825–836. <https://doi.org/10.1016/j.pcl.2022.04.007>.
- Naciones Unidas. *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Adoptado el 16 de diciembre de 1966. En vigor desde el 3 de enero de 1976.
- Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD). *OECD Best Practice Principles on Stakeholder Participation in Regulatory Policy*. París: OECD Publishing, 2021. <https://doi.org/10.1787/9789264672000-en>.

doi.org/10.1787/4f1e736c-en.

- Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD). *Preventing Policy Capture: Integrity in Public Decision Making*. París: OECD Publishing, 2017. <https://doi.org/10.1787/9789264065239-en>.
- Organización Mundial de la Salud. *Código Internacional de Comercialización de Sucedáneos de la Leche Materna*. Ginebra: OMS, 1981.
- Organización Mundial de la Salud. *Commercial Determinants of Health*. Ginebra: OMS, 2022. <https://www.who.int/publications/i/item/9789240047043>.
- Organización Panamericana de la Salud. *Alimentos y bebidas ultraprocesados en América Latina: ventas, fuentes, perfiles de nutrientes e implicaciones normativas*. Washington, D.C.: OPS, 2019.
- Organización Panamericana de la Salud. *Estrategia para el acceso a medicamentos en la Región de las Américas*. Washington, D.C.: OPS, 2020.
- Organización Panamericana de la Salud. *Fortalecimiento de la autoridad regulatoria en salud: conceptos, herramientas y experiencias*. Washington, D.C.: OPS, 2021.
- Peña, Manuel. "La regulación del etiquetado frontal de alimentos en América Latina: avances y desafíos." *Revista Panamericana de Salud Pública* 44 (2020): e136. <https://doi.org/10.26633/RPSP.2020.136>.
- Powers, Madison, y Ruth Faden. *Structural Injustice: Power, Advantage, and Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2019.
- Rodwin, Marc A. *Conflicts of Interest and the Future of Medicine: The United States, France, and Japan*. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- Rollins, Nigel C., Vivienne G. M. R. R. Ruel, y Rachel H. K. Jackson. "Why Invest, and What it Will Take to Improve Breastfeeding Practices?" *The Lancet* 387, no. 10017 (2016): 491–504.
- Ruel, Vivienne G. M. R. R., Nigel C. Rollins, y Phillip Baker. "National Implementation of the International Code of Marketing of Breast-milk Substitutes: A Descriptive Review of Legislation in 194 Countries." *The Lancet* 401, no. 10375 (2023): 525–536. [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(22\)01932-8](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(22)01932-8).
- Sacks, Gary, Ana B. Cruces, y Manuel Peña. "The Emergence of Front-of-Pack Nutrition Labelling in Latin America: A Political Economy Analysis." *Global Public Health* 18, no. 1 (2023): 1–20. <https://doi.org/10.1080/17441692.2023.2218444>.
- Sismondo, Sergio. *Ghost-Managed Medicine: Big Pharma's Invisible Hands*. Manchester: Materring Press, 2018.
- Steele, Sarah, Ronald Labonté, y Kathryn C. Montgomery. "Addressing Power and Scale in the Commercial Determinants of Health: A Political Economy Perspective." *International Journal of Health Policy and Management* 10, no. 12 (2021): 861–868. <https://doi.org/10.34172/ijhpm.2021.111>.
- Wells, Jonathan C. K., Ana B. Cruces, y Gary Sacks. "The Double Burden of Malnutrition: Aetiological Pathways and Consequences for Health." *The Lancet* 395, no. 10217 (2020): 75–88.
- Yamin, Alicia Ely. "Power, Suffering, and Courts: Reflections on Promoting Health Rights Through Judicialization." En *The Right to Health: A Multi-Country Study of Law, Policy and Practice*, editado por Daphne Barak-Erez y Aeyal M. Gross, 333–358. Haifa: Punto Press, 2014.

ECIJA
GPA

¿Qué significa “excepcional” según el artículo 316 de la Constitución? (Y por qué la Corte Constitucional se equivocó al interpretarlo en la Sentencia 112-21-IN/25)

What Does “Exceptional” Mean under Article 316 of the Constitution? (And Why the Constitutional Court Got It Wrong in Decision 112-21-IN/25)

Amicis carissimis, pro patientia liberaliter praestita

Carlos Correa García*
<https://orcid.org/0000-0002-4225-2447>

Fecha de recepción: 7 de febrero de 2026
Fecha de aprobación: 15 de marzo de 2026

Resumen

Este artículo examina, desde una perspectiva crítica, la Sentencia 112-21-IN/25 de la Corte Constitucional del Ecuador. Dicha sentencia declaró la inconstitucionalidad de la causal de delegación basada en la satisfacción del “interés público, colectivo o general”, prevista en el artículo 25(1) de la Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica, por considerar que tal fórmula vaciaba de contenido el elemento de “excepcionalidad” contemplado en el artículo 316 de la Constitución. El trabajo sostiene que la sentencia adopta una comprensión equivocada de la “excepcionalidad”, al asimilarla a un criterio de rareza empírica o limitación cuantitativa, incompatible tanto con el tenor del texto constitucional como con la jurisprudencia previa de la propia Corte. Asimismo, se argumenta que el fallo (i) se aparta injustificadamente de —lo que en este trabajo se denomina— un estándar de “alta deferencia al legislador”, y (ii) omite una lectura sistemática del artículo 316 en relación con los artículos 313 y 314, así como con otras disposiciones constitucionales que consagran el principio de “eficiencia” en la gestión de sectores estratégicos y la prestación de servicios públicos. A ello se suma la falta de un análisis articulado del precepto declarado inconstitucional con el resto del ordenamiento infra-constitucional, así como el desconocimiento del papel que desempeña el “interés público” en la propia noción de excepcionalidad del artículo 316. Desde esta perspectiva, el presente artículo propone una interpretación alternativa de la excepcionalidad, entendida no como un límite cuantitativo, sino como un estándar orientado por criterios de racionalidad económica y por la satisfacción del interés público.¹

*Abogado por la Facultad de Derecho, Política y Desarrollo de la Universidad de Especialidades Espíritu Santo (UEES). Es abogado de la firma Coronel & Pérez. cecorreagarcia@gmail.com.

1. El presente artículo refleja exclusivamente la opinión personal de su autor y no representa, ni compromete, la posición, criterios u opiniones de ninguna otra persona ni de cualquiera de las organizaciones o instituciones a las que el autor pertenece o con las que mantiene relación profesional o está afiliado.

Abstract

This paper critically examines Decision 112-21-IN/25 by the Constitutional Court of Ecuador. This ruling declared unconstitutional the delegation ground based on the satisfaction of the “public, collective, or general interest” set out in Article 25(1) of the Organic Law on the Public Electricity Service, on the grounds that such a formula emptied of content the element of “exceptionality” provided for in Article 316 of the Constitution. The paper argues that the decision adopts an erroneous understanding of “exceptionality” by equating it with a criterion of empirical rarity or quantitative limitation, an approach that is incompatible both with the wording of the constitutional text and with the Court’s prior jurisprudence. It further contends that the decision (i) unjustifiably departs from what this paper terms a standard of “high deference to the legislature”, and (ii) omits a systematic reading of Article 316 in conjunction with Articles 313 and 314, as well as with other constitutional provisions that enshrine the principle of “efficiency” in the management of strategic sectors and the provision of public services. This is compounded by the absence of an articulated analysis of the invalidated provision within the broader infra-constitutional legal framework, and by a failure to acknowledge the role played by the “public interest” within the very notion of exceptionality under Article 316. From this perspective, the paper advances an alternative interpretation of exceptionality, understood not as a quantitative limit, but as a standard guided by criteria of economic rationality and the satisfaction of the public interest.

Palabras clave:

sectores estratégicos, servicios públicos, delegación, excepcionalidad, análisis económico del derecho

Keywords:

strategic sectors, public services, delegation, exceptionality, law and economics

1. Introducción

Desde hace varias décadas, los principios de la teoría económica han influido de forma decisiva en el desarrollo jurisprudencial de la cultura jurídica occidental. En Estados Unidos, por ejemplo, el análisis económico del derecho ha tenido efectos prácticos verificables en múltiples fallos de las cortes federales y la Corte Suprema. Es particularmente destacable, en este contexto, la labor de jueces como Richard Posner, de la Corte de Apelaciones del Séptimo Circuito, y Guido Calabresi, de la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito.

Lamentablemente, en nuestra cultura jurídica las nociones más básicas de racionalidad económica no han permeado la jurisprudencia; peor aún, para muchos operadores de justicia siguen siendo en gran medida desconocidas. Ese desconocimiento se observa desde jueces de instancia hasta magistrados de las Altas Cortes ecuatorianas. Y, para muestra, un botón: la reciente Sentencia 112-21-IN/25 de la Corte Constitucional, que declaró la inconstitucionalidad del numeral 1 del artículo 25 de la Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica (“LOSPEE”). En esa sentencia, la Corte adoptó una lectura excesivamente formalista del artículo 316 de la Constitución, sin considerar los efectos económicos ni las consecuencias prácticas de su interpretación. Tampoco evaluó la compatibilidad de dicha interpretación con las exigencias de la “eficiencia” en el manejo de los recursos públicos, tal como impone el marco constitucional ecuatoriano.

A mi juicio, la Sentencia 112-21-IN/25 incurre en una interpretación errada del inciso segundo del artículo 316 —tanto en abstracto como aplicada al caso— por tres razones. Primero, porque asimila equivocadamente la noción de “excepcionalidad” a un criterio de rareza empírica o limitación cuantitativa, que no se desprende del texto constitucional. Segundo, porque omite una lectura sistemática del artículo 316 a la luz de otras disposiciones que consagran el principio de “eficiencia” económica en la gestión de sectores estratégicos y en la prestación de servicios públicos. Y tercero, porque desconoce el papel que desempeña el “interés público” en el propio elemento de “excepcionalidad” previsto en el artículo 316.

Siendo así, el propósito de este artículo es formular una crítica respetuosa, pero firme, al razonamiento adoptado por el voto de mayoría en la Sentencia 112-21-IN/25. También se busca proponer, en su lugar, una comprensión de la “excepcionalidad” —a la que se refiere el artículo 316— compatible con el texto constitucional, con el precedente jurisprudencial y con una lectura racional y económicamente coherente del régimen constitucional de los sectores estratégicos y los servicios públicos.

2. El sentido del artículo 316 de la Constitución y la noción de “excepcionalidad”

Como es bien conocido, la actual Constitución ecuatoriana de 2008 fue el resultado de un proceso constituyente iniciado en 2007, cuando en Montecristi se instauró una Asamblea Constituyente encargada de reformar el marco institucional del Estado mediante la redacción de un nuevo texto constitucional. Este proceso culminó con la aprobación de la nueva Constitución mediante referéndum y su posterior promulgación en octubre de 2008.²

El sistema económico adoptado por la Constitución de 2008 establece un modelo marcadamente estatista, que coloca al Estado en una posición predominante dentro de la economía nacional. Ello se aprecia con particular claridad en el Capítulo Quinto del Título VI, titulado “Sectores estratégicos, servicios y empresas públicas”.³ En efecto, la Constitución de

2. La Constitución fue aprobada por referéndum del 28 de septiembre de 2008 y entró en vigencia el 20 de octubre de 2008. Ver Richard Ortiz Ortiz, “Los problemas estructurales de la Constitución ecuatoriana de 2008 y el hiperpresidencialismo autoritario,” *Estudios constitucionales* 16, no. 2 (2018): 527–566, <https://doi.org/10.4067/S0718-52002018000200527>

3. Ver Constitución de la República, publicado en el Registro Oficial No. 449 del 20 de octubre de 2008, Arts. 313-318.

2008 configura un modelo con un alto grado de intervención estatal y, para los efectos que más interesan a este artículo, atribuye al Estado el dominio pleno sobre los denominados “sectores estratégicos”, así como un papel protagónico en la prestación de los “servicios públicos”. Se trata, en definitiva, de un modelo de economía dirigida o regulada en estas dos categorías.⁴

En particular, el artículo 313 establece que “[e]l Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos, de conformidad con los principios de sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficiencia”.⁵ Y añade que “[l]os sectores estratégicos, de decisión y control exclusivo del Estado, son aquellos que por su trascendencia y magnitud tienen decisiva influencia económica, social, política o ambiental, y deberán orientarse al pleno desarrollo de los derechos y al interés social”.⁶

Una simple lectura de este artículo nos revela dos elementos fundamentales. Primero, se trata de una disposición de carácter eminentemente económico, ya que al definir los “sectores estratégicos” los vincula a su “influencia económica” —además, por supuesto, de considerar su dimensión social, política y ambiental, todas ellas con incidencia directa en lo económico. Segundo, en relación con su naturaleza económica, el artículo 313 adopta un enfoque estatista, en la medida en que privilegia la intervención del Estado en el manejo de los sectores estratégicos. Ello se evidencia en la atribución a este último de poderes exclusivos de “decisión” y “control” sobre dichos sectores, reservándose, además, de manera expresa cuatro funciones: administrarlos, regularlos, controlarlos y gestionarlos.

Ahora bien, tal como se adelantó, el rol protagónico del Estado no se limita a los sectores estratégicos, sino que también se extiende a los “servicios públicos”. El primer inciso del artículo 314 dispone que: “[e]l Estado será responsable de la provisión de los servicios públicos de agua potable y de riego, saneamiento, energía eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, infraestructuras portuarias y aeroportuarias, y los demás que determine la ley”.⁷ Inmediatamente, el segundo inciso del mismo artículo establece los principios que deben orientar la provisión de los servicios públicos: “[...] obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad y calidad”.⁸

Es interesante destacar que tanto el inciso primero del artículo 313 como el inciso segundo del artículo 314 introducen un principio de contenido económico que aparece de forma reiterada en la Constitución, y que merece, desde ya, una atención especial: el principio de “eficiencia”. Es particularmente llamativa la referencia de dicho principio en: (i) el numeral 25 del artículo 66, que reconoce el derecho de las personas a acceder a bienes y servicios públicos y privados de “calidad, con eficiencia, eficacia y buen trato”;⁹ (ii) el artículo 227, que establece que la Administración Pública “se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planifica-

4. En términos más generales, Jaime Vintimilla Saldaña señala que “[...] la constitución de 2008 determina que el sistema económico es social y solidario (Artículo 283 CE) y se lo puede definir en base a tres principios organizativos: capitalista, intervencionista o de economía dirigida y de producción solidaria”. Ver Jaime Vintimilla Saldaña, “La Constitución Económica del Ecuador”, *Iuris Dictio*, 14(16) (2015): 130-131. <https://doi.org/10.18272/iu.v14i16.732>

5. Ver Constitución de la República, Art. 313.

6. Ver Constitución de la República, Art. 313.

7. Ver Constitución de la República, Art. 314.

8. Ver Constitución de la República, Art. 314.

9. Ver Constitución de la República, Art. 66(25) (“Se reconoce y garantizará a las personas: [...] 25. El derecho a acceder a bienes y servicios públicos y privados de calidad, con eficiencia, eficacia y buen trato, así como a recibir información adecuada y veraz sobre su contenido y características.”).

ción, transparencia y evaluación”;¹⁰ y (iii) en materia energética, el artículo 413, que dispone que el Estado promoverá la eficiencia energética y el uso de tecnologías ambientalmente limpias y sostenibles.¹¹

No entraremos aún a analizar en detalle qué significa exactamente “eficiencia” ni cómo incide en el sistema económico que reconoce el Capítulo Quinto del Título VI de la Constitución. Volveremos sobre este punto más adelante. Por ahora, conviene continuar examinando el régimen constitucional aplicable a los sectores estratégicos y a los servicios públicos, pues aún resta introducir varios elementos esenciales para comprender a plenitud su alcance.

¿Cómo se materializa en la práctica la “gestión” de los sectores estratégicos y la “prestación” de los servicios públicos según la Constitución ecuatoriana?

La respuesta se encuentra en los artículos 315 y 316. De acuerdo con estas dos disposiciones, la prioridad que la Constitución otorga al Estado en materia de sectores estratégicos se concreta a través de dos facultades principales. Primero, conforme al artículo 315, el Estado puede constituir empresas públicas para “[...] la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y el desarrollo de otras actividades económicas”.¹² Segundo, de acuerdo con el artículo 316, el Estado puede “delegar la participación” en sectores estratégicos y servicios públicos a otras entidades que no sean públicas.

El inciso primero del artículo 316 establece que el Estado podrá: “[...] delegar la participación en los sectores estratégicos y servicios públicos a empresas mixtas en las cuales tenga mayoría accionaria”, añadiendo que dicha delegación “se sujetará al interés nacional y respetará los plazos y límites fijados en la ley para cada sector estratégico”.¹³ A su vez, el inciso segundo del mismo artículo 316 dispone que: “[e]l Estado podrá, de forma excepcional, delegar a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria, el ejercicio de estas actividades, en los casos que establezca la ley”.¹⁴

En otras palabras, una interpretación orgánica de los artículos 313, 314, 315 y 316 muestra que la “administración”, “regulación”, “control” y “gestión” de los sectores estratégicos, así como la “provisión” de los servicios públicos, son prioritariamente responsabilidad del Estado. Esa prioridad implica que el Estado tiene la facultad de: (i) constituir empresas públicas y autorizarlas para gestionar sectores estratégicos o prestar servicios públicos; y (ii) delegar dichas actividades a entidades que no sean públicas, en los siguientes casos: (ii.a) empresas mixtas en las que el Estado conserve mayoría accionaria, y (ii.b) “de forma excepcional”, empresas privadas y empresas de la economía popular y solidaria, “en los casos que establezca la ley”.

Este entendimiento ha sido, además, confirmado por la jurisprudencia constitucional anterior a la Sentencia 112-21-IN/25 que se analiza en este artículo. La primera —y quizás la más relevante— decisión que trató específicamente esta materia fue la Sentencia 001-12-SIC-CC, del 5 de enero de 2012, en la cual la Corte Constitucional desarrolló el alcance de la “autorización” y la “delegación” estatal en la gestión de los sectores estratégicos y en la prestación de los servicios públicos:

10. Ver Constitución de la República, Art. 227 (“La administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación.”).

11. Ver Constitución de la República, Art. 413 (“El Estado promoverá la eficiencia energética, el desarrollo y uso de prácticas y tecnologías ambientalmente limpias y sanas, así como de energías renovables, diversificadas, de bajo impacto y que no pongan en riesgo la soberanía alimentaria, el equilibrio ecológico de los ecosistemas ni el derecho al agua.”).

12. Ver Constitución de la República, Art. 315.

13. Ver Constitución de la República, Art. 316.

14. Ver Constitución de la República, Art. 316.

En conclusión, respecto a este primer punto, se considera necesaria la interpretación constitucional en el sentido de que la administración, regulación, control y gestión de los sectores estratégicos y servicios públicos corresponde prioritariamente al Estado; dicha prioridad incluye la potestad o prerrogativa que tiene el Estado para: a) 'autorizar' a las empresas públicas la gestión de dichos sectores estratégicos y/o la prestación de los servicios públicos [...], b) o para 'delegar' a otras empresas que no fueren las empresas públicas, la participación en dichos sectores estratégicos y/o en la prestación de los servicios públicos. [...] Por ende, el Estado autoriza en unos casos, o delega en otros.^{15,16}

3. La interpretación jurisprudencial del artículo 316 antes de la Sentencia 112-21-IN/25

Como ha quedado claro a estas alturas, el artículo 316 de la Constitución contempla dos modalidades de "delegación" de la gestión de los sectores estratégicos y de la prestación de los servicios públicos a empresas no públicas. La primera se refiere a la participación de empresas mixtas, siempre que el Estado mantenga la mayoría accionaria. La segunda permite, "de forma excepcional" y "en los casos que establezca la ley", delegar estas actividades a la iniciativa privada y a las entidades de la economía popular y solidaria.

Ahora bien, la pregunta que naturalmente surge es: ¿qué significan exactamente las fórmulas "de forma excepcional" y "en los casos que establezca la ley", contenidas en el segundo inciso del artículo 316?

En la ya citada Sentencia 001-12-SIC-CC, la Corte Constitucional señaló que: "[...] el segundo caso de delegación es para la iniciativa privada y para la economía popular y solidaria, teniendo en cuenta que deben confluir 2 [dos] aspectos sustanciales: 1) que esta delegación es de carácter excepcional; y 2) que dicha excepcionalidad debe estar regulada mediante la ley de la materia o de cada sector".¹⁷ La Corte precisó, además, cómo debía entenderse la "excepcionalidad" exigida por el artículo 316: "[...] los casos de excepcionalidad se deberían establecer para cada sector estratégico y/o para cada servicio público, pues son ámbitos conceptuales muy amplios que podrían ameritar distinciones o particularidades específicas para cada sector".¹⁸ Y concluyó que: "[...] en todo caso, se estará a las leyes que regulen y manden en cada sector, en donde se determinen los casos de excepción y los requisitos

15. Ver Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 001-12-SIC-CC del 05 de enero de 2012, p. 9.

16. Además, en la Sentencia 1-09-IN/19, del 20 de agosto de 2019, en la cual se conoció una acción pública de inconstitucionalidad contra una norma que autorizaba actividades de comercialización de gas licuado de petróleo (GLP), el accionante alegó —entre otros cargos— que la disposición impugnada vulneraba el artículo 316 de la Constitución. Sostuvo que "[...] el Estado está obligado a gestionar toda actividad económica referente a sectores estratégicos y como tal la participación de la empresa privada debería ser excepcional", y que permitir la intervención de empresas transnacionales en el envasado de GLP contravenía el régimen constitucional aplicable a los sectores estratégicos. Sin embargo, la Corte consideró que la disposición impugnada no contrariaba la Constitución, sino que constituía precisamente una manifestación de una competencia estatal constitucionalmente reconocida. En palabras de la sentencia: "El Estado, al ser el encargado de la gestión de los sectores estratégicos es quien tiene la facultad para autorizar a empresas públicas que presten un servicio público o delegar a empresas privadas la participación en dichos sectores." Y añadió que: "[e]n ambos escenarios, el Estado es quien mantiene la rectoría y regula toda actividad relacionada con los sectores estratégicos incluyendo el sector de hidrocarburos y el gas licuado de petróleo." Posteriormente, en la Sentencia 42-10-IN/21, del 9 de junio de 2021, la Corte reiteró que la Constitución permite la delegación de la gestión de sectores estratégicos y de la prestación de servicios públicos a entidades distintas de las empresas públicas, incluyendo —conforme al artículo 316— tanto a empresas mixtas como, "de forma excepcional", a la iniciativa privada y a las entidades de la economía popular y solidaria. Ver Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 1-09-IN/19 del 20 de agosto de 2019, ¶¶ 28-33; ver también Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 42-10-IN/21 del 9 de junio de 2021, ¶¶ 78-81.

17. Ver Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 001-12-SIC-CC, 10-11.

18. Ver Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 001-12-SIC-CC, 8.

correspondientes”.¹⁹ En la parte resolutive, la Corte agregó que los “casos de excepción”: “[...] deberán ceñirse a lo establecido en la ley correspondiente y a lo regulado por las autoridades competentes en la Administración Pública o gobierno central”.²⁰

Ese enfoque fue reiterado en la Sentencia 42-10-IN/21, del 9 de junio de 2021, en la que la Corte reafirmó que: “[...] el constituyente por un lado, permite la delegación en la participación de los sectores estratégicos y/o en la prestación de los servicios públicos a otras empresas, que no sean públicas, es decir, a la iniciativa privada; facultad que tendrá el Estado pero de forma excepcional y en los casos que establezca la ley para cada sector estratégico [...]”.²¹ La Corte añadió que la delegación se materializa, en la práctica, mediante contratos de concesión, asociación, participación u otras formas contractuales que las leyes sectoriales establezcan. Por ello concluyó que: “[...] el mismo constituyente ha delegado de forma expresa al legislador, lo atinente a las regulaciones que deba efectuarse -de acuerdo a la ley- para los casos de excepción en este tipo de delegación”.²²

Desde la doctrina nacional, Ramón Eduardo Burneo también sostiene que el artículo 316 establece dos modalidades de delegación: (i) una delegación a empresas mixtas con participación mayoritaria estatal, y (ii) una delegación “excepcional” y “legalmente establecida” a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria, ambas sometidas a la voluntad del organismo público competente.²³ Por su parte, en su compendio de Derecho Administrativo ecuatoriano, el Dr. Efraín Pérez destaca que el carácter “excepcional” de la participación de la iniciativa privada se manifiesta “[...] en el requisito de su declaratoria formal que, conforme la ley respectiva, se expresa en un decreto ejecutivo, es decir expedido por el Presidente de la República, en las condiciones determinadas por la normativa legal”.²⁴

Sobre la base de lo expuesto, puede concluirse que la facultad estatal de delegar a la iniciativa privada o a la economía popular y solidaria descansa en dos supuestos: (i) se trata de una delegación “excepcional”, en contraste con la delegación “ordinaria” prevista en el inciso primero del artículo 316; y (ii) esa “excepcionalidad” se materializa mediante la ley, esto es, los casos deben estar determinados por la normativa aplicable.

19. Ver Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 001-12-SIC-CC, 8.

20. Ver Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 001-12-SIC-CC, 13.

21. Ver Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 42-10-IN/21, ¶ 80.

22. Ver Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 42-10-IN/21, ¶ 80.

23. Ver Ramón Burneo, *Derecho constitucional ecuatoriano. Evolución y actualidad*, Vol. III (Quito, 2010), 364 (“En su parte final, el artículo 316 faculta al Estado para que ‘(...) de forma excepcional, pueda delegar a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria, el ejercicio de estas actividades, en los casos que establezca la ley’. Se ve muy difícil e impracticable la aplicación de esta excepción, salvo que en la ley se señalen explícitamente los casos en que pueda hacerse efectiva. Otro caso de delegación, también sujeta a la voluntad del respectivo organismo público, es a favor de ‘empresas’ mixtas, en las que el Estado siempre tendrá la mayoría accionaria y, por lo tanto, la facultad decisoria [...]”).

24. Ver Efraín Pérez, *Derecho administrativo*, vol. II (Quito, 2010), 178.

Ahora bien, lo verdaderamente interesante es que las sentencias citadas perfilan lo que denomino un estándar de “alta deferencia al legislador”;²⁵ es decir, confieren al legislador un margen amplio para definir qué constituye un “caso de excepción”. Así, en palabras de la Sentencia 42-10-IN/21, el propio artículo 316 habría “[...] delegado de forma expresa al legislador, lo atinente a las regulaciones que deban efectuarse [...] para los casos de excepción”;²⁶ y, según la Sentencia 001-12-SIC-CC, “en todo caso, se estará a las leyes que regulen y manden en cada sector, en donde se determinen los casos de excepción y los requisitos correspondientes”.²⁷ Es decir, bajo los criterios de estas sentencias, la determinación de los supuestos excepcionales en los que empresas privadas o de la economía popular y solidaria pueden gestionar sectores estratégicos o prestar servicios públicos —esto es, cuándo operan los “casos de excepción”— corresponde de manera privilegiada a la normativa infra-constitucional sectorial, que es la que debería definir el alcance, las condiciones y los límites de la delegación.

En suma, la jurisprudencia constitucional anterior a la Sentencia 112-21-IN/25 interpretó que el inciso segundo del artículo 316 permitía que el Estado, en su rol protagónico como administrador de los sectores estratégicos y los servicios públicos, fuese quien —a través de la legislación y de la regulación sectorial— estableciera cuándo un caso es efectivamente “excepcional” y, por tanto, cuándo se admite la intervención de empresas privadas o de la economía popular y solidaria.

25. Según el Diccionario de la lengua española de la Real Academia Española (RAE), la palabra “deferencia”, proveniente del latín *defērens*, significa “[a]dhesión al dictamen o proceder ajeno, por respeto o por excesiva moderación”. En la tradición jurídica angloamericana y europeo-continental, este concepto ha sido aplicado en el ámbito del control jurisdiccional a través del principio de “judicial deference”, entendido como la práctica mediante la cual un tribunal opta por otorgar un peso significativo a las valoraciones y decisiones adoptadas por otros poderes públicos —en particular, el legislador, los órganos administrativos o el poder ejecutivo— al resolver una determinada cuestión (“[...] *the practice, by a court, of choosing to give significant weight to judgments of other public authorities (the legislature, administrative bodies, or the executive) on a particular matter*”). Ver Real Academia Española, “Deferencia,” *Diccionario de la lengua española*, acceso el 5 de febrero de 2026, <https://dle.rae.es/deferencia>; ver también Tudorel Toader y Marieta Safta, “Judicial Deference in the Relationship Between Constitutional Courts of the Member States and the European Court of Justice”, *Law, Identity and Values* 5, no. 1 (2025): 220-221, <https://doi.org/10.55073/2025.1.217-237>.

26. Ver Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 42-10-IN/21, ¶ 80.

27. Ver Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 001-12-SIC-CC, 8.

4. La Sentencia 112-21-IN/25 y la reformulación del criterio de “excepcionalidad”

Hemos llegado a la Sentencia 112-21-IN/25, del 11 de diciembre de 2025, mediante la cual la Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad del numeral 1 del artículo 25 de la LOSPEE.²⁸

En esta sentencia, la Corte examinó dos problemas jurídicos²⁹: (i) si el artículo 3(5) de la LOSPEE —que introducía el concepto de “autogenerador” y permitía poner los excedentes que tales personas jurídicas produjeran a “disposición de la demanda”— afectaba el régimen de delegación excepcional a la iniciativa privada en el sector estratégico de energía eléctrica;³⁰ y (ii) si el artículo 25(1) de la LOSPEE —que establecía una causal de delegación basada en la satisfacción del “interés público, colectivo o general” para permitir la participación de empresas privadas, de la economía popular y solidaria y de empresas estatales extranjeras— vaciaba de contenido la excepcionalidad prevista en el artículo 316 de la Constitución.³¹

28. Para mayor claridad, cabe señalar que el 01 de diciembre de 2021 se presentó una demanda de inconstitucionalidad por el fondo contra varias disposiciones de la Ley Reformatoria a la LOSPEE, publicada en el Registro Oficial Cuarto Suplemento No. 452, de 14 de mayo de 2021. En particular, se impugnaron, entre otros, el artículo 1 de la ley reformativa, que —entre otras modificaciones— reformó el numeral 5 del artículo 3 de la LOSPEE, y el artículo 4 de la misma ley, que —también entre otras modificaciones— reformó el artículo 25 de la LOSPEE, siendo específicamente objeto de impugnación el numeral 1 de este último artículo. En lo que respecta al artículo 3, numeral 5, el accionante sostuvo que la reforma convertía a una persona jurídica dedicada a una actividad productiva en una “productora de electricidad”. Ello implicaría, en la práctica, que ya no generaría energía exclusivamente para su “consumo propio”, sino que podría destinar los excedentes —sin límite, en la opinión del accionante— al mercado general. A su juicio, esta modificación desnaturalizaría el régimen de “delegación excepcional” en la gestión de sectores estratégicos por parte de la iniciativa privada, previsto en el artículo 316 de la Constitución. En relación con el artículo 25, numeral 1, el accionante alegó que la causal de delegación para permitir la participación en el sector eléctrico de empresas de capital privado, de economía popular y solidaria, así como de empresas estatales de la comunidad internacional, basada en la satisfacción del “interés público, colectivo o general”, vaciaría de contenido la excepcionalidad prevista en el artículo 316 de la Constitución. A criterio suyo, se trataba de una categoría tan amplia que, en la práctica, permitiría una apertura generalizada a la participación privada en un sector reservado al Estado. Al analizar la demanda, la Corte advirtió que, desde su presentación, la LOSPEE había sido objeto de varias reformas ulteriores. En particular, constató que el artículo 25 de la LOSPEE había sido nuevamente reformado en 2024, por lo que su redacción vigente al momento de resolver la causa no coincidía exactamente con la que estaba en vigor cuando se presentó la demanda. No obstante, la Corte consideró que tales modificaciones respondían principalmente a una reorganización formal, sin alterar el contenido esencial de las causales de delegación ni los problemas de constitucionalidad planteados por el accionante. En consecuencia, concluyó que existía “unidad normativa” entre el texto originalmente impugnado y el texto posteriormente reformado, y procedió a realizar el control de constitucionalidad sobre la versión vigente de la disposición.

29. Ver Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 112-21-IN/25 del 11 de diciembre de 2025, ¶¶ 40 y 42.

30. Ver Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 112-21-IN/25, ¶ 9 (“Art. 1.- En el artículo 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica, sustitúyase el texto del numeral 5 y añádase un numeral 17 conforme a lo siguiente: 5. Autogenerador: Persona jurídica, productora de energía eléctrica, cuya producción está destinada a abastecer sus puntos de consumo propio, pudiendo producir excedentes de generación que pueden ser puestos a disposición de la demanda. [...]”).

31. Ver Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 112-21-IN/25, (“Art. 4.- Sustitúyase el texto del artículo 25 de la Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica, por el siguiente: Art. 25.- De las empresas privadas, de economía popular y solidaria y estatales de la comunidad internacional. - El Estado, por intermedio del Ministerio rector de energía y electricidad, podrá delegar, de forma excepcional, a empresas de capital privado, así como a empresas de economía popular y solidaria, y empresas estatales de la comunidad internacional la participación en las actividades del sector eléctrico, en cualquiera de los siguientes casos: 1. Cuando sea necesario para satisfacer el interés público, colectivo o general; 2. Cuando la demanda del servicio no pueda ser cubierta por empresas públicas o mixtas; o, 3. Cuando se trate de proyectos que utilicen energías renovables no convencionales que no consten en el Plan Maestro de Electricidad. [...]”).

Respecto del primer problema jurídico, la Corte inició recordando el régimen constitucional aplicable al sector estratégico y servicio público de energía eléctrica. Importantemente, en relación con la facultad de delegación “excepcional” contemplada en el inciso segundo del artículo 316, la Corte enfatizó que “[e]sta excepcionalidad no es solo una formalidad, sino un mecanismo para asegurar que el Estado mantenga el control y gestión de los sectores estratégicos, con el fin de evitar que la participación de actores no estatales se vuelva la regla general”.³²

Tras explicar el marco constitucional, la Corte analizó la norma impugnada y concluyó que el artículo 3(5) de la LOSPEE no ampliaba de manera “indiscriminada” la intervención privada en el sector eléctrico ni convertía a los “autogeneradores” en empresas productoras orientadas al mercado, como alegó el accionante. Según la Corte, dicha norma permite que una persona jurídica privada genere energía únicamente para cubrir su propio consumo, y los “excedentes” mencionados en el artículo tienen un carácter estrictamente “residual”. La aparición de tales excedentes, a criterio de la Corte, no responde a una actividad empresarial dirigida a la venta de energía, sino “[...] al simple hecho de que, en determinados momentos, la capacidad de la persona jurídica como autogenerador pueda superar su consumo propio”.³³

En consecuencia, la Corte concluyó que esta disposición no afectaba la excepcionalidad prevista en el artículo 316, pues no configuraba una delegación que habilitase a actores privados a “participar ilimitadamente en la producción del sector eléctrico”, sino que únicamente reconocía “[...] un fenómeno técnico inherente a la autogeneración: la existencia o no de excedentes”.³⁴ Por ello, determinó que el artículo 3(5) de la LOSPEE no vulneraba el régimen de delegación excepcional del artículo 316; y, por consiguiente, desestimó la alegación de inconstitucionalidad.³⁵

A continuación, la Corte examinó el artículo 25(1) de la LOSPEE. En primer lugar, precisó que, conforme al principio de “libre configuración legislativa” y a la remisión a la ley contenida en el inciso segundo del artículo 316 de la Constitución, el legislador cuenta con un amplio margen para regular los sectores estratégicos y los servicios públicos dentro del marco constitucional, en particular para “[...] establecer los casos específicos de excepción para la iniciativa privada en esas actividades”.³⁶ Sin embargo, advirtió que dicho margen “[...] no es absoluto, pues debe respetar los límites constitucionales”.³⁷ A partir de esta premisa, la Corte observó que la fórmula utilizada en el numeral 1 del artículo 25 (“[c]uando sea necesario para satisfacer el interés público, colectivo o general”) no delimitaba un supuesto concreto que habilite la delegación excepcional establecida por el artículo 316.³⁸

En su criterio, la generalidad de la disposición impugnada “[...] imped[ía] comprender qué situaciones específicas justificarían la delegación excepcional de la participación en los sectores estratégicos”.³⁹ Añadió que dicha norma carecía de criterios “materiales”, “técnicos” o “fácticos” que definan circunstancias específicas y delimitadas, tales como “[...] una emergencia energética, daños graves e inesperados en la infraestructura, desastres naturales que afecten temporalmente el servicio estatal o limitaciones operativas reales que justifiquen la delegación excepcional”.⁴⁰ Por ello, la Corte consideró que el precepto resultaba “impreciso” y potencialmente generador de “decisiones arbitrarias”, al habilitar virtualmente cualquier

32. Ver Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 112-21-IN/25, ¶ 51.

33. Ver Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 112-21-IN/25, ¶ 60.

34. Ver Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 112-21-IN/25, ¶ 60.

35. Ver Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 112-21-IN/25, ¶ 62.

36. Ver Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 112-21-IN/25, ¶ 66.

37. Ver Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 112-21-IN/25, ¶ 66.

38. Ver Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 112-21-IN/25, ¶ 71.

39. Ver Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 112-21-IN/25, ¶ 71.

40. Ver Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 112-21-IN/25, ¶ 72.

delegación sustentada en conceptos que, en opinión de la Corte, eran amplios y abstractos.⁴¹

Con base en esto, la Corte estableció dos estándares a observarse, por parte del legislador, al diseñar causales de “excepcionalidad”. Primero, la regulación de la delegación excepcional en sectores estratégicos, según la Corte, exige que la ley de cada sector establezca (i) de manera “expresa” y (ii) con “claridad” los supuestos excepcionales que habilitan la intervención de actores no estatales.⁴² Y, segundo, el criterio de “excepcionalidad” del artículo 316 no quedaría satisfecho mediante lo que ella llamó “cláusulas amplias” o “conceptos indeterminados” como el “interés público, colectivo o general”, pues, a criterio suyo, tales fórmulas “[...] vacía[n] de contenido la exigencia de que la delegación sea realmente limitada y excepcional, y diluye[n] la distinción constitucional entre delegación ordinaria y delegación excepcional”.⁴³

En virtud de lo anterior, la Corte concluyó que el artículo 25(1) de la LOSPEE no identificaba con precisión ni claridad un supuesto excepcional que habilite la delegación a la iniciativa privada o a la economía popular y solidaria; y, en consecuencia, lo declaró inconstitucional.⁴⁴

5. Tres críticas a la Sentencia 112-21-IN/25

En este punto, el lector habrá advertido que, en la Sentencia 112-21-IN/25, aunque el voto de mayoría reconoció que el legislador “[...] cuenta con un amplio margen para la regulación de los sectores estratégicos y servicios públicos dentro del marco establecido en la Constitución, especialmente para establecer los casos específicos de excepción para la iniciativa privada en esas actividades”, en la práctica su interpretación excesivamente formal del inciso segundo del artículo 316 de la Constitución, sustituyó el estándar de “alta deferencia al legislador” por uno mucho más restringido.

Como dijimos, la jurisprudencia constitucional anterior a la Sentencia 112-21-IN/25 entendía que el inciso segundo del artículo 316 permitía que el Estado definiera —a través de la legislación y de la regulación sectorial— cuándo un caso es efectivamente “excepcional” y, por tanto, cuándo se justifica la intervención de empresas privadas o de la economía popular y solidaria. En oposición, el voto de mayoría en la Sentencia 112-21-IN/25 sostuvo que el legislador, en la ley de cada sector, debía establecer de manera “expresa” y “clara” —sea lo que eso signifique— los “casos excepcionales” que habilitan la intervención de actores no estatales en las actividades de gestión de sectores estratégicos y de prestación de servicios públicos. Lo más problemático es que interpretó —en contra de la línea jurisprudencial previa— que el criterio de “excepcionalidad” del artículo 316 no se satisface mediante lo que denominó “cláusulas amplias” o “conceptos indeterminados” como el “interés público, colectivo o general”.⁴⁵

A mi juicio, estas conclusiones son equivocadas por, al menos, tres razones: (i) porque incurren en una lectura errónea del inciso segundo del artículo 316, interpretándolo de forma aislada y asimilando la “excepcionalidad” a un criterio de rareza empírica (esto es, a la idea de que la delegación a la iniciativa privada o a la economía popular y solidaria deba ser infrecuente, marginal o residual en términos cuantitativos; es decir, que debe ocurrir “pocas veces” o “de forma limitada”), cuando ni el texto constitucional ni la jurisprudencia exigen tal comprensión; (ii) porque el voto de mayoría omite una lectura sistemática del artículo 316 con los artículos 313 y 314 y con otras disposiciones constitucionales que consagran el principio económico de “eficiencia” en la gestión de sectores estratégicos y la prestación de servicios públicos (esto es, un criterio de razonabilidad económica); y (iii) porque no se realiza

41. Ver Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 112-21-IN/25, ¶ 72.

42. Ver Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 112-21-IN/25, ¶ 73.

43. Ver Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 112-21-IN/25, ¶ 74.

44. Ver Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 112-21-IN/25, ¶ 75-76.

45. Ver Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 112-21-IN/25, ¶ 74.

un análisis sistemático del artículo 25(1) de la LOSPEE en conjunto con el resto de la normativa infra-constitucional, y se desconoce el papel estructural que juega el “interés público” en la propia noción de “excepcionalidad” del artículo 316.

(i) Primer argumento: la “excepcionalidad” no equivale a rareza empírica

En la Sentencia 112-21-IN/25, la Corte parece entender que la “excepcionalidad” del artículo 316 se refiere a la frecuencia estadística o empírica con la que puede delegarse a la iniciativa privada o a la economía popular y solidaria la participación en sectores estratégicos o servicios públicos. En otras palabras, asume que “de forma excepcional” equivale a “que ocurra pocas veces”. Dicha conclusión —a mi juicio, equivocada— se desprende de varios pasajes de la sentencia, tanto en el análisis del artículo 3(5) de la LOSPEE como del artículo 25(1) de la misma ley.

Por un lado, al revisar la constitucionalidad del artículo 3(5), la Corte sostuvo que “[la] excepcionalidad no es solo una formalidad, sino un mecanismo para asegurar que el Estado mantenga el control y gestión de los sectores estratégicos, con el fin de evitar que la participación de actores no estatales se vuelva la regla general”.⁴⁶ Además, añadió lo siguiente:

[...] los excedentes de generación previstos en la norma impugnada tienen un carácter estrictamente residual. Su existencia no depende de una actividad empresarial orientada a la venta de energía, sino del simple hecho de que, en determinados momentos, la capacidad de la persona jurídica como autogenerador pueda superar su consumo propio. Esta circunstancia no altera la excepcionalidad del artículo 316 de la Constitución, pues no configura una delegación para que actores privados participen ilimitadamente en la producción del sector eléctrico, sino que reconoce un fenómeno técnico inherente a la autogeneración: la existencia o no de excedentes. Por lo tanto, la producción de excedentes jamás puede ser la razón social de personas jurídicas autogeneradoras.⁴⁷

Por otro lado, respecto del artículo 25(1), señaló que la norma “[n]o define circunstancias concretas y delimitadas o supuestos de hecho relativos, por ejemplo, una emergencia energética, daños graves e inesperados en la infraestructura, desastres naturales que afecten temporalmente el servicio estatal o limitaciones operativas reales que justifiquen la delegación excepcional”,⁴⁸ y añadió que, al no permitir identificar un escenario específico que sustente la excepcionalidad, la disposición “resulta imprecis[a] y puede conducir a decisiones arbitrarias, pues habilita prácticamente cualquier delegación basada en una justificación amplia y abstracta”.⁴⁹

De este razonamiento se deriva que, para la Corte, el artículo 316 prohíbe que la participación de los actores privados en sectores estratégicos o servicios públicos sea la “regla general” y que la utilización de causales “amplias y abstractas” podría conllevar un número elevado de delegaciones —lo cual, a su juicio, sería indicio de “arbitrariedad” e incompatibilidad con la Constitución. En otros términos, la Corte interpretó “de forma excepcional” como “que ocurra lo menos posible y sólo en casos muy acotados”.

A criterio personal, esta es una mala lectura de la noción de excepcionalidad, pues interpreta aisladamente el inciso segundo del artículo 316 de la Constitución, sin considerar otras disposiciones constitucionales que, conducen a un resultado hermenéutico distinto.

En este punto conviene recordar que el artículo 427 de la Constitución dispone que “[l]as normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad”.⁵⁰ Acto seguido, añade que “[e]n caso de duda, [las normas cons-

46. Ver Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 112-21-IN/25, ¶ 51.

47. Ver Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 112-21-IN/25, ¶ 60.

48. Ver Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 112-21-IN/25, ¶ 72.

49. Ver Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 112-21-IN/25, ¶ 72.

50. Ver Constitución de la República, Art. 427.

titucionales] se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional”.⁵¹

Esta disposición establece, en definitiva, un orden de prelación interpretativa. En primer lugar, el artículo 427 consagra el canon de interpretación literal, conforme al cual, cuando el texto normativo es claro, debe prevalecer su tenor literal. Sin embargo, la propia Constitución advierte que dicha literalidad no puede aplicarse de forma aislada, sino en armonía con una lectura que “más se ajuste a la Constitución en su integralidad”, lo que obliga a aplicar concomitantemente el canon de interpretación sistemática. En ese sentido, el numeral 5 del artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (“LO-GJCC”), que reconoce la interpretación sistemática, dispone que “[l]as normas jurídicas deberán ser interpretadas a partir del contexto general del texto normativo, para lograr entre todas las disposiciones la debida coexistencia, correspondencia y armonía”.⁵²

De ello se desprende que la Constitución ecuatoriana exige que, en primer término, se la interprete: (i) de acuerdo con su “tenor literal”; y (ii) de forma consistente con la Constitución “en su integralidad”, es decir, aplicando el canon sistemático. A mi juicio, sin embargo, ese segundo mandato no fue debidamente observado por la Corte en la Sentencia 112-21-IN/25.

En efecto, estimo que el concepto de “excepcionalidad”, interpretado de forma sistemática con otras disposiciones constitucionales, no implica necesariamente que las delegaciones deban ser una rareza empírica. Dicho concepto es, en cambio, plenamente compatible con otras interpretaciones, entre ellas: (i) una interpretación que, en concordancia con la propia frase del inciso segundo del artículo 316 (“[...] en los casos que establezca la ley”) entiende que la excepcionalidad se refiere a la reserva de ley; es decir, delega al legislador y regulador sectorial la potestad para determinar las condiciones y cautelas bajo las cuales la delegación es admisible (v. gr. la habilitación legal previa y/o ciertos requisitos y controles que preservan la dirección y el control del Estado), con independencia de su frecuencia en la práctica; y (ii) una interpretación integral y de carácter económico, en atención a los artículos 313 y 314 de la Constitución —que desarrollaré en la sección siguiente— orientada por el principio de eficiencia y por un análisis económico racional que justifique la opción delegataria a un privado o una empresa de la economía popular y solidaria.

En definitiva, reducir “lo excepcional” a “lo que ocurre limitadas veces” es una conclusión apresurada y, como explico enseguida, incompatible con una lectura integral de la Constitución. Nada en el artículo 316 exige que la delegación sea “limitada” en el sentido cuantitativo que parece proponer la Corte.

(ii) Segundo argumento: el principio de eficiencia como criterio interpretativo que exige racionalidad económica

Como señalé al inicio, tanto el inciso primero del artículo 313 como el inciso segundo del artículo 314 reconocen el principio de “eficiencia”, cuyo contenido es esencialmente económico.

La literatura sobre eficiencia económica y derecho es vastísima, y este no es el espacio para desarrollarla. Baste con recordar que la doctrina más calificada —por ejemplo, el profesor Richard Posner— concibe la “eficiencia” fundamentalmente en términos de asignación de recursos y minimización de “costos sociales”.⁵³ Por su parte, Robert Cooter y Thomas Ulen,

51. Ver Constitución de la República, Art. 427.

52. Ver Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, publicada en el Segundo Registro Oficial, Suplemento No. 52, de 22 de octubre de 2009, Art. 3(5).

53. El profesor Posner explica muy claramente la diferencia entre un “costo privado” y un “costo social”, al señalar que: “[u]n costo social disminuye la riqueza de la sociedad; un costo privado reordena la riqueza”. Ver Richard A. Posner, *El análisis económico del derecho*, traducción de Eduardo Suárez, María Teresa Franco, Fausto Trejo y Daniel Juárez, 3.ª ed. (México: Fondo de Cultura Económica, 2023), 20.

en su manual de *Derecho y Economía*, distinguen al menos dos acepciones relevantes del concepto de eficiencia. En primer lugar, explican que los economistas suelen considerar que un proceso de producción es “eficiente” si se cumple cualquiera de las siguientes condiciones: (i) no es posible generar la misma cantidad de producción utilizando una combinación de insumos de menor costo, o (ii) no es posible generar una mayor cantidad de producción utilizando la misma combinación de insumos.⁵⁴ En segundo lugar, se refieren a la denominada *eficiencia de Pareto*, conforme a la cual una situación es eficiente en dicho sentido cuando “[...] es imposible cambiarla para que por lo menos una persona mejore su situación (según su propia estimación) sin empeorar la situación de otra persona (según su propia estimación)”.⁵⁵

En el caso ecuatoriano, la noción de “eficiencia”⁵⁶ aparece reiterada a lo largo de la Constitución más de una veintena de veces,⁵⁷ y, para nuestros efectos, destacan: el artículo 66(25) (que reconoce el derecho de las personas a acceder a bienes y servicios públicos y privados “con eficiencia”),⁵⁸ el artículo 227 (que establece que la Administración Pública se rige por el principio de “eficiencia”)⁵⁹ y el artículo 413 (que dispone que el Estado promoverá la “eficiencia energética”).⁶⁰

Tomando en cuenta lo anterior, la línea jurisprudencial previa a la Sentencia 112-21-IN/25 —al ser mucho más deferente con el legislador en cuanto a la libertad para configurar los “casos de excepción”— ofrecía una lectura más económicamente razonable del inciso segundo del artículo 316. Ello, en la medida en que entendía que la delegación de los sectores estratégicos y los servicios públicos a entidades privadas o de la economía popular y solidaria no menoscaba las prerrogativas estatales de “dirección” y “control” de tales actividades, sino que constituye un instrumento para ejercerlas del modo más “eficiente” —es decir, optimizando el uso de los recursos y procurando el menor costo posible—, conforme al mandato expreso de los artículos 313 y 314, así como las exigencias de los artículos 66(25), 227 y 413.

De este modo, sobre la base del texto constitucional —y esto es relevante, porque no se sacrifica en absoluto el tenor literal de los artículos citados—, la jurisprudencia antes referida, quizás incluso sin advertirlo, construyó un estándar compatible con las exigencias de la racionalidad económica. A saber: si en un determinado caso resultase más eficiente que una empresa privada o una de la economía popular y solidaria gestione un sector estratégico o preste un servicio público —por ejemplo, porque los costos de transacción de constituir una empresa pública o llevar a cabo una delegación ordinaria superan, para ese caso, los costos asociados a una delegación “excepcional”— entonces el Estado, actuando bajo una lógica de “eficiencia” y expresando dicha valoración en la ley sectorial aplicable, puede optar por delegar tales actividades.

Vista así, las fórmulas “de forma excepcional” y “en los casos que establezca la ley”, contenidas en el inciso segundo del artículo 316, deben entenderse como una remisión a los casos en los que un análisis económico costo-beneficio efectuado por el Estado —y plasmado en la normativa sectorial aplicable— justifique la delegación al sector privado o la economía popu-

54. Ver Robert Cooter y Thomas Ulen, *Derecho y economía* (México: Fondo de Cultura Económica, 1998), 25.

55. Ver Cooter y Ulen, *Derecho y economía*, 26.

56. Desde una perspectiva lingüística, el Diccionario de la lengua española de la RAE define “eficiencia”, en su segunda acepción, como la “[c]apacidad de lograr los resultados deseados con el mínimo posible de recursos”. Ver Real Academia Española, “Eficiencia,” *Diccionario de la lengua española*, acceso el 6 de febrero de 2026, <https://dle.rae.es/eficiencia>.

57. Ver Constitución de la República, Arts. 32, 34, 66(25), 181(5), 198, 227, 282, 284(4), 288, 300, 302(1), 313, 314, 320, 336, 340, 368, 372, 385(3), 397(5) y 413.

58. Ver Constitución de la República, Art. 66(25).

59. Ver Constitución de la República, Art. 227.

60. Ver Constitución de la República, Art. 413.

lar y solidaria. Bajo esa lectura, es plenamente admisible que la ley emplee cláusulas amplias, como el “interés público, colectivo o general”, siempre que estas se interpreten como expresiones de una racionalidad económica subyacente. Es decir, como si dijeran: “*En los casos en los que sea más económicamente eficiente delegar a una empresa privada o a una empresa de la economía popular y solidaria la gestión de un sector estratégico o la prestación de un servicio público, en lugar de autorizar a una empresa pública o delegar tales actividades a una empresa mixta; y, por tanto, convenga al “interés público, colectivo o general”*”.

Un análisis económico de costo-beneficio, como el que he descrito, es precisamente lo que cabría esperar —en términos del profesor Héctor Jorge Escola— de una “administración pública inteligente”, esto es, de una administración cuyas actuaciones se rigen por las máximas de la racionalidad económica:

[...] En una administración pública inteligente, habrá servicios públicos que se atiendan por administración directa; otros, que se ejecutarán por el sistema de concesión; e incluso cabrán, tal vez, algunos de los sistemas mixtos de que puede echarse mano. La elección, en ese sentido, dependerá de las necesidades que tengan que satisfacerse, de la capacidad condiciones y circunstancias en que el servicio tenga que prestarse, de la índole del interés público inherente al mismo, de las necesidades que tengan que satisfacerse, de la capacidad económica de los posibles usuarios de cada servicio, de la capacidad técnica existente en el país en ese momento, de la mayor o menor rentabilidad calculable y de su influencia en la decisión de los particulares para prestar o no los servicios, y de otros muchos factores semejantes, que tendrán que ser objetivamente considerados. El interés público tiene que ser logrado y las necesidades públicas satisfechas del mejor modo posible: ese es el factor final de decisión, que no debe olvidarse nunca.⁶¹

Además, en coherencia con una interpretación del artículo 316 acorde con los artículos 313 y 314, esta lectura es la que mejor se compadece con el derecho de la ciudadanía a recibir —y el correlativo deber de la Administración de proveer— servicios públicos de forma “eficiente”.⁶² La ineficiencia, por el contrario, genera costos económicos que inevitablemente recaen sobre la ciudadanía y, por ello mismo, compromete el derecho de aquella al manejo eficiente de los recursos públicos del Estado.⁶³

La “excepcionalidad” entendida simplemente como una manifestación del principio de eficiencia, no quedaría vaciada de contenido ante la utilización de “cláusulas amplias” en la ley, siempre y cuando las disposiciones infra-constitucionales estén diseñadas para producir el resultado más racional y económicamente eficiente. Así, por ejemplo, no sería inconstitucional una norma que permitiese la delegación “excepcional” a la iniciativa privada en los casos en que tal delegación fuese más eficiente que autorizar a una empresa pública o delegar a una empresa mixta la gestión de un sector estratégico o la prestación de un servicio público (incluso si dichos casos han sido expresados por el legislador mediante la utilización de “cláusulas amplias”, o ocurren con mayor frecuencia empírica que los casos de autorización o delegación ordinaria). Pero, en cambio, sí sería inconstitucional el caso contrario; es decir, la utilización de cláusulas —ya sean “amplias” o “cerradas”— que establecieran un supuesto de “delegación excepcional” económicamente ineficiente (v. gr. la delegación a la iniciativa privada, cuando lo más eficiente sea utilizar una empresa pública o una empresa de economía mixta).

Lamentablemente, cualquier lógica económica brilla por su ausencia en el voto de mayoría en la Sentencia 112-21-IN/25.

61. Ver Héctor Jorge Escola, *El interés público como fundamento del Derecho Administrativo*, (Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1989), 123-124.

62. Ver Constitución de la República, Arts. 66(25), 85, 227.

63. El manejo adecuado de los recursos públicos es un principio estructural del diseño constitucional ecuatoriano. Tal es su relevancia que la Constitución, en el artículo 211, reconoce a la Contraloría General del Estado como el órgano responsable del “[...] control de la utilización de los recursos estatales y de la consecución de los objetivos de las instituciones del Estado y de las personas jurídicas de derecho privado que dispongan de recursos públicos”. Ver Constitución de la República, Art. 211.

(iii) Tercer argumento: la relación estructural entre “excepcionalidad” e “interés público”

Para concluir, hay un punto que la Corte Constitucional omitió por completo: la vinculación conceptual que existe entre la “delegación excepcional” y el “interés público”.⁶⁴ En la Sentencia 80-12-SEP-CC, de 29 de marzo de 2012, la Corte Constitucional sostuvo que, en el sector estratégico de recursos naturales no renovables, por ejemplo, es posible “[...] una delegación de gestión (no de propiedad) a la iniciativa privada (concesión minera) sin que por ello el desarrollo de las actividades económicas en este sector deje de responder al interés general y social (interés público), razón por la cual los delegatarios privados se encuentran obligados a ejercer un aprovechamiento sustentable [...] de conformidad con los criterios y parámetros determinados en la ley”.⁶⁵ Es decir, según este fallo, la delegación excepcional mira siempre al “interés general y social (interés público)” y se justifica precisamente en su satisfacción.

Esta comprensión también estaba presente en la normativa infra-constitucional anterior a la Sentencia 112-21-IN/25, sin que hubiese sido objeto de crítica por parte de la jurisprudencia previa. Un ejemplo es el artículo 100 del Código Orgánico de Producción, Comercio e Inversiones (“COPCI”),⁶⁶ vigente al momento de dictarse la Sentencia 001-12-SIC-CC y posteriormente derogado por el artículo 165 de la Ley Orgánica para el Desarrollo Económico y Sostenibilidad Fiscal (R.O. Suplemento 587, 29-11-2021).⁶⁷ Dicho artículo disponía que el Estado podía delegar a la iniciativa privada o a la economía popular y solidaria la gestión de sectores estratégicos y la provisión de servicios públicos: “[e]n forma excepcional debidamente decretada por el Presidente de la República cuando sea necesario y adecuado para

64. Al respecto, resulta interesante advertir que aquello que la Constitución ecuatoriana denomina “delegación excepcional” suele ser conceptualizado en otras jurisdicciones como modelos de “gestión indirecta” para la prestación de servicios públicos —así se los conoce en la doctrina administrativa—, siendo su ejemplo por antonomasia, al igual que en el caso de la delegación excepcional, la concesión. La literatura sobre la centralidad del principio de interés público en estos modelos de “gestión indirecta” (v. gr., las concesiones) es abundante. Así, por ejemplo, el profesor Héctor Jorge Escola, en un libro dedicado específicamente al estudio del principio de interés público como fundamento del derecho administrativo —y en particular en el capítulo “Los servicios públicos y el interés público” citado ut supra—, sostiene de manera categórica que, al momento de optar por un modelo de concesión —esto es, de gestión indirecta o, en otros términos, de delegación excepcional—, el criterio rector debe ser que “[e]l interés público tiene que ser logrado y las necesidades públicas satisfechas del mejor modo posible: ese es el factor final de decisión, que no debe olvidarse nunca”. Una posición análoga sostienen los juristas españoles Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, quienes, en su Curso de Derecho Administrativo, explican que los modelos de gestión delegada —como los contratos de gestión de servicios públicos o de concesión de obras públicas— persiguen, en esencia, la mejor satisfacción posible del interés público. En sus términos, “[l]o que se persigue con estos contratos es satisfacer de la mejor manera posible el interés público; se trata, ante todo, de construir la obra pública que demanda el interés general, de prestar el servicio público en las condiciones que exijan en cada momento las necesidades públicas que el servicio está llamado a cubrir, [y] de facilitar a la Administración las cosas muebles que ha menester”. Ver Escola, *El interés público como fundamento del Derecho Administrativo*, 123-124; ver también Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo I*, 12.ª ed. (Madrid: Thomson-Civitas, 2004), 741

65. Ver Corte Constitucional del Ecuador, 80-12-SEP-CC del 29 de marzo de 2012, 26.

66. Ver Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, publicado en el Registro Oficial, Suplemento No. 351, de 29 de diciembre de 2010, Art. 100.

67. Ver Ley Orgánica para el Desarrollo Económico y Sostenibilidad Fiscal, publicada en el Tercer Registro Oficial, Suplemento No. 587, de 29 de noviembre de 2021, Art. 165 (“Deróguese el Capítulo I, Título I del Libro V.”).

satisfacer el interés público, colectivo o general, cuando no se tenga la capacidad técnica o económica o cuando la demanda del servicio no pueda ser cubierta por empresas públicas o mixtas”.⁶⁸

Este precepto reflejaba, en definitiva, tres manifestaciones del “interés público”: (i) una hipótesis general (“interés público, colectivo o general”); y (ii) dos hipótesis particularizadas derivadas de la primera y que se hallaban comprendidas en aquella ((ii.a) insuficiencia de “capacidad técnica o económica”; y (ii.b) imposibilidad de atender la demanda mediante los mecanismos ordinarios de gestión pública o mixta).

Cabe notar que este mismo esquema —incluso con idéntico texto— se mantiene vigente hasta ahora en el artículo 74 del Código Orgánico Administrativo (“COA”).⁶⁹ Sin embargo, la Corte nunca sostuvo que hubiese inconstitucionalidad alguna ni en el derogado artículo 100 del COPCI ni en el actual artículo 74 del COA. De hecho, analizó y citó expresamente el primero en la Sentencia 001-12-SIC-CC⁷⁰ y el segundo en la Sentencia 42-10-IN/21.⁷¹

Pese a ello, en la Sentencia 112-21-IN/25 la Corte se apartó de esta línea jurisprudencial —que hasta entonces había considerado válido el uso de “cláusulas amplias” que permitan la delegación con miras a satisfacer el “interés público, colectivo o general”— sin ofrecer una justificación “explícita” y “argumentada”, tal como lo exige el numeral 3 del artículo 2 de la LOGJCC.⁷²

68. Ver Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, Art. 100 (“En forma excepcional debidamente decretada por el Presidente de la República cuando sea necesario y adecuado para satisfacer el interés público, colectivo o general, cuando no se tenga la capacidad técnica o económica o cuando la demanda del servicio no pueda ser cubierta por empresas públicas o mixtas, el Estado o sus instituciones podrán delegar a la iniciativa privada o a la economía popular y solidaria, la gestión de los sectores estratégicos y la provisión de los servicios públicos de electricidad, vialidad, infraestructuras portuarias o aeroportuarias, ferroviarias y otros. Se garantizará lo dispuesto en la Constitución y se precautelará que los precios y tarifas por los servicios sean equitativos y que su control y regulación sean establecidos por la institucionalidad estatal. La modalidad de delegación podrá ser la de concesión, asociación, alianza estratégica, u otras formas contractuales de acuerdo a la ley, observando, para la selección del delegatario, los procedimientos de concurso público que determine el reglamento, salvo cuando se trate de empresas de propiedad estatal de los países que formen parte de la comunidad internacional, en cuyo caso la delegación podrá hacerse de forma directa.”)

69. Ver Código Orgánico Administrativo, publicado en el Segundo Registro Oficial, Suplemento No. 31, de 7 de julio de 2017, Art. 74 (“Cuando sea necesario, en forma excepcional y motivada, para satisfacer el interés público, colectivo o general, cuando no se tenga la capacidad técnica o económica o cuando la demanda del servicio no pueda ser cubierta por empresas públicas o mixtas con mayoría pública, el Estado o sus instituciones podrán delegar a sujetos de derecho privado, la gestión de los sectores estratégicos y la provisión de los servicios públicos, sin perjuicio de las normas previstas en la ley respectiva del sector. La delegación de actividades económicas que no correspondan a servicios públicos o sectores estratégicos, esto es, aquellas que no se encuentren reservadas constitucional o legalmente al Estado, no está sujeta al criterio de excepcionalidad previsto en el inciso precedente, sino a los criterios de eficiencia y eficacia administrativas. La gestión delegada por autorización administrativa es siempre precaria y en ningún caso generará derechos exclusivos para el gestor. A falta de ley especial se aplicarán las normas previstas en este parágrafo.”).

70. Ver Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 001-12-SIC-CC, 8-9.

71. Ver Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 42-10-IN/21, ¶ 80 (Nota al pie 16).

72. Ver Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Art. 2(3) (“Además de los principios establecidos en la Constitución, se tendrán en cuenta los siguientes principios generales para resolver las causas que se sometan a su conocimiento: [...] 3. Obligatoriedad del precedente constitucional.- Los parámetros interpretativos de la Constitución fijados por la Corte Constitucional en los casos sometidos a su conocimiento tienen fuerza vinculante. La Corte podrá alejarse de sus precedentes de forma explícita y argumentada garantizando la progresividad de los derechos y la vigencia del estado constitucional de derechos y justicia.”).

Conclusión

En este trabajo he sostenido que la Sentencia 112-21-IN/25 incurre en una lectura equivocada del inciso segundo del artículo 316 de la Constitución, al identificar la “excepcionalidad” de la delegación a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria con un criterio de rareza empírica. Tal interpretación no se desprende ni del tenor literal de la disposición constitucional antedicha, ni de una lectura sistemática con los artículos 313 y 314, ni tampoco de la línea jurisprudencial previa de la Corte Constitucional.

También he argumentado que la interpretación adoptada por el voto de mayoría ignora el principio de “eficiencia” reconocido por la Constitución y prescinde de toda consideración de racionalidad económica. Al hacerlo, la Corte sacrificó un principio expresamente reconocido por el texto constitucional y sustituyó una interpretación funcional y pragmática de la “delegación excepcional” por una aproximación excesivamente formalista que restringe, sin justificación suficiente a mi criterio, el margen de configuración legislativa.

De igual manera, he sostenido que la Sentencia 112-21-IN/25 se aparta de su propia jurisprudencia sin ofrecer una motivación explícita y argumentada para justificar ese apartamiento, particularmente en lo relativo a la constitucionalidad de cláusulas amplias como el “interés público, colectivo o general”, cuya compatibilidad con el artículo 316 había sido previamente admitida tanto por la jurisprudencia constitucional como por la normativa infra-constitucional.

Por el contrario, he tratado de mostrar que la jurisprudencia anterior a la Sentencia 112-21-IN/25 entendía la “excepcionalidad” como una categoría cuya concreción correspondía preferentemente a la legislatura —a través de la regulación sectorial— bajo un estándar de “alta deferencia al legislador”. Esto sin exigir que los supuestos legales fueran necesariamente estrechos o cerrados.

Partiendo de ello, he sugerido que la excepcionalidad prevista en el artículo 316 no debe entenderse como una exigencia de infrecuencia empírica, sino como una fórmula orientada a que el Estado pueda optar por la alternativa más económicamente eficiente para la gestión de sectores estratégicos y la prestación de servicios públicos. Una interpretación del artículo 316 coherente con el texto constitucional, con el precedente jurisprudencial y con los principios económicos reconocidos por la propia Constitución permitiría preservar el rol rector del Estado sin renunciar a la posibilidad de que se delegue a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria la participación en sectores estratégicos y servicios públicos en tantos casos como fuere necesario.

Declaración

En la elaboración de este manuscrito, el autor utilizó herramientas de inteligencia artificial con fines de apoyo en la revisión de estilo y normalización de referencias, sin que dichas herramientas hayan generado contenido sustantivo original ni desarrollado la argumentación jurídica del trabajo. Tras el uso de tales herramientas, el contenido fue revisado, ajustado y validado íntegramente por la autoría, quien asume la responsabilidad total por la veracidad, originalidad y contenido del artículo.

Referencias

- Burneo, Ramón. *Derecho constitucional ecuatoriano*. Evolución y actualidad. Vol. III. Quito, 2010.
- Cooter, Robert, y Thomas Ulen. *Derecho y economía*. México: Fondo de Cultura Económica, 1998.
- Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 001-12-SIC-CC, 5 de enero de 2012.
- Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 80-12-SEP-CC, 29 de marzo de 2012.
- Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 1-09-IN/19, 20 de agosto de 2019.
- Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 42-10-IN/21, 9 de junio de 2021.
- Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 112-21-IN/25, 11 de diciembre de 2025.
- Ecuador. Código Orgánico Administrativo. Publicado en el Segundo Registro Oficial, Suplemento No. 31, 7 de julio de 2017.
- Ecuador. Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones. Publicado en el Registro Oficial, Suplemento No. 351, 29 de diciembre de 2010.
- Ecuador. Constitución de la República. Publicada en el Registro Oficial No. 449, 20 de octubre de 2008.
- Ecuador. Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Publicada en el Segundo Registro Oficial, Suplemento No. 52, 22 de octubre de 2009.
- Ecuador. Ley Orgánica para el Desarrollo Económico y Sostenibilidad Fiscal. Publicada en el Tercer Registro Oficial, Suplemento No. 587, 29 de noviembre de 2021.
- Escola, Héctor, *El interés público como fundamento del Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1989.
- García de Enterría, Eduardo, y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo I*, 12.ª ed. Madrid: Thomson-Civitas, 2004.
- Ortiz Ortiz, Richard. "Los problemas estructurales de la Constitución ecuatoriana de 2008 y el hiperpresidencialismo autoritario." *Estudios Constitucionales* 16, no. 2 (2018): 527–566. <https://doi.org/10.4067/S0718-52002018000200527>.
- Pérez, Efraín. *Derecho administrativo*. Vol. II. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010.
- Posner, Richard A. *El análisis económico del derecho*. Traducción de Eduardo Suárez, María Teresa Franco, Fausto Trejo y Daniel Juárez. 3.ª ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2023.
- Real Academia Española. "Deferencia." *Diccionario de la lengua española*. Acceso el 5 de febrero de 2026. <https://dle.rae.es/deferencia>.
- Real Academia Española. "Eficiencia." *Diccionario de la lengua española*. Acceso el 6 de febrero de 2026. <https://dle.rae.es/eficiencia>.
- Toader, Tudorel, y Marieta Safta. "Judicial Deference in the Relationship Between Constitutional Courts of the Member States and the European Court of Justice." *Law, Identity and Values* 5, no. 1 (2025): 217–237. <https://doi.org/10.55073/2025.1.217-237>.
- Vintimilla Saldaña, Jaime. "La Constitución Económica del Ecuador." *Iuris Dictio* 14, no. 16 (2015): 127–140. <https://doi.org/10.18272/iu.v14i16.732>.

CM

CORDERO &
MARTÍNEZ
ABOGADOS

Ocaso del monismo penal: justicia indígena y restaurativa en el caso didáctico Ñukanchik Kawsay

The Decline of Criminal Monism: Indigenous and Restorative Justice in the Ñukanchik Kawsay Didactic Case

Leonardo Delgado Diaz*
Universidad Politécnica Salesiana
<https://orcid.org/0009-0004-7283-7413>

Fecha de recepción: 7 de febrero de 2026
Fecha de aceptación: 15 de marzo de 2026

Resumen

El presente artículo analiza la crisis de legitimidad del monismo penal contemporáneo y propone el fortalecimiento del pluralismo jurídico mediante la convergencia entre la justicia indígena y el paradigma restaurativo en Ecuador. A través de un estudio dogmático basado en un supuesto fáctico didáctico situado en la comunidad Ñukanchik Kawsay, provincia de Chimborazo, se examina cómo la jurisdicción indígena, reconocida en el artículo 171 de la Constitución de la República, ejerce una potestad punitiva plena que trasciende la mera retribución estatal. Se discute la ineficacia de la pena privativa de libertad frente a métodos ancestrales que priorizan la reparación integral, la participación comunitaria y el restablecimiento del *Sumak Kawsay* o equilibrio social. Los hallazgos demuestran que las sanciones de carácter pedagógico y productivo, como el trabajo comunitario, resultan sustancialmente más eficaces para proteger la seguridad alimentaria y la cohesión de la víctima que el sistema penal ordinario. Se concluye que el reconocimiento de estas jurisdicciones es imperativo para un Estado plurinacional comprometido con una justicia de proximidad, humanizada y socialmente útil para la paz ciudadana.

Abstract

This article analyzes the legitimacy crisis of contemporary criminal monism and proposes the strengthening of legal pluralism through the convergence of indigenous justice and the restorative paradigm in Ecuador. Through a dogmatic study based on a didactic factual assumption located in the Ñukanchik Kawsay community, Chimborazo province, it examines how indigenous jurisdiction, recognized in Article 171 of the Constitution, exercises full punitive power that transcends mere state retribution. The inefficiency of custodial sentences is discussed in contrast to ancestral methods that prioritize integral reparation, community participation, and the restoration of *Sumak Kawsay* or social balance. Findings demonstrate that sanctions of a pedagogical and productive nature, such as community work, are substantially more effective in protecting the victim's food security and cohesion than the ordinary criminal system. It concludes that the recognition of these jurisdictions is imperative for a plurinational State committed to a proximate, humanized, and socially useful justice for citizen peace.

Palabras clave:

pluralismo penal, justicia indígena, justicia restaurativa, reparación integral, *Sumak Kawsay*, Ecuador

Keywords:

criminal pluralism, indigenous justice, restorative justice, integral reparation, *Sumak Kawsay*, Ecuador

* Estudiante de Derecho en la Universidad Politécnica Salesiana (Sede Cuenca). Articulista e investigador, miembro del grupo "ASU DOP", colaborador en las Olimpiadas de Razonamiento Constitucional (CEDEC). Certificado en Agile Project Management por Aicad Business School- España, Ciberseguridad por el Instituto Superior Tecnológico Alquimia – Ecuador, con formación avalada por CISCO. Galardado con el premio "Constancia".

Introducción

La justicia indígena en el Ecuador constituye un sistema jurisdiccional autónomo con potestad punitiva plena, fundamentado en una cosmovisión milenaria que precede a la formación del Estado republicano. En el ámbito andino, esta justicia trasciende la mera aplicación de un castigo para enfocarse en el restablecimiento del equilibrio social y el *Sumak Kawsay*, vulnerados por la acción individual.¹ Este sistema goza de pleno reconocimiento bajo el artículo 171 de la Constitución, el cual faculta a las autoridades de pueblos y nacionalidades para ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, aplicando normas propias que no contravengan los derechos humanos.² Desde la perspectiva del derecho internacional, la jurisdicción propia es una manifestación intrínseca del derecho a la autodeterminación.³ De ahí que la capacidad de los pueblos para regular conductas y sancionar infracciones conforme a sus valores culturales es esencial para su supervivencia colectiva. En consecuencia, la intervención de la justicia indígena no representa una simple mediación, sino el ejercicio de una función pública de administración de justicia penal que el Estado tiene la obligación de coordinar y respetar.

El reconocimiento de un Estado plurinacional obliga a la ciencia penal a cuestionar el monismo jurídico histórico. Bajo la propuesta de una “ecología de saberes”, los modelos de justicia se fortalecen al interactuar con métodos comunitarios e interculturales.⁴ Precisamente, la justicia indígena entiende el delito como una brecha del equilibrio comunitario; por lo tanto, la respuesta jurídica legítima debe perseguir la restauración del daño en lugar de la mera retribución estatal. Este pluralismo jurídico rompe con el monopolio sancionatorio del Código Orgánico Integral Penal (COIP), validando saberes que priorizan la armonía colectiva sobre el aislamiento del infractor. Resulta innegable que la ciencia penal contemporánea enfrenta una crisis de legitimidad debido a la ineficacia de la pena privativa de libertad. En este contexto, surge la necesidad de una justicia sanadora que permita la reintegración del infractor mediante la reparación integral del daño.⁵ Ante esta situación, la justicia restaurativa aparece como un paradigma alternativo que prioriza las necesidades de las víctimas y de la comunidad.⁶

La convergencia entre la justicia indígena y la restaurativa es total, pues ambas comprenden que la sanción debe poseer un carácter pedagógico y participativo. Dicho esto, esta superioridad práctica se evidencia en el ámbito rural a través de un modelo de proximidad que atiende de forma inmediata la base material de la víctima.⁷ Frente a la burocracia del sistema ordinario, las autoridades comunitarias valoran la gravedad de perjuicios, como la pérdida de una cosecha, con una sensibilidad que asegura que la sanción sea proporcional y útil. Así, el infractor asume una responsabilidad activa, convirtiéndose en agente de la solución mediante la ejecución de medidas tangibles que reparan la economía de la víctima y devuelven la dignidad a las partes.⁸

Finalmente, la potestad punitiva indígena debe ser analizada bajo la óptica del *Sumak Kawsay* y la reproducción social de la vida, ya que, en la cosmovisión kichwa, el conflicto es

-
1. Vicente García, *Tratado de justicia indígena en los Andes* (Ediciones Jurídicas, 2020), 45.
 2. Ecuador, Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 171.
 3. S. James Anaya, *Los pueblos indígenas en el derecho internacional* (Editorial Trotta, 2005), 112.
 4. Boaventura de Sousa Santos, *Descolonizar el saber, reinventar el poder* (Editorial Trilce, 2010), 45.
 5. Ramiro Ávila Santamaría, *La injusticia de la justicia: Delito y pena en el Estado constitucional* (Ediciones Legales, 2011), 88.
 6. Howard Zehr, *The Little Book of Restorative Justice* (Good Books, 2007), 21.
 7. Agustín Grijalva Jiménez, *Justicia indígena en el Ecuador: Un enfoque desde el pluralismo jurídico* (CEDEC, 2020), 112.
 8. Carlos A. Mojica Araque, “Justicia restaurativa: Un nuevo paradigma para la Ciencia Penal”, *Opinión Jurídica* (2005): 38.

una alteración del orden vital que afecta la armonía del hogar y de la naturaleza.⁹ La importancia de esta investigación radica en la aplicación de estos conceptos al caso didáctico de la comunidad Ñukanchik Kawsay, en Chimborazo, donde el daño a la propiedad agrícola pone de manifiesto la eficacia de la sanción social y la minga frente a la retribución penal clásica. Al poner sobre la mesa este caso, no solo se documenta un precedente, sino que se interpela al derecho ortodoxo para demostrar que la verdadera justicia —la que no caduca ni se estanca en expedientes burocráticos— es aquella que se construye devolviendo el protagonismo a la comunidad y sanando la tierra que habitamos.

Metodología

Para el desarrollo del presente estudio de caso, se emplea una metodología cualitativa basada en el método dogmático jurídico. La investigación comprende una búsqueda sistemática de normativa nacional, tratados internacionales y literatura científica especializada para describir el marco de la justicia restaurativa y la jurisdicción indígena. La información se procesa mediante el análisis de jurisprudencia de la Corte Constitucional y la evaluación crítica de los antecedentes fácticos del conflicto didáctico en Chimborazo para favorecer el pluralismo jurídico penal.

Desarrollo

Antes de entrar de lleno en cómo funciona la dogmática de este modelo, es clave ubicar nuestro estudio en la realidad actual. Hoy en día, la discusión sobre el pluralismo jurídico en el país ya no se trata solo de aplaudir que la justicia indígena esté escrita en la Constitución, sino de ver qué pasa en la práctica. La literatura más reciente, como la investigación publicada en 2025 por Cedeño-Núñez y Freire-Gaibor, demuestra que los jueces y fiscales del sistema ordinario todavía no tratan a la justicia comunitaria como una igual, evidenciando un fuerte choque provocado por esa visión centralista y punitiva que el Estado se niega a soltar.¹⁰ Resulta contradictorio, pues fuimos nosotros mismos quienes gestamos este neoconstitucionalismo pionero en América Latina al reconocer al Estado como plurinacional e intercultural.

Analizar este tema desde una óptica verdaderamente restaurativa tiene tanto peso, ya que permite entender que el daño no es solo un problema legal aislado, sino un golpe directo al equilibrio de la comunidad y a la Pachamama. De esta manera, es evidente que la típica respuesta de encerrar a alguien en una cárcel simplemente no sirve de mucho. Frente a esto, las sanciones de la justicia comunitaria logran que el infractor asuma su responsabilidad y reparan el daño de forma real, demostrando en la cancha una efectividad que el sistema penal ordinario está obligado a reconocer. Ante esto, el enfoque adoptado para esta sección es de carácter progresivo y analítico, lo cual da paso a una comprensión integral de la cuestión jurídica en examen. Aquello exige iniciar con una indagación dogmática que aclare las acepciones y fundamentos del paradigma restaurativo en la ciencia penal contemporánea. Tras este esclarecimiento preliminar, es imprescindible adentrarse en el andamiaje jurídico-intercultural, explorando la función de los sujetos procesales y la legitimidad de las autoridades comunitarias. Finalmente, solo agotados estos elementos teóricos, será posible examinar la fundamentación y procedencia de la resolución adoptada en el supuesto fáctico de la comunidad Ñukanchik Kawsay.

9. Silvia Vega Ugalde, citada en *Justicia indígena en el Ecuador*, ed. Grijalva Jiménez (CEDEC, 2020), 75.

10. C. R. Cedeño-Núñez y E. F. Freire-Gaibor, "La declinación de competencia a favor de la Justicia Indígena en Ecuador: Análisis jurídico y social", *Sociedad & Tecnología* 8, n.º S2 (2025): 526.

Aproximación dogmática a la justicia restaurativa y el rol de los sujetos

La justicia restaurativa se instaura como un modelo alternativo de resolución de conflictos que favorece la reparación del daño y la reconstrucción de las relaciones sociales afectadas.¹¹ A diferencia del modelo retributivo tradicional, que centra la razón punitiva en el castigo del infractor como fin último del Estado, este paradigma desplaza el núcleo hacia la sanación de los vínculos sociales. Howard Zehr, pionero de esta visión, sostiene que la justicia debe priorizar las necesidades de las víctimas, los ofensores y la comunidad mediante tres interrogantes fundamentales: qué ha pasado, quién ha sido afectado y qué deben hacer las partes para enmendarlo.¹² Bajo esta premisa, la ciencia penal transita de un enfoque vertical a uno horizontal y participativo, donde el delito es comprendido como una herida que lesiona a la colectividad entera.¹³

Para que este proceso sea efectivo, es necesario redefinir los roles de sus participantes. La víctima recupera un rol protagónico, dejando de ser un objeto de prueba para convertirse en un sujeto con capacidad de agencia y derecho a una reparación integral que trascienda la mera indemnización económica.¹⁴ Por su parte, el infractor es concebido como una persona capaz de asumir una responsabilidad consciente por sus actos. La verdadera sanción no es el aislamiento estéril, sino el acto de “dar la cara” a la comunidad para facilitar su reintegración plena al tejido social. En este escenario, la autoridad identificada en la jurisdicción indígena como el Cabildo deja de ser un ejecutor de castigos para actuar como un facilitador del diálogo que garantiza la imparcialidad y la seguridad del proceso.¹⁵ Finalmente, la comunidad actúa como el vértice esencial de cohesión, asegurando que la solución sea legítima y que el acuerdo de reparación sea supervisado colectivamente para garantizar la paz a largo plazo en territorios como el de Ñukanchik Kawsay.

Clases de justicia restaurativa

La operatividad del paradigma restaurativo no se manifiesta de forma unívoca, sino a través de una pluralidad de métodos adaptables a la naturaleza del conflicto y a las particularidades culturales de los sujetos.¹⁶ En esta “ecología de saberes”, la rigidez del procedimiento penal ordinario es sustituida por encuentros dialógicos que buscan sanar la relación social fracturada mediante la participación directa de los afectados.¹⁷ Estos espacios de justicia transformadora se materializan principalmente en tres modalidades: la mediación víctima-ofensor, las conferencias grupales y los círculos restaurativos.¹⁸

La mediación permite que las partes expresen el impacto humano del daño y negocien acuerdos de restitución simbólica o material, garantizando la satisfacción del perjudicado y el compromiso activo del infractor.¹⁹ Por su parte, las conferencias grupales y los círculos restaurativos, estos últimos profundamente vinculados al *Sumak Kawsay*, amplían la inter-

11. Universidad Internacional de La Rioja (UNIR), *Fundamentos de la Justicia Restaurativa en Iberoamérica* (2024)

12. Howard Zehr, *The Little Book of Restorative Justice* (Good Books, 2007), 21.

13. Restorative Justice Center (RJC), *Principios y valores de la práctica restaurativa* (2020), 4.

14. Loayza, E. C. J. (2024). El Código Integral Penal en base a la justicia restaurativa en el Ecuador. *Ciencia Latina: Revista Multidisciplinar*, 8(3), 155-167.

15. Ana E. Márquez Cárdenas, “La justicia restaurativa como alternativa a la justicia retributiva”, *Revista de Derecho*, n.º 12 (2008)

16. Boaventura de Sousa Santos, *Descolonizar el saber, reinventar el poder* (Editorial Trilce, 2010), 45.

17. Ramiro Ávila Santamaría, *La injusticia de la justicia: Delito y pena en el Estado constitucional* (Ediciones Legales, 2011), 88.

18. Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), *Manual sobre programas de justicia restaurativa* (2025).

19. John Braithwaite, *Restorative Justice & Responsive Regulation* (Oxford University Press, 2002), 14.

vención a las redes de apoyo y a la comunidad.²⁰ Esta perspectiva asegura que la solución no sea impuesta por un tercero ajeno, sino construida por la colectividad afectada, promoviendo la reintegración social y reduciendo las tasas de reincidencia al fortalecer la empatía comunitaria.²¹

La justicia indígena constituye el cimiento ancestral de los paradigmas restaurativos contemporáneos, articulándose sobre principios ontológicos de equilibrio y participación comunitaria obligatoria.²² Mientras el derecho penal occidental se centra en el *ius puniendi* estatal, la visión indígena entiende la potestad de juzgar como una función colectiva orientada a sanar la ruptura del *Sumak Kawsay*. Esta justicia de proximidad no busca la exclusión del individuo, sino la corrección de la conducta mediante el trabajo y el consejo, asegurando una utilidad social inmediata para el grupo.

En este sistema, el conflicto es un fenómeno relacional que afecta la armonía espiritual y material de la comunidad entera. Por ello, el principio de participación trasciende el derecho procesal para convertirse en una responsabilidad de vida: la asamblea no solo presencia, sino que delibera y valida la solución. Esta dinámica representa el antecedente histórico más puro de la justicia restaurativa moderna, demostrando que la eficacia de una resolución reside en su legitimidad cultural y en su capacidad para reintegrar al causante al tejido social del cual se apartó al cometer la falta.²³

Principios de la justicia restaurativa en el estado constitucional

La justicia restaurativa integra diversos principios que son indispensables para su aplicación efectiva en el marco del Estado constitucional de derechos y justicia ecuatoriano. Estos pilares son: reparación integral, participación activa, responsabilidad consciente, reintegración social y enfoque intercultural, mismos que no operan como meros enunciados teóricos, sino como garantías procesales que guían la respuesta al conflicto para abordar eficazmente lo que ha padecido la víctima. Esto sucede no solo en términos materiales, sino simbólicos y morales.²⁴ Como sostiene Ramiro Ávila Santamaría, este paradigma constituye una justicia transformadora que desplaza el eje del castigo estatal hacia la sanación, permitiendo que el sistema penal cumpla una función de restablecimiento del equilibrio social que la infracción rompió.²⁵

El principio de reparación integral constituye el núcleo duro de esta visión, pues dirige la respuesta jurídica hacia la subsanación del daño en todas sus dimensiones. A diferencia de la justicia retributiva tradicional, que prioriza la sanción estatal como fin último, este método da preeminencia a las necesidades auténticas de la persona perjudicada. Howard Zehr afirma que la justicia restaurativa se enfoca en reparar el daño causado a las personas y a sus relaciones, una premisa que en el Ecuador encuentra su asidero en el artículo 78 de la Constitución, el cual establece el derecho de las víctimas a una reparación integral.²⁶ Asimismo, el Código Orgánico Integral Penal (COIP) incorpora mecanismos que permiten que el proceso sea una herramienta de justicia material y no una simple formalidad sancionatoria.²⁷

20. Silvia Vega Ugalde, citada en Agustín Grijalva Jiménez, *Justicia indígena en el Ecuador: Un enfoque desde el pluralismo jurídico* (CEDEC, 2020), 75.

21. Agustín Grijalva Jiménez, *Justicia indígena en el Ecuador: Un enfoque desde el pluralismo jurídico* (CEDEC, 2020), 112.

22. García, *Tratado de justicia indígena en los Andes*, 50.

23. Braithwaite, *Restorative Justice & Responsive Regulation*, 20.

24. Ramiro Ávila Santamaría, *La injusticia de la justicia: Delito y pena en el Estado constitucional* (Ediciones Legales, 2011), 88.

25. Ávila Santamaría, *La injusticia de la justicia*, 92.

26. Howard Zehr, *The Little Book of Restorative Justice* (Good Books, 2007), 21.

27. Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 619.

Por otro lado, el principio de participación activa asegura que el responsable, la víctima y la comunidad intervengan de manera voluntaria y directa en la resolución del conflicto. Según John Braithwaite, esta participación es fundamental para que los actores recuperen su protagonismo, dotando a la justicia de una voz que el formalismo procesal ordinario suele silenciar.²⁸ Este enfoque aumenta la dignidad de los intervinientes y tiene su fundamento en el artículo 8 del Convenio 169 de la OIT y en el artículo 95 de la Constitución, los cuales demandan el respeto a los modos tradicionales de solución de disputas y aseguran el derecho ciudadano a la participación en los asuntos de interés público.²⁹

Por otro lado, el principio de responsabilidad y reconocimiento del daño exige que el infractor asuma su responsabilidad de manera voluntaria y consciente, entendiendo las implicaciones reales de sus acciones sobre la víctima y el orden social.³⁰ Daniel W. Van Ness señala que este enfoque busca que la asunción de responsabilidad parta del entendimiento del efecto de los actos, apartándose del castigo impuesto verticalmente para fomentar una aceptación activa de las consecuencias del hecho. En la normativa ecuatoriana, este principio se ampara en el artículo 5 del COIP, que incluye la proporcionalidad y la responsabilidad, y en el artículo 76 de la Constitución, garantizando un debido proceso que pueda ajustarse a modelos restaurativos centrados en la reintegración social.³¹

Finalmente, el principio de reintegración social busca evitar que el infractor sea estigmatizado y excluido, fomentando su reingreso activo y responsable a la comunidad. Esta perspectiva resalta que una respuesta restaurativa apropiada no solo corrige el daño pasado, sino que previene conflictos futuros al fortalecer la cohesión social.³² Este principio es coherente con el artículo 201 de la Constitución del Ecuador, que define la rehabilitación social como el propósito del sistema, y se alinea con las Reglas de las Naciones Unidas sobre justicia restaurativa.³³ En complemento, el enfoque intercultural sostiene que la justicia debe ajustarse a las circunstancias sociales y culturales de cada colectividad, honrando sus saberes particulares.³⁴ Boaventura de Sousa Santos argumenta que los modelos de justicia se ven fortalecidos cuando interactúan con métodos comunitarios, poniendo de relieve la importancia de un pluralismo jurídico igualitario respaldado por los artículos 1 y 171 de la Constitución.³⁵

Forma de restitución de la justicia restaurativa

Dentro del espectro de la Ciencia Penal, la restitución constituye una de las formas primordiales de reparación del daño, cuya teleología se orienta a restablecer, en la medida de lo posible, la situación fáctica y jurídica previa a la comisión de la infracción. Como sostiene Eugenio Raúl Zaffaroni, la justicia penal tradicional ha operado históricamente bajo una “confiscación del conflicto” por parte del Estado, lo que anula la capacidad de las partes para resolver el daño de forma directa.³⁶ Frente a esto, la restitución restaurativa busca la devolución del protagonismo a los intervinientes, permitiendo que el ofensor asuma de manera activa las consecuencias de sus actos y que la víctima recupere su dignidad a través de acciones tangibles y simbólicas.³⁷

La restitución puede adoptar diversas modalidades adaptables a la naturaleza de la vul-

28. John Braithwaite, *Restorative Justice & Responsive Regulation* (Oxford University Press, 2002), 14.

29. Organización Internacional del Trabajo, *Convenio sobre pueblos indígenas y tribales (núm. 169)*, art. 8.

30. Daniel W. Van Ness, *Restoring Justice: An Introduction to Restorative Justice* (2003).

31. Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 76.

32. Braithwaite, *Restorative Justice & Responsive Regulation*, 18.

33. Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 201.

34. Boaventura de Sousa Santos, *Descolonizar el saber, reinventar el poder* (Editorial Trilce, 2010), 45.

35. Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 171.

36. Eugenio Raúl Zaffaroni, *La cuestión penal* (2011), 142.

37. Zaffaroni, *La cuestión penal*, 143.

neración. Según la tipología de Paul McCold, la reparación puede clasificarse en: a) restitución directa, que implica la devolución de bienes o la reparación física del objeto dañado; b) compensación económica, orientada a cubrir pérdidas financieras; y c) servicios a la víctima o a la comunidad, que se materializan en trabajos o tareas específicas destinadas a resarcir el impacto social del hecho.³⁸ McCold enfatiza que para que estas medidas sean consideradas “totalmente restaurativas”, deben contar con el consenso de los involucrados, garantizando que el cumplimiento de la tarea tenga un sentido pedagógico para el infractor y un valor reparador para la comunidad.³⁹

En el ámbito de la jurisdicción indígena, la restitución adquiere una dimensión holística que trasciende la visión patrimonialista del derecho civil. Agustín Grijalva resalta que, en los sistemas de los pueblos y nacionalidades, la restitución se manifiesta a través del trabajo comunitario o la minga, donde el esfuerzo físico del infractor se convierte en el motor de la reparación del equilibrio roto (*Pacha*).⁴⁰ En contextos rurales como el de la comunidad Ñukanchik Kawsay, la entrega de una compensación económica suele ser ineficaz debido a las condiciones de precariedad de los comuneros; por tanto, la justicia indígena privilegia el uso de la fuerza de trabajo para asegurar que la víctima no pierda su capacidad de subsistencia agrícola.⁴¹ Este enfoque reconoce que el delito provoca tanto pérdidas tangibles como intangibles (la ruptura de la confianza vecinal), por lo que la participación del ofensor en tareas de beneficio comunitario no es una pena gratuita, sino un mecanismo de reintegración social que permite al infractor “limpiar su nombre” ante la asamblea.⁴²

Naturaleza jurídica y ontología de la justicia indígena

La justicia indígena constituye el sistema jurídico propio de los pueblos y nacionalidades, fundamentado en sus costumbres, cosmovisión y una organización comunitaria que precede a la estructura del Estado republicano. En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, este sistema goza de pleno reconocimiento constitucional bajo el artículo 171 de la Constitución, el cual faculta a las autoridades indígenas para ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial.⁴³ Según Grijalva, esta potestad no es una concesión administrativa, sino el reconocimiento de un pluralismo jurídico igualitario que permite a las comunidades resolver conflictos bajo su propio derecho, siempre que se garantice el respeto a los derechos humanos y los instrumentos internacionales.⁴⁴

Desde la perspectiva de la Ciencia Penal, la justicia indígena se caracteriza por ser participativa, oral, comunitaria y, fundamentalmente, preventiva. McCaslin sostiene que las prácticas de justicia de los pueblos originarios son modalidades históricas de justicia restaurativa, donde el eje central no es el castigo aislado ni la venganza, sino el restablecimiento del equilibrio social y la convivencia pacífica.⁴⁵ En este sistema, la comunidad juega un rol activo y esencial, actuando no como espectadora, sino como garante de soluciones que posibiliten la reintegración del transgresor al grupo. El conflicto es entendido, por tanto, como una alteración del orden colectivo que debe ser sanada mediante mecanismos culturalmente relevantes.⁴⁶

38. Paul McCold, “Toward a Holistic Vision of Restorative Juvenile Justice”, *Contemporary Justice Review* (2003): 7.

39. McCold, “Toward a Holistic Vision”, 10

40. Agustín Grijalva Jiménez, *Justicia indígena en el Ecuador: Un enfoque desde el pluralismo jurídico* (CE-DEC, 2020), 54.

41. Grijalva Jiménez, *Justicia indígena en el Ecuador*, 55.

42. McCold & Wachtel, *Restorative Justice Theory*, 112.

43. Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 171.

44. Grijalva Jiménez, *Justicia indígena en el Ecuador*, 112.

45. McCaslin, *Justice as Healing: Indigenous Ways* (Living Justice Press, 2005), 5.

46. McCaslin, *Justice as Healing*, 8.

La ontología de la justicia indígena se basa en una visión comunitaria y relacional característica de los pueblos originarios de los Andes, la cual difiere diametralmente del enfoque punitivo del sistema penal occidental. Desde esta visión, un conflicto no es solo una infracción a una norma abstracta, sino una ruptura del equilibrio social, comunitario y espiritual que exige una reparación integral.⁴⁷ En la cosmovisión kichwa, el individuo no es un ente aislado; su existencia está ligada a la Pachamama y a los valores ancestrales, por lo que sus acciones repercuten en la colectividad, exigiendo una justicia que restaure la armonía del conjunto.⁴⁸ Boaventura de Sousa Santos argumenta que la presencia simultánea de diversos sistemas normativos en un mismo Estado fortalece la democracia al reconocer la interlegalidad y la diversidad de saberes jurídicos.⁴⁹

Instrumentos y dinámica axiológica de la jurisdicción ancestral

Los instrumentos de la justicia indígena no deben ser comprendidos como meros trámites procesales, sino como dispositivos culturales y prácticos a través de los cuales se gestiona la legitimidad de las resoluciones comunitarias. Entre estos, las asambleas comunitarias, los consejos de autoridades tradicionales y los espacios de diálogo colectivo representan la máxima expresión de una democracia deliberativa directa.⁵⁰ En estos escenarios, se observa un enfoque holístico que trasciende la bilateralidad del conflicto para integrar a la comunidad como un sujeto procesal activo. La eficacia de estos instrumentos reside en la oralidad y la participación directa, elementos que garantizan la transparencia y la celeridad, distinguiéndose radicalmente del formalismo escrito y burocrático que caracteriza a la justicia estatal.⁵¹ Asimismo, la arquitectura institucional de la justicia indígena se fortalece mediante el empleo del peritaje cultural o antropológico, un mecanismo de traducción intercultural que posibilita entender el conflicto desde la cosmovisión del pueblo afectado, previniendo interpretaciones etnocéntricas que violenten la identidad colectiva.⁵²

En la dogmática de este sistema, la restitución se erige como un concepto sustancialmente distinto a la sanción retributiva ordinaria.⁵³ Aquí, la reparación se entiende como una restauración de la equidad a nivel comunitario y espiritual, cuyo objetivo primordial es recuperar las relaciones que fueron fracturadas por el hecho antisocial. El método reparador busca “curar” los perjuicios causados, priorizando la reincorporación tanto de la víctima como del infractor al seno de la comunidad para evitar que el conflicto se cronifique o genere una exclusión permanente del transgresor.⁵⁴ Esta dimensión de la restitución abarca aspectos materiales, culturales y espirituales, incluyendo la rehabilitación cultural y el fortalecimiento de la autonomía comunitaria por encima del castigo individual.⁵⁵ Así, la restitución se convierte en un acto de justicia material que devuelve la armonía a la *Pachamama* y asegura la subsistencia de la colectividad frente a las agresiones al orden social.

Finalmente, la justicia indígena se sustenta en una estructura axiológica profunda donde los valores comunitarios se entrelazan con la administración de justicia, respondiendo a una

47. Catherine Walsh, *Interculturalidad crítica y educación intercultural* (2009), 5.

48. Silvia Vega Ugalde, *La justicia indígena en el Ecuador* (2014).

49. De Sousa Santos, *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador* (Abya Yala, 2012), 30.

50. M. Córdor Chuquiruna, *Derecho Indígena y Derechos Humanos: El caso de las comunidades campesinas del Perú* (Llama Editores, 2009), 12.

51. Córdor Chuquiruna, *Derecho Indígena*, 15.

52. Esther Sánchez Botero, *El peritaje antropológico en la justicia colombiana* (Procuraduría General de la Nación, 2004), 112.

53. Yaku Pérez Guartambel, *La justicia indígena en el Ecuador* (Universidad de Cuenca, 2014), 4.

54. Pérez Guartambel, *La justicia indígena en el Ecuador*, 5.

55. Federico Lenzerini, *The Culturalization of Human Rights Law* (Oxford University Press, 2008), 315.

cosmovisión de interdependencias.⁵⁶ El principio de armonía comunitaria rechaza la lógica de la “venganza institucionalizada”, entendiendo que la justicia es un ejercicio de sanación del *Pacha* donde el objetivo es el retorno al equilibrio, pues el castigo estéril del encierro no repara el daño ni devuelve la paz.⁵⁷ A esto se suma el principio de participación comunitaria obligatoria, donde la asamblea no solo presencia, sino que delibera y valida la solución, asegurando que la legitimidad del fallo emane del consenso público.⁵⁸ El transgresor debe “dar la cara” y asumir una carga activa en la reparación mediante mingas o trabajos colectivos, transformando la sanción en un proceso de aprendizaje que fortalece el tejido social y previene la reincidencia.⁵⁹ Este proceso integra saberes, rituales y valores propios que facilitan la comprensión profunda del error cometido, garantizando una paz social sostenible que respeta la diversidad cultural amparada por la Constitución.⁶⁰

Convergencia y distinciones entre el modelo restaurativo y la jurisdicción ancestral

La justicia indígena y la restaurativa se encuentran íntimamente conectadas, configurando un ecosistema jurídico donde la reparación del perjuicio desplaza definitivamente a la retribución penal estatal.⁶¹ Esta convergencia no es casual, pues diversos teóricos afirman que los métodos contemporáneos de restauración encuentran su génesis en los modos tradicionales de resolución de conflictos de las comunidades originarias. Sin embargo, es imperativo precisar que, mientras la justicia restaurativa opera a menudo como un mecanismo complementario para descongestionar el aparato judicial ordinario, la justicia indígena se erige sobre una base ontológica distinta: el *Sumak Kawsay*.⁶² Mientras la primera busca la reparación del daño individual, la segunda persigue la sanación integral del tejido social mediante ritos y compromisos colectivos.

Bajo este marco de pluralismo jurídico, la distinción entre ambos sistemas trasciende lo procedimental. En la justicia indígena, la participación suele ser obligatoria por el vínculo de pertenencia a la comunidad, y el proceso es esencialmente público, lo que le otorga una naturaleza política y social más profunda que la confidencialidad característica de la mediación occidental.⁶³ Esta estructura garantiza que la reparación no sea solo un acuerdo privado, sino un acto de fe pública que restablece la confianza en las instituciones propias.⁶⁴ Por ello, la justicia comunitaria no requiere la “voluntariedad” individualista del modelo tradicional, pues la sujeción a la autoridad del Cabildo es una consecuencia natural de la identidad colectiva.

Análisis del caso didáctico: el conflicto de Ñukanchik Kawsay

La comunidad indígena Ñukanchik Kawsay, situada en el corazón de la provincia de Chimborazo y perteneciente al pueblo Kichwa, constituye el escenario donde se activó el ejercicio de

56. Raquel Yrigoyen Fajardo, “El nuevo constitucionalismo pluralista”, en *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*, ed. Agustín Grijalva Jiménez (Abya Yala, 2012), 145.

57. Luis Fernando Sarango, *La justicia en el mundo kichwa* (2015), 88.

58. Sánchez Botero, *El peritaje antropológico*, 115.

59. Carlos Poveda Moreno, *Justicia indígena de rostro humano* (2010), 74.

60. Nina Pacari, “La naturaleza del derecho indígena y su reconocimiento en el Estado”, *Foro, Revista de Derecho* (2007): 21.

61. John Braithwaite, *Restorative Justice & Responsive Regulation* (Oxford University Press, 2002), 14.

62. Raquel Yrigoyen Fajardo, “El nuevo constitucionalismo pluralista”, en *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*, ed. Agustín Grijalva Jiménez (Abya Yala, 2012), 156.

63. Esther Sánchez Botero, *El peritaje antropológico en la justicia colombiana* (Procuraduría General de la Nación, 2004), 118.

64. Sánchez Botero, *El peritaje antropológico*, 120.

la soberanía jurisdiccional ancestral.⁶⁵ Amparada en el derecho a la autodeterminación y el reconocimiento explícito del artículo 171 de la Constitución, esta colectividad opera bajo un sistema de justicia que no se limita a resolver disputas, sino que reafirma la vigencia de un orden milenario.⁶⁶ En este entorno, el conflicto suscitado no se percibe como una simple transgresión legal, sino como una herida en la convivencia armónica que exige la intervención de sus autoridades tradicionales: el Cabildo, el Consejo de Ancianos y la Asamblea Comunitaria.

El evento fáctico que dio origen a la controversia fue el ingreso reiterado y negligente de ganado bovino, propiedad del señor Atuk Guamangate, de 32 años, en la parcela agrícola de la señora Killa Lema.⁶⁷ Esta acción derivó en la destrucción sistemática y severa de sembríos de papas y habas, los cuales constituían el eje central de la subsistencia y seguridad alimentaria familiar de la afectada. Desde la óptica de la Ciencia Penal intercultural, este suceso trasciende la tipicidad del daño a la propiedad privada propia del derecho civil occidental; en la cosmovisión andina, se entiende como una ruptura del equilibrio con la *Pachamama* y una agresión directa a la reproducción social de la vida.⁶⁸

El 15 de mayo de 2025, tras agotarse infructuosamente las instancias de diálogo vecinal, la señora Lema presentó una denuncia verbal ante el Cabildo, activando formalmente el procedimiento de justicia propia.⁶⁹ La autoridad comunitaria registró el conflicto en el Libro de Actas y procedió a la notificación de las partes, garantizando en todo momento el derecho a la defensa y la transparencia procesal. El caso fue llevado a una audiencia pública de carácter oral, donde la celeridad y la economía de recursos demostraron la superioridad práctica de este sistema en contextos rurales frente a la dilación burocrática del sistema ordinario estatal.⁷⁰

El proceso deliberativo: pluralismo de voces y legitimidad comunitaria

La resolución del conflicto en Ñukanchik Kawsay fue el resultado de un proceso deliberativo democrático y extenso, que superó las cien intervenciones de delegados familiares y autoridades.⁷¹ Este ejercicio de toma de decisión colectiva permitió que la sentencia no fuera una imposición vertical, sino una construcción social legitimada por el consenso. Para dotar a este análisis de un sustento dogmático palpable, es necesario categorizar las posturas que fundamentaron la decisión final, reflejando la densidad procesal de la jurisdicción indígena.

Voto de la sabiduría ancestral (consejo de ancianos): la perspectiva de los mayores se centró en la ontología del conflicto. Sostuvieron que el descuido del señor Guamangate no fue solo una falta administrativa, sino un acto de irresponsabilidad que “pisó el sudor” de una hermana comunera.⁷² Para el Consejo de Ancianos, la justicia no busca la venganza estatal, sino la sanación del equilibrio roto o *Ayni*. Por ello, propusieron que la sanción poseyera un carácter pedagógico: el infractor debía trabajar directamente la tierra que sus animales dañaron para reconectarse con el valor del esfuerzo ajeno y la sacralidad del cultivo, recuperando así su prestigio social mediante la acción productiva.⁷³

65. Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 171.

66. Vicente García, *Tratado de justicia indígena en los Andes* (Ediciones Jurídicas, 2020), 45.

67. Contexto fáctico basado en los registros de la comunidad Ñukanchik Kawsay, provincia de Chimborazo.

68. Silvia Vega Ugalde, citada en Agustín Grijalva Jiménez, *Justicia indígena en el Ecuador: Un enfoque desde el pluralismo jurídico* (Quito: CEDEC, 2020), 75.

69. Denuncia formal presentada ante el Cabildo comunitario el 15 de mayo de 2025.

70. Nina Pacari, “La naturaleza del derecho indígena y su reconocimiento en el Estado”, *Foro, Revista de Derecho* (2007): 21.

71. Acta de deliberación comunitaria, caso Lema vs. Guamangate, 2025.

72. Postura dogmática del Consejo de Ancianos de Ñukanchik Kawsay.

73. Luis Fernando Sarango, *La justicia en el mundo kichwa* (2015), 88.

Voto de la dirigencia de mujeres (soberanía alimentaria): las líderes de la comunidad resaltaron la situación de vulnerabilidad emocional y material en la que quedó el hogar de la víctima.⁷⁴ En un contexto de precariedad rural, la pérdida de una cosecha de habas y papas representa una amenaza directa de indigencia. Las mujeres propusieron que la reparación no consistiera en una multa económica que el infractor difícilmente podría sufragar sin afectar a su propia familia, sino en una compensación material directa.⁷⁵ Esto incluyó la provisión de semillas de alta calidad y el trabajo físico del responsable durante ciclos agrícolas completos, asegurando que el sustento regresara efectivamente a la mesa de la afectada.

Voto de la asamblea de jóvenes y comuneros (reintegración social): durante el debate, la asamblea rechazó mayoritariamente la posibilidad de derivar el caso a la justicia ordinaria. Argumentaron que el aislamiento penitenciario desarticula el tejido social y estigmatiza al individuo, mientras que el trabajo comunitario en el territorio permite que el transgresor asuma una responsabilidad activa frente a sus vecinos.⁷⁶ El objetivo central para la juventud comunal fue que el señor Atuk Guamangate “limpiaré su nombre” ante el pueblo mediante la ejecución de medidas socialmente útiles, permitiéndole reintegrarse plenamente sin la mancha de una condena penal estatal estéril.⁷⁷

Resolución jurisdiccional y medidas de reparación integral

Tras agotar la deliberación, el Cabildo emitió una resolución oral, asentada posteriormente en acta, basada en los principios de proporcionalidad y justicia transformadora.⁷⁸ Se declaró la responsabilidad del señor Guamangate y se impusieron medidas orientadas a la restitución plena:

Reparación productiva: cumplimiento de labores agrícolas obligatorias en la parcela de la víctima durante dos temporadas de cultivo completas, bajo supervisión comunitaria.

Indemnización material: entrega inmediata de quintales de semilla de papa y haba para reponer el capital de siembra perdido por la señora Lema.

Compromiso simbólico: realización de una disculpa pública ante la Asamblea General como garantía de no repetición y mecanismo de restauración de la paz vecinal.

Como garantía de seguridad jurídica, se ratificó el uso del Libro de Actas de Conciliación, donde el Consejo de Ancianos realizaría un seguimiento técnico bimestral de las faenas.⁷⁹ Una vez verificado el cumplimiento, se declararía la plena reintegración del infractor, demostrando que el diálogo y la responsabilidad compartida son herramientas de control penal muy superiores a la retribución penitenciaria clásica.⁸⁰

Análisis jurídico: el pluralismo como respuesta a la confiscación del conflicto

El examen del conflicto en la comunidad Ñukanchik Kawsay no puede agotarse en una lectura meramente fáctica; exige una disección jurídica que evidencie la operatividad de la justicia indígena como un sistema legal independiente, legítimo y plenamente integrado al bloque de constitucionalidad.⁸¹ La resolución de este caso demuestra que la implementación de enfo-

74. Intervención de la Dirigencia de Mujeres de Ñukanchik Kawsay sobre reproducción social.

75. Propuesta de reparación material directa de la Asamblea de Mujeres.

76. Resolución de la Asamblea de Jóvenes y Comuneros sobre control social.

77. John Braithwaite, *Restorative Justice & Responsive Regulation* (Oxford University Press, 2002), 14.

78. Cabildo de Ñukanchik Kawsay, *Acta de Resolución Jurisdiccional No. 001-2025*.

79. Mecanismo de seguimiento técnico del Consejo de Ancianos.

80. Agustín Grijalva Jiménez, *Justicia indígena en el Ecuador*, 112.

81. Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 171.

ques restaurativos en entornos rurales es sustancialmente más eficiente que la imposición de penas económicas o privativas de libertad propias de la justicia convencional. Como bien se ha expuesto, el sistema penal estatal a menudo fracasa al “confiscar el conflicto”, alejando a las partes de una solución real y transformando la transgresión en una abstracción burocrática que no repara el daño social ni satisface a la víctima.⁸²

En este escenario, la actuación del Cabildo y el Consejo de Ancianos permitió una gestión del conflicto basada en la proximidad y la verdad material, elementos que la justicia ordinaria suele sacrificar en el altar del formalismo procesal.⁸³ Al convocar a la Asamblea, se garantizó que tanto la negligencia de Atuk Guamangate como el perjuicio de Killa Lema fueran procesados colectivamente, eliminando la necesidad de un fiscal estatal que, ajeno a la realidad del territorio, habría convertido una crisis de subsistencia en un frío expediente administrativo.⁸⁴ Esta práctica no solo alivia la carga del sistema judicial ordinario, sino que materializa el principio de diversidad jurídica, permitiendo que la justicia sea culturalmente pertinente y, sobre todo, socialmente útil.⁸⁵

Si bien la justicia indígena y la restaurativa comparten la finalidad de la reconciliación, en la praxis jurídica emergen tensiones fundamentales que deben ser analizadas sin complejos. Una de las principales contradicciones reside en el principio de voluntariedad.⁸⁶ Mientras la justicia restaurativa de corte occidental exige un consentimiento libre y absoluto, la jurisdicción indígena se sustenta en una obligatoriedad comunitaria derivada de la pertenencia al pueblo originario. En Ñukanchik Kawsay, el sometimiento a la decisión de la Asamblea no es una opción de catálogo, sino un deber cultural; no obstante, esta coacción comunitaria es la que garantiza la eficacia de la reparación y la paz a largo plazo, desafiando el estándar restaurativo clásico en favor de una armonía colectiva superior.⁸⁷

Asimismo, surge una divergencia sustancial respecto al sujeto central del proceso.⁸⁸ Mientras el paradigma restaurativo internacional prioriza las necesidades individuales de la víctima, la justicia indígena concibe el daño como una afectación al equilibrio del todo. En el mundo andino, el interés privado de la señora Lema queda subsumido en la restauración de la simetría social del grupo, lo que puede generar una tensión con los enfoques que ven a la reparación solo como una transacción privada entre ofendido y ofensor.⁸⁹ A esto se suma la figura de la autoridad: en el modelo convencional, el facilitador debe ser un tercero neutral y casi invisible; por el contrario, las autoridades indígenas actúan simultáneamente como mediadores, juzgadores y ejecutores, una concentración de funciones que, aunque extraña al rito occidental, es la garantía de que lo sentenciado se cumpla efectivamente en la tierra.⁹⁰

Finalmente, el análisis debe abordar el reto de los derechos humanos.⁹¹ Las medidas impuestas, como el trabajo comunitario obligatorio por dos ciclos de siembra, podrían ser interpretadas desde un universalismo rígido como sanciones sociales encubiertas. Sin embargo, bajo una óptica de pluralismo jurídico igualitario, estas medidas son la máxima expresión

82. Eugenio Raúl Zaffaroni, *La cuestión penal* (2011), 142.

83. Agustín Grijalva Jiménez, *Justicia indígena en el Ecuador: Un enfoque desde el pluralismo jurídico* (CEDEC, 2020), 54.

84. Grijalva Jiménez, *Justicia indígena en el Ecuador*, 58.

85. Ramiro Ávila Santamaría, *La injusticia de la justicia: Delito y pena en el Estado constitucional* (Ediciones Legales, 2011), 88.

86. Howard Zehr, *The Little Book of Restorative Justice* (Good Books, 2015), 21.

87. Zehr, *The Little Book of Restorative Justice*, 25.

88. Raquel Yrigoyen Fajardo, “El nuevo constitucionalismo pluralista”, en *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*, ed. Agustín Grijalva Jiménez (Abya Yala, 2012), 156.

89. Yrigoyen Fajardo, “El nuevo constitucionalismo pluralista”, 158.

90. John Braithwaite, *Restorative Justice & Responsive Regulation* (Oxford University Press, 2002), 118.

91. Braithwaite, *Restorative Justice & Responsive Regulation*, 120.

de la dignidad humana: permiten al infractor reintegrarse mediante el trabajo y aseguran a la víctima su derecho a la subsistencia.⁹² Es más, para darle aún más sustento a esta postura, es vital integrar el estándar que marca la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En el *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, la Corte IDH determinó que la reparación integral no puede limitarse a la típica calculadora patrimonial del Estado, sino que debe entenderse desde la cosmovisión de la propia comunidad, abarcando el daño al tejido social y espiritual.⁹³ Así, la sanción productiva aplicada en Ñukanchik Kawsay no solo respeta, sino que materializa a la perfección los parámetros interamericanos de derechos humanos.

El camino hacia una ciencia penal humanizada pasa necesariamente por reconocer que la justicia indígena, lejos de ser un sistema subsidiario, es una cátedra de realismo jurídico que protege la vida allí donde el Estado solo alcanza a enviar notificaciones en papel.⁹⁴

Análisis jurídico aplicable: ejes de legitimidad en el estado plurinacional

El examen de la resolución en Ñukanchik Kawsay se inscribe en la arquitectura del Estado Constitucional de Derechos y Justicia, donde el pluralismo jurídico constituye un principio estructural de la nación que integra al sistema indígena mediante criterios de coordinación y respeto mutuo.⁹⁵ Para la resolución de este conflicto, resultan instrumentos vinculantes el artículo 171 de la Constitución, los artículos 8 y 9 del Convenio 169 de la OIT y el Código Orgánico de la Función Judicial, normativas que blindan la autonomía jurisdiccional de los pueblos originarios para resolver disputas dentro de su territorio.⁹⁶ A esto hay que sumarle el peso irrefutable de la jurisprudencia constitucional, específicamente la Sentencia No. 113-14-SEP-CC (Caso La Cocha II). Este fallo es la herramienta que respalda a las autoridades comunitarias y sus decisiones, ya que reconoce explícitamente que sus resoluciones tienen efecto de cosa juzgada. Es decir, volviendo a nuestro caso, una vez que la Asamblea de Ñukanchik Kawsay dictó y garantizó la reparación, el principio *non bis in idem*⁹⁷ prohíbe rotundamente que el sistema penal ordinario intente perseguir a Atuk Guamangate por los mismos hechos, cerrando la puerta a cualquier intromisión o acción que quisiese realizar el Estado.⁹⁸

En este sentido, la validez de la resolución se sostiene sobre tres pilares jurídicos fundamentales: primero, la competencia en el ámbito territorial y personal, dado que el conflicto se originó y resolvió íntegramente entre miembros del mismo pueblo dentro de sus linderos;⁹⁹ segundo, la vigencia de un debido proceso indígena donde la asamblea garantizó el derecho a la defensa y la contradicción bajo sus propias normas culturales;¹⁰⁰ y tercero, el

92. Nina Pacari, "La naturaleza del derecho indígena y su reconocimiento en el Estado", *Foro, Revista de Derecho* (2007): 25.

93. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador* (27 de junio de 2012), Fondo y reparaciones, Serie C No. 245, párr. 27.

94. Agustín Grijalva Jiménez, *Justicia indígena en el Ecuador*, 112.

95. Asamblea Nacional Constituyente, *Constitución de la República del Ecuador* (Quito: Registro Oficial 449, 2008), art. 1.

96. Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 171; Organización Internacional del Trabajo (OIT), *Convenio sobre pueblos indígenas y tribales (núm. 169)* (1989), arts. 8-9.

97. Este principio, consagrado en el artículo 76, numeral 7, literal i) de la Constitución de la República del Ecuador del 2008, garantiza que ninguna persona pueda ser juzgada más de una vez por los mismos hechos. En el contexto del pluralismo jurídico, esta garantía actúa como un escudo protector: asegura que, si la autoridad comunitaria ya resolvió y sancionó un conflicto, la justicia estatal pierde absoluta competencia y no puede "reciclar" el caso para imponer un nuevo castigo.

98. Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia No. 113-14-SEP-CC (Caso La Cocha II)* (15 de julio de 2014), No. 0731-10-EP, p. 32.

99. Corte Constitucional del Ecuador, "Sentencia No. 134-13-EP/20 (Caso Unión Venecia - Cokiuye)" (22 de julio de 2020), No. 0134-13-EP, párr. 45.

100. Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia No. 113-14-SEP-CC (Caso La Cocha II)* (2014).

reconocimiento constitucional de la diversidad, que ratifica que los usos y costumbres son dinámicos y no deben ser evaluados bajo parámetros rígidos estatales, sino mediante un enfoque intercultural que proteja la cohesión social.¹⁰¹ De acuerdo con Farith Simon, este reconocimiento no es una concesión del Estado, sino el ejercicio de un derecho preexistente que exige una interpretación descolonizada de la norma.¹⁰² Este marco asegura que la justicia indígena no solo resuelva el daño material a la propiedad, sino que tutele el derecho colectivo a la soberanía alimentaria y la paz comunal frente a la represión punitiva estéril.¹⁰³

Justicia restaurativa y dimensión ontológica en Ñukanchik Kawsay

La dimensión más trascendental en este conflicto reside en su capacidad para transmutar la concepción ontológica del delito, el cual deja de ser una mera infracción típica para convertirse en una oportunidad de sanación del tejido social. De acuerdo con Howard Zehr, la justicia restaurativa se define como un proceso orientado a identificar y atender colectivamente los daños y las obligaciones que emanan de la controversia.¹⁰⁴ En el escenario analizado, este enfoque resultó fundamental para garantizar que la señora Killa Lema no cayera en la indigencia tras la pérdida de sus cultivos de papas y habas, priorizando la base material de la vida por sobre la abstracción normativa del castigo estatal. A diferencia del sistema penal ordinario, cuya teleología se agota en el castigo retributivo mediante el aislamiento del infractor o multas fiscales, el modelo indígena prioriza la subsistencia y dignidad de la víctima. Como sostiene Mojica Araque, la importancia de este paradigma radica en que permite al infractor, Atuk Guamangate, asumir una responsabilidad activa; al reconocer su negligencia ante la Asamblea, el transgresor deja de ser un sujeto pasivo de una condena externa para transformarse en el agente de una solución directa, tangible y humana.¹⁰⁵ Boaventura de Sousa Santos califica este fenómeno como una “ecología de saberes” jurídicos, donde la justicia se democratiza al ser construida desde la interlegalidad y el territorio.¹⁰⁶

Justicia indígena aplicada: deliberación y veredicto de la tierra

La aplicación de la justicia indígena en Chimborazo adquiere una relevancia estructural al constituirse como un sistema que dota de legitimidad cultural y eficacia jurídica a la resolución de disputas territoriales. Según García, este sistema persigue la restauración del equilibrio social y el fortalecimiento del *Sumak Kawsay*, vulnerados por una acción individual negligente.¹⁰⁷ La intervención de las autoridades tradicionales fue vital debido a su sensibilidad para comprender la gravedad real que implica la pérdida de una cosecha para una familia indígena, perjuicio que un juez estatal difícilmente valoraría con la misma celeridad. El fundamento legal en el artículo 171 de la Constitución garantiza que el infractor repare el daño en la misma tierra donde se produjo el agravio, asegurando una reparación material directa.¹⁰⁸ Como señala Sánchez Botero, la eficacia radica en su carácter pedagógico: obligar al responsable a trabajar durante dos ciclos de siembra es una medida más justa y productiva que la

101. Judith Salgado, “Justicia indígena y derechos humanos”, en *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*, ed. Agustín Grijalva Jiménez (Quito: Abya Yala, 2012), 145.

102. Farith Simon, *Derechos de los pueblos indígenas y pluralismo jurídico en el Ecuador* (Quito: USFQ, 2021), 112.

103. Luigi Ferrajoli, *Principia Iuris: Teoría del derecho y de la democracia* (Madrid: Trotta, 2011), 345.

104. Howard Zehr, *The Little Book of Restorative Justice* (Good Books, 2015), 21.

105. Carlos A. Mojica Araque, “Justicia restaurativa: Un nuevo paradigma para la Ciencia Penal”, *Opinión Jurídica* (2005): 38.

106. Boaventura de Sousa Santos, *Descolonizar el saber, reinventar el poder* (Montevideo: Editorial Trilce, 2010), 45.

107. Vicente García, *Tratado de justicia indígena en los Andes* (Bogotá: Ediciones Jurídicas, 2020), 45.

108. Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 171.

prisión, la cual solo resultaría en la desarticulación familiar y la estigmatización del joven sin ofrecer un resarcimiento real a la afectada.¹⁰⁹

Este proceso de administración de justicia no fue un acto autoritario, sino el resultado de un proceso deliberativo democrático que incluyó múltiples intervenciones bajo la vigilancia de la Asamblea, garantizando la validez del pluralismo jurídico mediante una toma de decisión colectiva estructurada en tres voluntades. Primero, el Voto de la Sabiduría Ancestral del Consejo de Ancianos enfatizó que el daño no fue solo material sino relacional, dictaminando que quien daña la tierra solo con la tierra puede pedir perdón, lo cual fundamentó la proporcionalidad de la medida.¹¹⁰ Segundo, el Voto de la Vigilancia Social de la Asamblea General validó la solución para evitar la judicialización ordinaria, subrayando que la reparación pública sirve como ejemplo y garantía de no repetición para proteger la seguridad alimentaria de todos los comuneros.¹¹¹ Finalmente, el Voto de la Representación Técnica del Cabildo sistematizó las necesidades de la víctima; según Nina Pacari, esta capacidad de las autoridades para actuar como facilitadores y jueces permite una celeridad procesal única donde el conflicto se cierra definitivamente tras verificar el cumplimiento de las faenas agrícolas, devolviendo la armonía al territorio.¹¹² En conclusión, la economía de recursos y la pertinencia de la sanción confirman que el pluralismo jurídico es una herramienta fundamental para la paz social y el respeto a la diversidad cultural amparada por la Constitución y los tratados internacionales.

Conclusiones

La justicia indígena en el Ecuador demuestra que, con su naturaleza jurídica exige un tratamiento que desmonte, de una vez por todas, la hegemonía del monismo penal tradicional. El análisis del caso Ñukanchik Kawsay ha demostrado que la potestad de juzgar de los pueblos originarios no es un premio ni una concesión del Estado, sino un pilar estructural del pluralismo amparado por la Constitución.¹¹³ Esta autonomía permite que el conflicto deje de ser un frío expediente burocrático para convertirse en una verdadera oportunidad de sanación colectiva. Aquí, la reparación integral desplaza al castigo estéril, logrando una armonía social que la justicia ordinaria simplemente es incapaz de emular con su rigidez procedimental y queda en evidencia que imponer códigos penales es un acto de ceguera frente a la realidad de los territorios rurales. Mientras el sistema estatal fracasa al intentar suprimir el problema aislando al infractor en cárceles que no reparan el daño y peor aún a la víctima—y que hoy enfrentan crisis estructurales sin precedentes—, el modelo andino prioriza la vida, la subsistencia y la dignidad de la víctima. Las labores agrícolas dictaminadas en Chimborazo no fueron una simple multa, sino un ejercicio de responsabilidad activa en las cuales el transgresor se reintegró al tejido social trabajando, lo que nos deja una lección clara: la verdadera eficacia de una sentencia radica en su capacidad para restaurar el *Sumak Kawsay*, no en los años de encierro.¹¹⁴

Para finalizar, aceptar el ocaso del monismo penal no significa que el Estado pierda autoridad, sino que la dogmática penal evoluciona hacia una visión más humana y coherente con el país que realmente somos. Y es aquí donde se abre una línea de reflexión urgente para el derecho contemporáneo: el sistema ordinario tiene la obligación de mirar hacia la jurisdicción ancestral no con aires de superioridad, sino con humildad, para aprender a descoloni-

109. Esther Sánchez Botero, *El peritaje antropológico en la justicia colombiana* (Procuraduría General de la Nación, 2004), 112.

110. Postura dogmática del Consejo de Ancianos de Ñukanchik Kawsay sobre la proporcionalidad.

111. Resolución de la Asamblea General sobre vigilancia social y soberanía alimentaria.

112. Nina Pacari, "La naturaleza del derecho indígena", 25.

113. Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 171.

114. David Cortez, "La construcción social del 'Buen Vivir' (*Sumak Kawsay*) en Ecuador: Genealogía del diseño y gestión política de la vida", *Aportes Andinos* 28 (2011)

zar el castigo y empezar a aplicar principios restaurativos reales en sus propios tribunales.¹¹⁵ Como sostiene la dogmática pluralista, la justicia solo es verdadera cuando se ensucia las manos en el surco de la tierra y resuelve desde la proximidad; reconocer esta realidad es el único camino para que el derecho deje de ser un sistema que confisca el conflicto sin resolverlo ni repararlo, y se transforme en un instrumento de paz social orientado al bienestar común.

115. J. E. Ortega-Coro, "La posibilidad de reformar el sistema de apelación en Ecuador para garantizar la justicia restaurativa", *Sociedad & Tecnología* 8, n.º S2 (2025): 440.

Referencias

Cuerpos normativos

- Asamblea Nacional Constituyente. *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449 de 20-oct.-2008. 2008.
- Asamblea Nacional del Ecuador. *Código Orgánico de la Función Judicial*. Registro Oficial Suplemento 506 de 22-may.-2009. 2009.
- Asamblea Nacional del Ecuador. *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Registro Oficial Suplemento 52 de 22-oct.-2009. 2009.
- Asamblea Nacional del Ecuador. *Código Orgánico Integral Penal*. Registro Oficial Suplemento 180 de 10-feb.-2014. 2014.
- Organización Internacional del Trabajo. *Convenio sobre pueblos indígenas y tribales (núm. 169)*. 1989.
- Organización de las Naciones Unidas. *Principios básicos sobre el empleo de programas de justicia restaurativa en materia penal*. Resolución 2002/12 del Consejo Económico y Social (ECOSOC). 2002.

Jurisprudencia

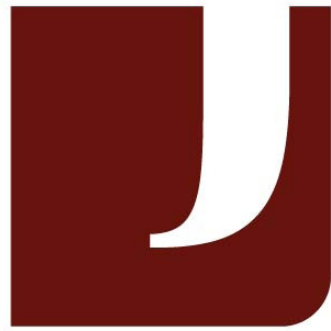
- Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia No. 113-14-SEP-CC (Caso La Cocha II)*. 15 de julio de 2014. No. 0731-10-EP. 2014.
- Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia No. 134-13-EP/20 (Caso Unión Venecia - Cokiuve)*. 22 de julio de 2020. No. 0134-13-EP. 2020.
- Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia No. 253-20-JH/22 (Caso Mona Estrellita - Derechos de la Naturaleza)*. 2022.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile*. Sentencia de 29 de mayo de 2014. 2014.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. 27 de junio de 2012. Serie C No. 245. 2012.

Bibliografía

- Abad, M. "Las políticas públicas culturales del Ecuador en la época del Sumak Kawsay". *Punto Cero* 18, n.º 26 (2013): 57-64.
- Abarca, E. L. R., D. M. Á. Espinoza, y W. E. V. Pincay. "El debido proceso en la justicia indígena ecuatoriana para prevenir la vulneración de los derechos humanos". *Polo Del Conocimiento* 7, n.º 8 (2022): 1548-1574.
- Anaya, J. *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*. Editorial Trotta, 2005.
- Anrango, C., y I. Awki. *Justicia restaurativa en el Ecuador: Pluralidad de sanciones desde las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas*. Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2024.
- Asociación AMEE. *Guía de justicia restaurativa y mediación penal*. s.f.
- Ávila Santamaría, R. *La injusticia de la justicia: Delito y pena en el Estado constitucional*. Ediciones Legales, 2011.
- Baltán, L. T. A., J. J. A. Márquez, L. C. J. Mejía, B. N. M. Holguín, C. M. D. Alcívar, y Á. R. A. Quiroz. "Una mirada al principio de legalidad: A partir de la constitucionalización del derecho penal ecuatoriano". *Dominio de las Ciencias* 4, n.º 3 (2018): 466-491.

- Braithwaite, J. *Restorative Justice & Responsive Regulation*. Oxford University Press, 2002.
- Cedeño-Núñez, C. R., y E. F. Freire-Gaibor. "La declinación de competencia a favor de la Justicia Indígena en Ecuador: Análisis jurídico y social". *Sociedad & Tecnología* 8, n.º S2 (2025): 526. <https://doi.org/10.51247/st.v8iS2.650>
- Cóndor Chuquiruna, M. *Derecho Indígena y Derechos Humanos: El caso de las comunidades campesinas del Perú*. Llama Editores, 2009.
- De Sousa Santos, B. *Descolonizar el saber, reinventar el poder*. Editorial Trilce, 2010.
- De Sousa Santos, B. "Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador". En *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*, editado por A. G. Jiménez, 13–50. Quito: Abya Yala, 2012.
- Del Pozo Carrasco, J. G., P. M. O. Sotomayor, y D. R. Álvarez. "Disputas jurídicas entre la Justicia indígena y la Justicia ordinaria en Ecuador". *Universidad Y Sociedad* 15, n.º S1 (2023): 210–217.
- García, B. A. "La administración de justicia indígena en Ecuador, un enfoque desde su cosmovisión". *Revista Científica UISRAEL* 7, n.º 2 (2020): 57–74.
- García, V. *Tratado de justicia indígena en los Andes*. Ediciones Jurídicas, 2020.
- Grijalva Jiménez, A. *Justicia indígena en el Ecuador: Un enfoque desde el pluralismo jurídico*. Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), 2020.
- Lenzerini, F. *The Culturalization of Human Rights Law*. Oxford University Press, 2008.
- Márquez Cárdenas, A. E. "La justicia restaurativa como alternativa a la justicia retributiva". *Revista de Derecho*, n.º 12 (2008).
- Mojica Araque, C. A. "Justicia restaurativa: Un nuevo paradigma para la Ciencia Penal". *Opinión Jurídica* (2005).
- Naranjo, E. E. C. "Principios del Derecho Penal en el Ecuador". *Ciencia Latina Revista Científica Multidisciplinar* 8, n.º 3 (2024): 143–154.
- Ochoa-Andrade, E. I., y F. Bujan-Matos. "Mecanismos de coordinación y cooperación entre la justicia penal ordinaria y la justicia indígena". *IUSTITIA SOCIALIS* 8, n.º 1 (2023): 27–42.
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC). *Manual sobre programas de justicia restaurativa. Serie de manuales sobre justicia penal*. 2025.
- Ordóñez, M. P. A. "El derecho penal indígena: entre la diversidad y los derechos humanos". *Am. U. Int'l L. Rev.* 28 (2012): 943.
- Ortega-Coro, J. E. "La posibilidad de reformar el sistema de apelación en Ecuador para garantizar la justicia restaurativa". *Sociedad & Tecnología* 8, n.º S2 (2025): 436–448. <https://doi.org/10.51247/st.v8iS2.657>
- Pacari, N. "La naturaleza del derecho indígena y su reconocimiento en el Estado". *Foro, Revista de Derecho* (2007).
- Pérez Guartambel, Y. *La justicia indígena en el Ecuador*. Universidad de Cuenca, 2014.
- Rambay, F. B. J., S. B. T. M. Salazar, y W. E. V. Pincay. "La reparación integral de la víctima en el derecho penal ecuatoriano". *Dominio de las Ciencias* 8, n.º 1 (2022): 9.
- Ramos, R. "Derecho constitucional en Ecuador y aspectos sobre la corrupción desde lo penal". *Revista Chakiñan de Ciencias Sociales y Humanidades*, n.º 2 (2017): 35–46.
- Restorative Justice Center (RJC). *Principios y valores de la práctica restaurativa*. 2020.
- Salgado, J. "Justicia indígena y derechos humanos". En *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*, editado por A. Grijalva Jiménez, 145. Abya Yala, 2012.
- Simon, F. *Derechos de los pueblos indígenas y pluralismo jurídico en el Ecuador*. USFQ, 2021.

- Solano Paucay, V., y M. D. Marín. "Derechos de la Naturaleza y la jurisprudencia constitucional en Ecuador". *Foro: Revista de Derecho*, n.º 41 (2024): 7-27.
- Sánchez Botero, E. *El peritaje antropológico en la justicia colombiana*. Procuraduría General de la Nación, 2004.
- UNIR. *Fundamentos de la Justicia Restaurativa en Iberoamérica*. 2024.
- Yrigoyen Fajardo, R. "El nuevo constitucionalismo pluralista". En *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*, editado por A. Grijalva Jiménez, 156. Abya Yala, 2012.
- Zaffaroni, E. R. *La cuestión penal*. 2011.
- Zehr, H. *The Little Book of Restorative Justice*. Good Books, 2015.



J A Q U E

DEFENSA & LITIGIO ESTRATÉGICO

Precios predatorios y abuso de posición dominante en Ecuador: límites probatorios y eficacia institucional

Predatory Pricing and Abuse of Dominant Position in Ecuador: Evidentiary Limits and Institutional Effectiveness

Dario Xavier Alejandro Ruiz*
<https://orcid.org/0009-0008-2931-0762>

David Alejandro Robledo Abendaño**
<https://orcid.org/0009-0002-0536-1588>

Fecha de recepción: 7 de febrero de 2026
Fecha de aceptación: 15 de marzo de 2026

Resumen

Los precios predatorios constituyen una conducta anticompetitiva mediante la cual un operador económico, que dispone de significativo poder de mercado, fija precios artificialmente reducidos, situándolos por debajo de sus costos reales de producción. Esto se da con la finalidad deliberada de desplazar a sus competidores. Se trata de una práctica ilícita debido a su efecto excluyente sobre la competencia; sin embargo, su persecución jurídica resulta compleja, dado que exige acreditar tanto la existencia del sacrificio inicial como la viabilidad de la posterior recuperación de las pérdidas.

En economías de menor tamaño, como la ecuatoriana, la problemática reviste especial gravedad. Un operador dominante con “espaldas financieras” puede usar precios predatorios para expulsar a un competidor frágil que no puede sostener pérdidas, en un entorno de baja supervisión y escasa sustitución, consolidando así un monopolio local.

El presente trabajo aborda esta problemática combinando el análisis económico y jurídico, con especial atención en Ecuador, para evaluar la eficacia de la normativa vigente y proponer mejoras orientadas a proteger la competencia legítima y el bienestar general.

Abstract

Predatory pricing is an anticompetitive strategy whereby an undertaking with significant market power sets artificially low prices—below its relevant costs—with the deliberate aim of driving rivals from the market. Because of its exclusionary nature, the conduct is unlawful; however, it remains difficult to prosecute, as it requires demonstrating both the initial “sacrifice” and the realistic prospect of subsequent recoupment of the losses incurred.

* Abogado por la UTPL y Magíster en Derecho de la Empresa por la UASB. Especialista en Derecho Procesal con sólida experiencia en estructuración societaria, planificación legal y resolución de conflictos corporativos, así como la optimización de estructuras jurídicas del sector privado. Investigador académico y articulista.

**Abogado por la Universidad Técnica Particular de Loja y colaborador en cátedras UNESCO, con enfoque en el análisis estratégico del derecho aplicado al sector empresarial, particularmente en el desarrollo del derecho digital y la prevención de riesgos en contextos regulatorios y administrativos.

In smaller economies such as Ecuador's, the issue is particularly acute. A dominant firm with substantial financial capacity may deploy predatory pricing to force out a financially fragile competitor unable to sustain prolonged losses, in markets marked by weak oversight and limited substitutability, thereby entrenching a local monopoly.

This article addresses the problem through an integrated economic and legal analysis focused on Ecuador, proposing the effectiveness of the existing regulatory framework and advancing targeted reforms aimed at safeguarding legitimate competition and overall welfare.

Palabras clave:

precios predatorios, operadores económicos, poder de mercado, leyes antimonopolio, *enforcement*

Keywords:

predatory pricing, undertakings, market power, antitrust law, enforcement

1. Marco conceptual

Los precios predatorios, en su definición más compartida y aceptada, se consideran a nivel internacional como una de las prácticas más perniciosas contra la libre competencia, aunque a la vez sea una de las más difíciles de demostrar. Consisten, en esencia, en que una empresa establezca precios artificialmente bajos, usualmente por debajo de sus costos reales de producción, con el objetivo deliberado de eliminar a sus rivales, para luego recuperar las pérdidas incurridas imponiendo precios monopólicos tras expulsar a sus competidores.¹

Este comportamiento, prohibido por las leyes *antitrust*, dado que pretende encaminarse a la monopolización de mercados, plantea un dilema regulatorio: ¿cómo distinguir una auténtica predación, que daña la estructura competitiva, de una agresiva pero legítima rebaja de precios que beneficia al consumidor? En el caso ecuatoriano esta pregunta adquiere un matiz particular, ya que la estructura productiva del país se compone en gran medida por mercados pequeños y medianos, y la mayoría de ellos cuentan con un alcance geográfico y demográfico limitado.

Esos mismos mercados locales suelen estar dominados por uno o pocos operadores económicos fuertes, lo que eleva las barreras de entrada y reduce la intensidad competitiva en términos de precios. Es por esto que un operador más grande puede permitirse sostener de forma temporal una guerra de precios, anticipando que el rival de menor tamaño difícilmente podrá mantenerse en el mercado durante un período prolongado.² Sumado a ello, la histórica debilidad institucional en la aplicación de las normas de competencia ha contribuido a generar un entorno propicio para la aparición de prácticas sospechosas de precios predatorios.

“Este fenómeno ocurre, además, en un contexto donde el Estado, a través de la Superintendencia de Competencia Económica o, en adelante SCE, enfrenta limitaciones materiales. Informes de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos y el Banco Interamericano de Desarrollo han señalado que el presupuesto institucional ecuatoriano destinado al control del poder de mercado es ‘relativamente bajo’, con recortes que dificultan la planificación y la capacidad efectiva de investigación. En un entorno de recursos limitados, las prácticas predatorias no sólo pueden surgir, sino también consolidarse antes de ser detectadas o sancionadas”.³

En la última década, Ecuador ha vivido varios episodios que ejemplifican estos riesgos. Por ejemplo, en el sector aéreo, la entrada de LAN Ecuador con tarifas promocionales muy bajas en 2010 suscitó denuncias de predación en perjuicio de la aerolínea estatal TAME.⁴

Del mismo modo, se investigó una supuesta guerra de precios entre las principales cadenas de farmacias Fybica y Cruz Azul, con la acusación de que una de ellas vendía por debajo de costo en ciertos cantones para eliminar a las boticas locales más pequeñas.⁵

Estos casos ponen de manifiesto cómo se presentan los precios predatorios en mercados pequeños, siendo generalmente el operador de mayor tamaño quien realiza descuentos agresivos enfocados en el ámbito geográfico donde enfrenta a un competidor menor,

1. Pinkas, F. (2002). Tratado de defensa de la libre competencia: Estudio exegético del Decreto Legislativo 701 (1.ª ed.). Fondo Editorial PUCP. pg. 439.

2. “Antitrust Division | Predatory Pricing: Strategic Theory And Legal Policy”, 25 de junio de 2015, <https://www.justice.gov/archives/atr/predatory-pricing-strategic-theory-and-legal-policy>.

3. “Ecuador: Perspectivas económicas de América Latina 2024”, OECD, 18 de diciembre de 2024, https://www.oecd.org/es/publications/perspectivas-economicas-de-america-latina-2024_25aed2f5-es/full-report/ecuador_624094b0.html.

4. Isabela Moreno Burns, “Precios promocionales de las aerolíneas ¿constituyen precios predatorios? Caso Aerolane Líneas Aéreas Nacionales del Ecuador S.A. ‘LAN Ecuador’”, *USFQ Law Review* 4, no 1 (2017): 141–57, <https://doi.org/10.18272/lr.v4i1.989>.

5. Jaime Paucar, “Fármacos en Ecuador: Una guerra de precios sin control”, *Ecomex360 | Especialistas en comercio exterior y logística de importaciones en Ecuador*, 3 de febrero de 2020, <https://www.ecomex.com/farmacos-en-ecuador-una-guerra-de-precios-sin-control/>.

forzando a este último a retirarse. Sin embargo, hasta la fecha tales prácticas han resultado elusivas a la sanción legal en Ecuador. Ninguno de los casos investigados derivó en una sanción efectiva por parte de las autoridades de competencia ni en un precedente judicial que confirmase la existencia de predación. Esta ausencia de condenas formales refleja tanto las dificultades probatorias inherentes al fenómeno, como posibles vacíos o limitaciones en el marco institucional ecuatoriano vigente.

2. Origen doctrinal

La noción de precios predatorios tiene raíces antiguas en el derecho de la competencia, pero su comprensión ha evolucionado significativamente a lo largo del tiempo. Conceptualmente, la práctica se describe mediante una estructura dividida en dos fases principales. Primero está una fase de sacrificio, en la que el operador dominante vende a pérdida para expulsar a los competidores que no pueden mantener esos precios. Luego, se encuentra una fase de recuperación, en la que una vez lograda la posición dominante, sube los precios por encima de los niveles competitivos para recobrar las pérdidas iniciales.

En palabras de Pinkas Flint: se trata de precios fijados tan por debajo del costo que buscan eliminar a los competidores del mercado para posteriormente elevarlos a niveles monopolícos. De este modo, la empresa depredadora asume pérdidas en el corto plazo a cambio de obtener poder de mercado en el largo plazo.⁶ Esta conducta se considera un abuso excluyente porque su objetivo último es crear o reforzar un monopolio, en detrimento de la competencia y los consumidores.

Históricamente, la existencia misma de la predación de precios y su racionalidad económica fueron objeto de controversia doctrinal. La Escuela de Chicago, dominante en el pensamiento *antitrust* de mediados del siglo XX, sostuvo una postura escéptica. Economistas como John McGee (1958)⁷ y luego juristas como Robert Bork (1978)⁸ argumentaron que los precios predatorios son altamente inusuales porque resulta financieramente irracional en la mayoría de casos.

Según este enfoque, un empresario racional preferiría comprar o fusionarse con su competidor antes que vender por debajo de costo por un periodo prolongado, asumiendo grandes pérdidas, con la incierta esperanza de recuperar más adelante lo perdido. Esta línea de pensamiento afirmaba que muchas acusaciones de precios predatorios eran en realidad falsos positivos, situaciones donde una empresa eficiente solo estaba compitiendo vigorosamente con precios bajos, lo cual beneficia al consumidor.

La influencia de la Escuela de Chicago se reflejó en la jurisprudencia, particularmente en Estados Unidos, donde los jueces empezaron a exigir pruebas muy estrictas de la existencia de predación para no desalentar las rebajas genuinas de precios. Phillip Areeda y Donald Turner, si bien no eran propiamente de Chicago, contribuyeron a esta visión al proponer en 1975 un test costo-precio objetivo, precios por encima del coste total medio *average total cost*, en adelante ATC, serían legales de forma natural, precios por debajo del coste variable medio *average variable cost*, en adelante AVC, se presumen como predatorios. Entre medio existiría una zona gris donde solo se considerarían predatorios si hay evidencia de una intención excluyente.

Este estándar Areeda-Turner tuvo gran acogida por su aparente simplicidad, reforzando la idea de que solo las estrategias de precios por debajo del costo variable debían conside-

6. Pinkas Flint Blanck, *Tratado de defensa de la libre competencia: estudio exegético del D.L. 701*, 439.

7. John S. McGee, "Predatory Price Cutting: The Standard Oil (N. J.) Case", *The Journal of Law & Economics* 1 (1958): 137-69.

8. Richard Schwartz, review of *Review of The Antitrust Paradox*, por Robert H. Bork, *The International Lawyer* 13, no 1 (1979): 198-201.

rarse sospechosas.⁹ De hecho, autores como Bork y Posner, figuras destacadas de la escuela liberal, minimizaron la frecuencia real de la predación, pero reconocían su peligrosidad teórica en casos excepcionales.

Sin embargo, fue a partir del año 1980 que surgió un nuevo enfoque económico, el post-Chicago, que revaluó la viabilidad de la predación mediante herramientas teóricas de juegos e información asimétrica. Modelos desarrollados por economistas como Paul Milgrom y John Roberts (1982), y, posteriormente, Patrick Bolton, Joseph Brodley y Michael Rordan (2000)¹⁰, demostraron que la predación puede ser una estrategia racional en escenarios donde el depredador busca construir una reputación o enviar señales disuasorias a potenciales entrantes.

Para entenderlo mejor podríamos ver el caso en que un incumbente con amplio acceso a financiamiento podría fijar precios por debajo de costo para expulsar a un rival. Al hacerlo con éxito, ganaría la fama de agresivo, desalentando la entrada de futuros competidores, lo que se conoce como efecto reputacional. Otro escenario es el llamado *predatory finance*, donde una empresa depredadora se endeuda o utiliza subsidios cruzados para soportar pérdidas y espera recuperar su inversión monopolizando el mercado posteriormente. Este es un comportamiento que puede ser racional si logra ahuyentar por completo la competencia durante un tiempo.

La doctrina moderna reconoce que, si bien la fijación de precios predatorios no es una práctica cotidiana, puede presentarse bajo condiciones propicias y causar graves daños al proceso competitivo. No es coincidencia que los ordenamientos actuales intenten filtrar casos sólidos para castigar a verdaderos depredadores, evitando a la vez sancionar equivocadamente conductas competitivas genuinas. De hecho, estudios empíricos recientes, por ejemplo, una investigación colombiana titulada: "La ilusión de los precios predatorios", sugieren que los casos confirmados de predación han sido escasos en la práctica global, lo que lleva a algunos especialistas a cuestionar si a veces se sobrestima su incidencia real. Esta tensión entre teoría y evidencia refuerza la importancia de definir criterios jurídicos claros y exigentes: ni tan laxos que dejen impunes las estrategias predatorias reales, ni tan estrictos que inhiban la competencia agresiva beneficiosa.¹¹

3. Base legal ecuatoriana

Ecuador cuenta desde 2011 con un marco normativo específico para prevenir y sancionar los precios predatorios. La piedra angular es la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, a partir de ahora LORCPM¹², que tipifica la predación de precios como una infracción de abuso de poder de mercado. En particular, su artículo 9, numeral 4, prohíbe expresamente la fijación de precios predatorios o explotativos por parte de operadores con poder de mercado. En otras palabras, se sanciona que una empresa dominante venda por debajo de sus costos con el fin de eliminar a competidores, considerándolo una forma de abuso de posición dominante. Esta prohibición refleja el reconocimiento legal de que los precios predatorios son una de las formas más graves de conducta anticompetitiva.

Ahora bien, la LORCPM por sí sola no define cuantitativamente qué constituye un precio predatorio. No se fija en la ley un umbral preciso de costo o pérdida a partir del cual un

9. Janusz A. Ordover, "Predatory Pricing", en *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law* (Palgrave Macmillan, London, 2002), https://doi.org/10.1007/978-1-349-74173-1_283.

10. "División Antimonopolio | Precios predatorios: Teoría estratégica y política legal", 25 de junio de 2015, <https://www.justice.gov/archives/atr/predatory-pricing-strategic-theory-and-legal-policy>.

11. Diana Marcela Araujo Vallejo, *La ilusión de los precios predatorios Un estudio de sus fundamentos teóricos y su evidencia*, 2021, <https://doi.org/10.57998/bdigital.handle.001.4540>.

12. "Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado", 2025, <https://www.lexis.com.ec/biblioteca/ley-organica-regulacion-control-poder-mercado>.

precio se presume ilícito. En su lugar, la tarea de concretar criterios fue delegada a la reglamentación y, sobre todo, a las guías técnicas emitidas por la autoridad de competencia. De hecho, en agosto de 2021 la Superintendencia de Competencia Económica, publicó una Guía para la investigación de conductas de abuso de poder de mercado, que incluye un apartado específico sobre precios predatorios. Este documento reconoce desde la introducción que la predación es multifacética y compleja de probar, insistiendo en la necesidad de analizar cuidadosamente los costos relevantes del presunto depredador y su cuota de mercado o posición dominante.

Además, la misma discute los principales tests de costos desarrollados en la doctrina *antitrust*. En particular, menciona el clásico test Areeda-Turner (1975), que utiliza el costo marginal o su *proxy*, el costo variable medio (AVC), como referencia para evaluar la predación. La guía de la SCE también menciona otros enfoques como el costo evitable promedio o el costo incremental de largo plazo, buscando adaptar el análisis a distintos sectores.

Cabe señalar que en 2025 entró en vigor en Ecuador una nueva Ley Orgánica de Regulación Contra la Competencia Desleal, que introduce un sistema de protección autónomo diseñado para delimitar, regular y sancionar las prácticas desleales que afectan tanto a los competidores honestos como a los derechos de los consumidores. Su propósito central es proteger la competencia leal y los intereses legítimos de todos los participantes en el mercado ecuatoriano.

La normativa distingue entre competencia desleal simple, referida a actos que lesionan intereses concretos de operadores económicos o consumidores, y competencia desleal agravada, reservada para conductas de mayor gravedad o magnitud capaces de afectar el orden público económico y distorsionar el régimen general de competencia. En el plano institucional, asigna a la Superintendencia de Competencia Económica la calidad de autoridad técnica de control, con potestad sancionadora y autonomía administrativa, facultándola para investigar y sancionar de oficio o a petición de parte los actos de deslealtad agravada en sede administrativa, así como ordenar medidas preventivas y correctivas.

4. Derecho comparado

En el ámbito internacional, la regulación de los precios predatorios varía en matices, aunque comparte fundamentos comunes. Desde esta perspectiva, Estados Unidos y la Unión Europea suelen presentarse como modelos contrastantes.

4.1. Estados Unidos

En EEUU, los precios predatorios se abordan bajo la Sección 2 de la *Sherman Act*, que sanciona la monopolización o el intento de monopolización.

Es a partir del caso *Brooke Group v. Brown & Williamson* que la jurisprudencia estadounidense estableció un estándar exigente para probar la predación. El demandante debe demostrar que el presunto depredador fijó precios por debajo de un nivel de costo apropiado, por lo general, un costo variable promedio del producto, y que existe una probabilidad peligrosa de recuperación de las pérdidas una vez expulsado el competidor. Este segundo requisito significa, en términos prácticos, que no basta con evidenciar las ventas a un bajo costo, sino que además hay que acreditar que el mercado es tal y que el depredador podría posteriormente elevar precios lo suficiente, por el tiempo necesario para compensar las pérdidas incurridas.¹³

La fortaleza de este enfoque estadounidense radica en que minimiza el riesgo de falsos positivos, es decir, es muy poco probable que se sancione a una empresa por error cuando

13. "Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp., 509 U.S. 209 (1993)", Justia Law, accedido 7 de febrero de 2026, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/509/209/>.

solo estaba compitiendo con precios bajos, protegiendo así el incentivo a bajar los precios. Sin embargo, su debilidad evidente es que puede dejar impunes conductas predatorias reales, dado que los tribunales exigen una especie de certeza cuasi absoluta de que el depredador podrá monopolizar y explotar el mercado, lo que en la práctica es difícil de demostrar *ex ante*.

4.2. Chile

En América Latina, varios países han adaptado elementos de ambos enfoques en sus normativas de competencia. Chile destaca como un referente cercano para Ecuador. Su Decreto Ley N° 211 de 1973, denominada Ley de Defensa de la Libre Competencia, tipifica expresamente las prácticas predatorias como conductas ilícitas cuando buscan alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante. Es decir, la ley chilena abarca en específico la predación, incluso como medio para lograr la dominancia.¹⁴

La fortaleza del enfoque chileno radica en su combinación de una base legal explícita y una disposición que permite analizar el contexto económico más allá de cuotas de mercado estáticas. Esto da paso a una intervención temprana.

4.3. Perú

El caso de Perú también es ilustrativo desde la perspectiva doctrinal. La legislación peruana, desde el Decreto Legislativo 701 de 1991, llamada Ley de Represión de Monopolios y Oligopolios y actualmente la Ley de Libre Competencia, incluye la venta por debajo del costo destinada a eliminar competidores como una infracción. Un referente doctrinal importante es el tratadista Francisco Pinkas Flint, quien en 2002 realizó un estudio exegético de la norma peruana y definió con claridad los precios predatorios con sus dos etapas: sacrificio y recuperación, y su finalidad anticompetitiva.¹⁵ Si bien la autoridad peruana, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, no ha impuesto numerosas sanciones por predación, el tema ha sido reconocido en guías técnicas de la Comunidad Andina y en la jurisprudencia local sobre abuso de posición dominante. La fortaleza del enfoque peruano radica en esa sólida base doctrinal latinoamericana, que permite un entendimiento claro de la práctica.

4.4. España

Finalmente, en España encontramos un enfoque híbrido interesante. Al estar sujeta al derecho de la Unión Europea, aplica los criterios de abuso de posición dominante para sancionar predación bajo el artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y su ley interna de defensa de la competencia. Pero, además, en el derecho español existe la Ley de Competencia Desleal, que tipifica la venta a pérdida entendida a ventas por debajo de coste, como un acto desleal cuando no tiene justificación económica y busca eliminar a un competidor.¹⁶ Esto significa que, aun si una empresa no es dominante, podría enfrentar acciones civiles por venta predatoria. La coordinación entre ambos regímenes facilita una práctica: los jueces civiles españoles suelen recabar informes o consultas a la autoridad de competencia, en casos de competencia desleal que puedan tener implicaciones de estructura de mercado. Así se asegura que la apreciación de si una venta por debajo de coste es meramente agresiva o en realidad predatoria cuente con el análisis técnico *antitrust*.

14. "DL_211_refundido_2016.pdf", s. f., accedido 7 de febrero de 2026, https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2010/12/DL_211_refundido_2016.pdf.

15. Pinkas Flint Blanck, *Tratado de defensa de la libre competencia: estudio exegético del D.L. 701*, 439

16. "BOE-A-2007-12946 Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.", accedido 7 de febrero de 2026, <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-12946>.

4.5. Ecuador

En Ecuador los casos investigados hasta ahora ilustran tanto la presencia de posibles conductas predatorias como las dificultades para probarlas. Uno de los antecedentes más notorios es el caso LAN Ecuador (2010), ocurrido poco antes de la vigencia de la LORCPM. Al ingresar al mercado doméstico, LAN, subsidiaria de LATAM Airlines, ofreció tarifas promocionales muy por debajo de las tradicionales, lo que motivó a que la aerolínea estatal TAME denunciara una estrategia predatoria para quitarle pasajeros.

La entonces Comisión de Competencia del Ministerio de Industrias analizó el caso y, mediante Resolución MIPRO-COMP-002-2010, concluyó que LAN no incurrió en predación. Si bien los detalles técnicos de la decisión no fueron ampliamente difundidos, se sabe que la autoridad consideró la participación de mercado de LAN, aún incipiente en aquel año, y evaluó sus estructuras de costos, determinando que las tarifas reducidas podían explicarse por promociones legítimas de introducción y no necesariamente por debajo del costo total. Este caso sentó el primer precedente ecuatoriano en la materia, aunque con un resultado absolutorio.

Otro caso relevante fue el Caso PRONACA (2015). PRONACA, una de las mayores empresas alimenticias del país, fue investigada por supuestamente vender ciertos productos a precios inferiores al costo en mercados locales, con la finalidad de desplazar a productores más pequeños de la zona. La Superintendencia de Control del Poder de Mercado abrió un expediente para analizar esta conducta en el sector agroindustrial. Si bien los detalles del caso no se hicieron públicos en su totalidad, se conoce que finalmente no prosperó una sanción contra la empresa. Es posible que la misma haya logrado demostrar que sus precios bajos obedecían a eficiencias, por ejemplo, la integración vertical o *sobre stock* temporario.

Hasta la fecha, ningún expediente de precios predatorios ha llegado a la Corte Nacional de Justicia con una sanción confirmada. La jurisprudencia judicial ecuatoriana en materia de libre competencia registra apenas menciones tangenciales a la predación en contextos de competencia. En todos los procedimientos analizados, la autoridad de competencia no consideró demostrado el elemento central: que el agente investigado vendió por debajo de un costo relevante con la intención de eliminar competidores y que tenía la capacidad real de recuperar esas pérdidas luego. Esto no implica necesariamente que en Ecuador no haya habido intentos de predación.

5. Diagnóstico nacional

El análisis nacional pone de manifiesto la existencia de una considerable brecha operativa en la supervisión y control de las prácticas de precios predatorios. Si bien el marco normativo define la conducta de forma clara y la prohíbe, en la práctica no se ha evidenciado ninguna sanción exitosa en más de una década. Esto puede interpretarse desde dos perspectivas: el mercado nacional, en su naturaleza, no admite estas prácticas, ya que estas han sido inexistentes o marginales. O bien sí han ocurrido, pero los obstáculos probatorios e institucionales han impedido confirmarlos y sancionarlos.

5.1 Límites probatorios y barreras institucionales

Existe un obstáculo inherente de carácter técnico-probatorio para la aplicación efectiva de la norma. Acreditar esta conducta exige determinar con precisión los costos de producción, demostrar que el precio se situó por debajo de dicho umbral durante un periodo significativo y, adicionalmente, evidenciar una intencionalidad exclusiva.

Cada uno de estos elementos presenta dificultades metodológicas para ser evidenciados y probados. Revistiendo un énfasis especial en la distinción entre costos fijos, variables, evitables, sobrecostos por *stock*, entre otros, cuya delimitación depende del sector y la infraestructura productiva. La doctrina ha señalado que esta frontera es inherentemente difusa en

el contexto nacional, limitando de esta forma la eficacia de un análisis puramente contable, en sectores con altos costos fijos y costos marginales reducidos. Donde los *test* tradicionales resultan ineficientes y demandan de una capacidad de análisis avanzado de la autoridad competente.

Existe otro componente importante que se suma, la asimetría de la información. LA SCE depende en gran medida del operador investigado para el acceso a los datos contables y costos de producción. Esto crea un entorno conveniente para el operador económico investigado, con el fin de que este contemple la opacidad de los recursos dados, la agregación estratégica de información u otras conductas antiéticas. Aun cuando la autoridad cuenta con la facultad legal de requerir información, su procesamiento y verificación demanda muchos recursos, y esto suele ser lento y controvertido. Además, debilita la solidez probatoria de las investigaciones.

Además, un componente relevante en la práctica es el de acreditar la viabilidad de la recuperación de pérdidas mediante algún mecanismo contemplado dentro de la estrategia del operador económico. Si bien la legislación ecuatoriana no lo exige de forma expresa, la influencia del estándar internacional y estadounidense ha elevado el umbral probatorio en el contexto local. Intentando, mediante esta cautela, evitar falsos positivos y sancionar conductas de precios eficientes.

Desde el punto de vista institucional, la SCE tiene como principal debilidad la temprana existencia como ente protector de la competencia local. Además de contar con recursos muy limitados. En los primeros años, priorizó infracciones más evidentes, como acuerdos colusorios, mientras que la predación por su complejidad técnica quedó rezagada, entre otros motivos, por la ausencia de criterios técnicos consolidados. A esto, añádase la falta de especialización judicial al no existir jurisprudencia nacional relevante sobre precios predatorios y la necesidad de jueces especializados en valoración de pruebas económicas complejas. Esta incertidumbre desincentiva a la autoridad administrativa a impulsar casos hasta instancias contenciosas, a diferencia de jurisdicciones con tribunales especializados en competencia. Estas dificultades se agravan en mercados pequeños y medianos, donde la salida de un competidor contempla efectos a largo plazo y puede tener consecuencias irreversibles, pues la mera amenaza creíble y validada de una guerra de precios puede operar como barrera de entrada.

6. Lineamientos de mejora normativa e institucional

Con el propósito de limitar las restricciones operativas identificadas y promover un mercado justo, se sugiere a continuación un análisis de lineamientos normativos e institucionales que, conforme al enfoque jurídico y comparado efectuado, representan un ajuste correcto en pos de fortalecer la prevención y lograr la sanción de los precios predatorios, como práctica anticompetitiva. Estas medidas, que abarcan reformas de carácter normativo *hard law* y mejoras administrativas y técnicas *soft law*, buscan robustecer las capacidades del sistema ecuatoriano de competencia.

Para empezar, resultaría conveniente introducir en la normativa una definición más precisa del precio predatorio, misma que incorpore la doble exigencia probatoria a la par de los análisis económicos y los *test* mencionados, así como de la probabilidad de recuperación de pérdidas. Seguido, y con similar importancia, se deben fortalecer las guías técnicas, profundizando mediante criterios sectoriales específicos elaborados con instituciones reguladoras, particularmente en sectores con alta heterogeneidad de costos. Con esta publicación de lineamientos, así como con indicadores complementarios de costos relevantes y una base metodológica sobre casos investigados, se contribuiría a mejorar la predictibilidad regulatoria y a identificar tempranamente señales de posibles conductas predatorias.

Es necesario también fortalecer el uso de medidas cautelares y herramientas de alerta temprana frente a reducciones de precios anómalos en mercados concentrados. Existe un

énfasis en este punto, priorizando mercados y patrones de riesgo dada la limitada capacidad estatal. Esta concentración burocrática debería situarse en mercados locales con riesgos de concentración de poder de mercado, donde rebajas persistentes de precios, subsidios cruzados o reducciones selectivas pueden evidenciar predación de forma más clara. La detección temprana podría activar investigaciones preliminares y medidas provisionales destinadas a prevenir daños irreversibles al mercado y su estructura competitiva.

Finalmente, es necesario elevar la calidad académica y fortalecer la especialización en materia administrativa y judicial de competencia. También se requiere promover la investigación empírica sobre conductas predatorias en mercados locales y asegurar la aplicación efectiva de sanciones disuasivas cuando se verifique la infracción. Contribuyendo así a consolidar un sistema institucional capaz de aplicar la normativa de forma técnica y efectiva.

7. Conclusiones

En Ecuador, si bien cuenta con un marco jurídico e institucional establecido para combatir conductas anticompetitivas, anclado a la LORCPM y la labor de la SCE, la complejidad probatoria de este tipo de conductas exige ajustes constantes y una actitud de aprendizaje frente al derecho comparado para afinar la eficacia de este marco. Con base en esta premisa, las propuestas delineadas buscan mejorar la capacidad del país para detectar prácticas predatorias sin desalentar la libre competencia. Esto se enmarca en mercados pequeños y medianos, donde un operador económico importante puede tener un impacto enorme en la estructura del mercado. Con esto se logra equilibrar las barreras de permanencia, lo cual es fundamental para el desarrollo económico.

Proteger la competencia legítima frente a estrategias predatorias redundaría en el bienestar general, salvaguardando la eficiencia económica y beneficiando tanto a los consumidores, quienes gozarán de precios sostenibles en el tiempo, como a los operadores económicos, que podrán acceder al mercado en un entorno jurídico seguro. El objetivo no es nunca castigar los precios bajos, per se, al contrario, se quiere los precios más bajos posibles pero resultantes de la estrategia comercial y la naturaleza operativa, no por eliminar artificialmente a la competencia. En esa línea, la combinación de un robusto sustento doctrinal, la creación de jurisprudencia referente y una aplicación prudente de la ley permitirán a un país enfrentar los retos de la competencia desleal.

Referencias

- "Antitrust Division | Predatory Pricing: Strategic Theory And Legal Policy". 25 de junio de 2015. <https://www.justice.gov/archives/atr/predatory-pricing-strategic-theory-and-legal-policy>.
- "BOE-A-2007-12946 Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia." Accedido 7 de febrero de 2026. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-12946>.
- Burns, Isabela Moreno. "Precios promocionales de las aerolíneas ¿constituyen precios predatorios? Caso Aerolane Líneas Aéreas Nacionales del Ecuador S.A. 'LAN Ecuador'". *USFQ Law Review* 4, no 1 (2017): 141–57. <https://doi.org/10.18272/lr.v4i1.989>.
- "División Antimonopolio | Precios predatorios: Teoría estratégica y política legal". 25 de junio de 2015. <https://www.justice.gov/archives/atr/predatory-pricing-strategic-theory-and-legal-policy>.
- "DL_211_refundido_2016.pdf". s. f. Accedido 7 de febrero de 2026. https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2010/12/DL_211_refundido_2016.pdf.
- Flint Blanck, Pinkas. *Tratado de defensa de la libre competencia : estudio exegético del D.L.701. Legislación, doctrina y jurisprudencia regulatoria de la libre competencia*. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial, 2002. <https://doi.org/10.18800/9789972424663>.
- Justia Law. "Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp., 509 U.S. 209 (1993)". Accedido 7 de febrero de 2026. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/509/209/>.
- "Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado". 2025. <https://www.lexis.com.ec/biblioteca/ley-organica-regulacion-control-poder-mercado>.
- McGee, John S. "Predatory Price Cutting: The Standard Oil (N. J.) Case". *The Journal of Law & Economics* 1 (1958): 137–69.
- OECD. "Ecuador: Perspectivas económicas de América Latina 2024". 18 de diciembre de 2024. https://www.oecd.org/es/publications/perspectivas-economicas-de-america-latina-2024_25aed2f5-es/full-report/ecuador_624094b0.html.
- Ordovery, Janusz A. "Predatory Pricing". En *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*. Palgrave Macmillan, London, 2002. https://doi.org/10.1007/978-1-349-74173-1_283.
- Paucar, Jaime. "Fármacos en Ecuador: Una guerra de precios sin control". *Ecomex360 | Especialistas en comercio exterior y logística de importaciones en Ecuador*, 3 de febrero de 2020. <https://www.e-comex.com/farmacos-en-ecuador-una-guerra-de-precios-sin-control/>.
- Schwartz, Richard. Review of *Review of The Antitrust Paradox*, por Robert H. Bork. *The International Lawyer* 13, no 1 (1979): 198–201.
- Vallejo, Diana Marcela Araujo. *La ilusión de los precios predatorios Un estudio de sus fundamentos teóricos y su evidencia*. 2021. <https://doi.org/10.57998/bdigital.handle.001.4540>.

Declaración jurada

En la elaboración de este manuscrito, el(los) autor(es) utilizó/utilizaron varias herramientas de inteligencia artificial con el fin de sintetizar información relevante, corregir estilo, revisión correcta de citas acorde a manual de autor y traducciones técnicas. Tras el uso de esta herramienta, el contenido fue revisado y ajustado íntegramente por la autoría, quien asume la responsabilidad total por la veracidad y el contenido del artículo publicado.

Atentamente,

Los autores.

La comunidad de la prueba en Ecuador: entre el vacío normativo, la doctrina procesal y la práctica judicial

The Evidentiary Community in Ecuador: Between Regulatory Vacuum, Procedural Doctrine, and Judicial Practice

Ximena Fernanda Vélez Castillo*
<https://orcid.org/0009-0009-4699-1106>

Leonardo David Mogrovejo Barrera**
<https://orcid.org/0009-0001-0200-0456>

Fecha de recepción: 7 de febrero de 2026

Fecha de aprobación: 15 de abril de 2026

Resumen

El medio probatorio constituye un elemento esencial del proceso jurídico, pues permite reconstruir los hechos en controversia y adoptar decisiones conforme a derecho, garantizando así una tutela judicial efectiva. Actualmente, la actividad probatoria ya no se concibe tan solo como la racionalización de los medios aportados por las partes, sino desde su orientación a la búsqueda de la verdad material. En este contexto surge el principio de la comunidad de la prueba, según el cual los medios probatorios válidamente incorporados al proceso dejan de pertenecer en exclusivo a la parte que los presenta y pasan a integrar un acervo común que puede beneficiar o perjudicar de forma indistinta a cualquiera de las partes.

El análisis se centra en la situación de este principio en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, destacando la ausencia de una regulación expresa y las consecuencias que ello genera en la práctica judicial. Se examina su desarrollo a partir de doctrinas tradicionales y contemporáneas, así como su fundamento normativo en relación con principios constitucionales como el debido proceso, la igualdad de armas y la valoración integral de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica.

Asimismo, se aborda la aplicación implícita del principio en la jurisprudencia y en la práctica judicial ecuatoriana, evidenciando criterios dispares que inciden negativamente en la seguridad jurídica. Para finalizar, se incorpora un estudio de derecho comparado de Colombia, Argentina y España, con el propósito de identificar modelos y criterios útiles para el contexto ecuatoriano.

Mediante una metodología cualitativa, jurídico-dogmática y analítica, se proponen medidas orientadas a fortalecer la valoración probatoria y consolidar el reconocimiento del principio de comunidad de la prueba como garantía de justicia material.

*Abogada de los Tribunales del Ecuador por la Universidad de Cuenca, se desarrolló como ayudante de cátedra en la Materia de Filosofía del Derecho, actualmente trabaja en áreas de derecho civil, mercantil y propiedad intelectual, cursando la Maestría de Derecho Procesal en la Universidad de Especialidades Espíritu Santo.

**Licenciado en Estudios Internacionales por la Universidad del Azuay. Magíster en Administración de Empresas por la Universidad del Azuay. Cuenta además con formación especializada en acción humanitaria internacional y un diplomado en Marketing y Comunicación Digital. Actualmente cursa una maestría en Cooperación Internacional y Gestión de Proyectos en la Universidad Internacional de La Rioja, con enfoque en desarrollo, gestión estratégica y cooperación internacional aplicada contemporánea.

Abstract

Evidence is an essential element of the legal process, as it allows the facts in dispute to be reconstructed and decisions to be made in accordance with the law, thus guaranteeing effective judicial protection. Currently, the taking of evidence is no longer conceived solely as the rationalization of the evidence provided by the parties, but as an activity aimed at seeking the material truth. In this context, the principle of the community of evidence arises, according to which evidence validly incorporated into the process ceases to belong exclusively to the party presenting it and becomes part of a common pool that can benefit or harm any of the parties indiscriminately.

The analysis focuses on the status of this principle in the Ecuadorian legal system, highlighting the absence of express regulation and the consequences this has in judicial practice. Its development is examined on the basis of traditional and contemporary doctrines, as well as its normative basis in relation to constitutional principles such as due process, equality of arms, and the comprehensive assessment of evidence in accordance with the rules of sound criticism.

It also addresses the implicit application of the principle in Ecuadorian case law and judicial practice, highlighting disparate criteria that negatively affect legal certainty. Finally, it incorporates a comparative law study of Colombia, Argentina, and Spain, with the aim of identifying useful models and criteria for the Ecuadorian context.

Using a qualitative, legal-dogmatic, and analytical methodology, measures are proposed to strengthen the assessment of evidence and consolidate the recognition of the principle of community of evidence as a guarantee of substantive justice.

Palabras clave:

comunidad de la prueba, debido proceso, sana crítica, seguridad jurídica, tutela judicial efectiva, valoración probatoria

Keywords:

community of evidence, due process, sound criticism, legal certainty, effective judicial protection, evaluation of evidence

1. Introducción

La prueba constituye uno de los ejes centrales del proceso judicial, sino es el más importante, pues permite al órgano jurisdiccional reconstruir los hechos controvertidos para finalmente concluir en una decisión conforme a derecho. Sin prueba no hay proceso eficaz y, en consecuencia, tampoco la posibilidad real de una tutela judicial efectiva.

El derecho procesal contemporáneo ha trascendido los enfoques que se limitan al formalismo para aceptar que la actividad probatoria no puede verse solamente como una herramienta en favor de intereses particulares. La misma debe ser un procedimiento destinado a encontrar la verdad material.

En esta evolución doctrinaria surge el principio de la comunidad de prueba, que establece que los medios probatorios, después de ser incorporados al proceso de manera válida, dejan de pertenecer a la parte que los introdujo y se convierten en un patrimonio común del proceso. Estos pueden favorecer o perjudicar a cualquiera de las partes por igual. A pesar de que este principio ha sido ampliamente desarrollado por las doctrinas procesales modernas y clásicas, no ha sido positivizado de forma expresa en la legislación ecuatoriana.

Ahora bien, la ausencia o poco desarrollo normativo expreso genera una práctica desigual. Algunos jueces rechazan la aplicación del principio porque no está establecido en la ley, mientras que otros lo aplican de manera implícita, considerando la evidencia de manera integral sin tener en cuenta su origen subjetivo. Esta divergencia de criterios no solo tiene un impacto en la seguridad jurídica, sino que también pone en peligro principios fundamentales de la Constitución, como el debido proceso, la igualdad de armas y la protección judicial efectiva.¹

El propósito de este trabajo es examinar la comunidad de la prueba en el marco ecuatoriano, considerando su fundamento doctrinario, su conexión con principios constitucionales, su uso como costumbre judicial y los efectos que se derivan de la falta de normas al respecto. Se busca así sugerir criterios que faciliten su reconocimiento y aplicación consistente dentro del sistema procesal ecuatoriano.

En este contexto, se aborda el principio de la comunidad de la prueba como una categoría jurídica de especial relevancia para la valoración probatoria y la garantía de la justicia material en el proceso judicial ecuatoriano. El análisis se desarrolla a partir de su construcción doctrinaria clásica y contemporánea, su vinculación con principios constitucionales como el debido proceso, la igualdad de armas y la tutela judicial efectiva, así como su aplicación implícita en la práctica judicial ante la ausencia de una regulación normativa expresa. Asimismo, se examina la experiencia del derecho comparado —particularmente en Colombia, Argentina y España— con el fin de identificar criterios interpretativos. Estos permiten comprender las consecuencias jurídicas de su no positivización y sustentar propuestas orientadas a una aplicación más uniforme y garantista en el ordenamiento ecuatoriano.

Desde el punto de vista metodológico, la investigación adopta un enfoque cualitativo de carácter jurídico-dogmático y descriptivo-analítico. A través del análisis sistemático de la doctrina procesal, normativa constitucional y legal vigente, así como de pronunciamientos judiciales relevantes y estándares internacionales, se busca interpretar el alcance y contenido del principio de comunidad de la prueba dentro del sistema procesal ecuatoriano. Este método permite identificar tensiones entre el silencio normativo y la práctica judicial, así como evaluar de forma crítica los criterios utilizados por los operadores de justicia, privilegiando una comprensión integral del fenómeno probatorio más allá de su dimensión meramente formal.

1. Asamblea Nacional Constituyente, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial n.º 449 (2008), https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesi-cic4_ecu_const.PDF

2. La prueba en el proceso judicial: finalidad y función

Uno de los componentes fundamentales del proceso judicial es la prueba. Por medio de la misma el órgano jurisdiccional puede acceder a la información sobre los hechos en disputa y utilizar adecuadamente el derecho con base en esos hechos.

La prueba denota una gran importancia en el proceso considerando que es un derecho de las partes para anunciarla, presentarla, solicitarla, practicarla y aprovecharla en su pretensión, tomando en consideración que pertenece al proceso.² La misma se presenta como un medio esencial para la formación racional de la convicción judicial y, por lo tanto, para la legitimidad del fallo jurisdiccional. No hay un proceso efectivo ni se puede asegurar una protección judicial efectiva sin la actividad probatoria.

La finalidad de la prueba ha sido exhaustivamente estudiada desde la doctrina procesal clásica. Según Giuseppe Chiovenda (2001), su objetivo es persuadir al juez acerca de la veracidad de los hechos expuestos por las partes, enfatizando así su aspecto cognitivo y psicológico en el proceso. Así también, Francesco Carnelutti considera que la prueba era el puente esencial entre los hechos y la norma, porque solo a partir de hechos probados se puede llevar a cabo una adecuada subsunción jurídica.³ Las dos ideas, en lugar de ser opuestas, se complementan y hacen posible entender que el medio probatorio tiene una función doble: facilitar el conocimiento de los hechos y permitir la aplicación correcta del derecho.

En los sistemas procesales actuales, en especial en aquellos que se organizan sobre una base constitucional, la prueba tiene un carácter garantista que va más allá de su visión puramente técnica o instrumental. No basta con el acceso formal a las instancias judiciales para garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva. Además, es necesario que el proceso se lleve a cabo en condiciones que posibiliten una resolución equitativa, razonable y fundamentada en una evaluación apropiada de las pruebas presentadas. En esta línea, el derecho a la prueba no se limita al poder de presentar medios probatorios, incluye además el derecho a que sean admitidos, llevados a cabo, disputados y evaluados de acuerdo con principios de racionalidad, integralidad y justicia material.

Por lo tanto, la prueba no puede ser comprendida solamente como una herramienta que sirve a los intereses individuales o a la estrategia procesal de las partes. Su objetivo final es la búsqueda de una verdad procesal, que no se entienda como una verdad absoluta, sino más bien como aquella que puede alcanzarse con razonabilidad dentro de los límites del proceso y las garantías constitucionales. Esta idea se basa en una perspectiva publicista del proceso judicial, donde el interés público de administrar justicia de manera correcta es más importante que una lógica puramente dispositiva o privatista.

El derecho a la defensa se incluye en el derecho al debido proceso, que está consagrado en el artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador. Este incluye, tanto de forma explícita como implícita, la capacidad de presentar evidencias, impugnar las pruebas que presente el oponente y exigir que el juez evalúe de manera motivada y justa todas las pruebas incorporadas al proceso.⁴ Por lo tanto, la actividad probatoria se establece como una parte fundamental del proceso debido y como un prerrequisito necesario para que la decisión judicial sea válida.

En este marco, la contribución doctrinal de Hernando Devis Echandía es particularmente importante. Este autor afirma que, para evaluar los distintos medios de prueba, el juez debe tenerlos en cuenta todos juntos, sin diferenciar su origen, siguiendo lo que establece el prin-

2. Manuel Alexander Velepucha, *La oportunidad de la prueba* (Quito: Consejo de la Judicatura, 2016), <https://www.studocu.com/ec/document/universidad-de-las-fuerzas-armadas-de-ecuador/derecho-romano/ensayo-4/15504581>

3. Francesco Carnelutti, *La prueba civil* (Buenos Aires: Ediciones Arayú, 1955), 4.

4. Asamblea Nacional Constituyente, *Constitución de la República del Ecuador*, Art. 76.

cipio de adquisición o comunidad de la prueba.⁵ Esta afirmación destaca que el propósito de la prueba no puede depender de quién la proporciona, sino de su habilidad objetiva para ayudar a aclarar los hechos en cuestión.

Sin embargo, en Ecuador se ha priorizado el desarrollo normativo ordinario de la actividad probatoria en términos formales, incluyendo su ofrecimiento oportuno, los requisitos para ser admitida y las reglas sobre su carga. Este enfoque formal ha relegado a un segundo plano los principios sustantivos que guían la evaluación de las pruebas, lo que ha dado lugar a prácticas judiciales disímiles y, en ciertos casos, limitativas, que perjudican el propósito mismo de esta herramienta en el proceso.

En consecuencia, comprender la finalidad y función de la prueba en el proceso judicial resulta indispensable para analizarla como principio implícito del sistema procesal ecuatoriano. Solo desde una concepción integral de la actividad probatoria es posible sostener que sus medios, una vez incorporados válidamente al proceso, se convierten en un patrimonio común destinado a servir a la verdad procesal y a la correcta administración de justicia.

3. Concepto y fundamento de la comunidad de la prueba

La base de la comunidad de prueba está fuertemente asociada con el enfoque publicista del proceso judicial y con el papel garantista que desempeña la actividad probatoria. Si el proceso no se ve solo como un campo de enfrentamiento entre intereses privados, sino como una herramienta para aplicar la justicia material, es incompatible restringir el alcance de lo aportado a lo que le conviene o quiere estratégicamente al lado que lo presentó. Así, este principio se establece como un sistema que garantiza que la valoración del material esté dirigida hacia la verdad procesal y no hacia el simple beneficio procesal.

3.1. Origen doctrinario

El origen doctrinario del principio de la comunidad de la prueba se encuentra en la doctrina procesal europea, en particular en la tradición italiana y alemana, y ha sido ampliamente desarrollado por la doctrina latinoamericana. Autores como Chiovenda⁶, Carnelutti⁷ y, de manera destacada, Hernando Devis Echandía⁸, han sostenido que la prueba, una vez producida, se incorpora al proceso como un elemento objetivo que trasciende la esfera de disposición de las partes.

Esta concepción se encuentra íntimamente ligada al derecho a la prueba como manifestación del debido proceso. En este sentido, la jurista Belén Ureña Carazo señala que el derecho a la prueba es un derecho de carácter procesal que integra el derecho fundamental a un proceso justo o debido proceso, entendido este como un derecho complejo conformado por un conjunto de garantías destinadas a asegurar que el inicio, desarrollo y conclusión del proceso, así como las decisiones que en él se emitan, sean objetiva y materialmente justas. Desde esta perspectiva, la comunidad de la prueba se presenta como una consecuencia lógica del reconocimiento del derecho a la prueba como garantía constitucional.

Asimismo, la doctrina ha destacado que el principio de comunidad de la prueba responde a la necesidad de evitar que el proceso se convierta en un mero juego estratégico en el que las partes intenten manipular el material probatorio según su conveniencia. Una vez incorporada la misma, se objetiva e integra al proceso como un todo, quedando sujeta a la valoración judicial conforme a las reglas de la sana crítica y a los principios de racionalidad y motivación.

5. Hernando Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial* 1970, 78 <https://biblioteca.cejamericas.org/handle/2015/1797>

6. Giuseppe Chiovenda, "Deberes y poderes del juez", en *Actos del juez y prueba civil*, ed. Fernando Qui-ceno Álvarez (Bogotá: Editorial Jurídica Bolivariana, 2001), 75-90.

7. Carnelutti, Francesco. *La prueba civil*, 4.

8. Hernando Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*, 56.

3.2 Diferenciación con la carga de la prueba

Resulta fundamental diferenciar el principio de la comunidad de la prueba de la carga de la prueba, pues se trata de instituciones conceptualmente distintas que operan en momentos diferentes del proceso. La carga de la prueba cumple una función normativa y distributiva, en la medida en que determina a cuál de las partes corresponde la obligación de probar determinados hechos y soportar las consecuencias jurídicas de su falta de acreditación. Su finalidad principal es orientar la actividad probatoria de las partes y servir como regla de juicio en caso de insuficiencia probatoria.

La comunidad de la prueba, en cambio, opera en una etapa posterior: la de la valoración probatoria. Una vez que los medios de prueba han sido producidos e incorporados válidamente al proceso, estos dejan de estar sometidos a la lógica de la carga de la prueba y pasan a ser valorados en su conjunto por el juez, con independencia de quién los haya aportado. En este sentido, la comunidad de la prueba no altera la distribución de las cargas probatorias, sino que incide directamente en la forma en que el juez debe apreciar el material probatorio existente.

Confundir ambos conceptos puede conducir a errores en la práctica judicial, tales como negar el valor probatorio a un medio de prueba por el solo hecho de haber sido aportado por la contraparte o restringir su análisis a favor exclusivo de quien lo produjo. Tales prácticas resultan incompatibles con el debido proceso y con una concepción integral de la actividad probatoria.

En consecuencia, la comunidad de la prueba se configura como un principio autónomo que garantiza una valoración objetiva, integral y racional de la prueba, reforzando la igualdad de armas procesales y la búsqueda de la verdad procesal. Su reconocimiento resulta indispensable para asegurar que la decisión judicial se funde en el mérito real del material probatorio y no en consideraciones formales o estratégicas ajenas a la finalidad del proceso.

4. La comunidad de la prueba como principio implícito

4.1. Debido proceso y verdad material

El debido proceso, reconocido en el artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador, no se agota en el cumplimiento de formalidades procesales, sino que exige que la sustanciación sea un instrumento eficaz para la tutela de derechos y la correcta administración de justicia.⁹ Dentro de este marco, la actividad probatoria cumple un rol esencial, pues es a través de ella que el juez puede aproximarse a la verdad de los hechos controvertidos.

Sobre la actividad probatoria, el profesor Hernando Devis Echandía señala:

“La actividad probatoria en el proceso tiene diferentes fases o aspectos, que pueden comprenderse en tres: 1) la fase de producción u obtención de la prueba, en la cual colaboran el juez, las partes y los auxiliares, o sea los sujetos de la prueba y sus órganos; esta fase se subdivide en: a) averiguación o investigación; b) aseguramiento; c) proposición o presentación; d) admisión y ordenación; e) recepción y práctica, en la cual se presenta, en ocasiones, la coerción para su realización; 2) la fase de su asunción por el juez; 3) la fase de su valoración o apreciación por el juez, en la cual colaboran las partes defendiendo o contradiciendo su validez y sus resultados o su eficacia”.¹⁰

Esta concepción integral de la prueba evidencia que su finalidad no se limita a satisfacer la estrategia procesal de las partes, sino que se orienta a dotar al juez de los elementos necesarios para adoptar una decisión justa. En este sentido, la comunidad de la prueba se presenta como una consecuencia lógica del debido proceso: si la prueba tiene como finalidad la búsqueda de la verdad material, no resulta compatible con una visión que restrinja su valoración al interés exclusivo de quien la aporta.

9. Asamblea Nacional Constituyente, *Constitución de la República del Ecuador*, Art. 76.

10. Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*, 135.

Siguiendo con este mismo razonamiento, se sostiene que el principio de adquisición, también llamado así, es importante porque el proceso obtiene para sí mismo todos los medios probatorios que se incorporan, integrándolos a él de tal manera que ninguna de las partes puede ejercer “posesión o propiedad” sobre algún medio que haya sido incorporado. Esto ocurre porque, bajo este principio, las pruebas son adquiridas por el proceso y se convierten en una parte indivisible del mismo.¹¹

Reconocer que la prueba pertenece al proceso y no a las partes implica admitir que el juez, en ejercicio de su función constitucional, debe valorar todo el material probatorio incorporado de manera conjunta, objetiva y razonada, incluso cuando sus resultados beneficien a la parte contraria. De lo contrario, se vaciará de contenido el principio de verdad material, dando paso a un escenario meramente estratégico, ajeno a su función de justicia.

4.2. Igualdad de armas procesales

La comunidad de la prueba también encuentra sustento en el principio de igualdad de armas procesales, entendido como la garantía de que las partes cuenten con iguales oportunidades para hacer valer sus pretensiones y defensas dentro del proceso. Este principio no implica una igualdad meramente formal, sino una igualdad real en el acceso y valoración del material probatorio.

La importancia de este principio radica en que los medios probatorios no constituyen elementos aislados. Por el contrario, el juez está facultado —y obligado— a realizar su análisis conforme a las reglas de la sana crítica, evaluándose de manera conjunta, integral y armónica. Esta exigencia se encuentra reflejada en el Código Orgánico General de Procesos (en adelante COGEP), particularmente en los artículos 160 y 164, que establecen que la prueba debe ser apreciada en su conjunto y de acuerdo con la lógica, la experiencia y los conocimientos científicos.¹²

Desde esta perspectiva, la prueba no puede concebirse como un instrumento de beneficio exclusivo para una de las partes. En ningún momento los medios probatorios aportados pertenecen únicamente a quien las introduce al proceso; una vez admitidas, pasan a formar parte del acervo común, quedando a disposición del juez para fundamentar su decisión conforme a los principios constitucionales.

Negar la aplicación de este principio bajo el argumento de su falta de positivización expresa puede generar desequilibrios procesales, pues permitiría que una parte controle de manera indebida los efectos de lo aportado por la misma. Ello atentaría contra la igualdad de armas y podría derivar en decisiones injustas, basadas en una valoración fragmentada o parcial del material probatorio.

En consecuencia, la comunidad de la prueba se configura como un principio implícito indispensable para garantizar un proceso equilibrado, transparente y orientado a la verdad material. En este la prueba cumple su función pública al servicio de la justicia y no da intereses estratégicos ajenos a la finalidad del proceso.

5. Situación jurídica en el Ecuador

5.1. Ausencia de regulación expresa

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano no existe una norma expresa que consagre el principio de la comunidad de la prueba. Ni el COGEP, ni el Código Orgánico Integral Penal (en adelante COIP), ni el Código del Trabajo contienen disposiciones que determinen de manera clara a quién pertenece la prueba una vez incorporada válidamente al proceso, ni si la evidencia aportada por una parte puede ser utilizada en beneficio de la contraria.

11. García Falconí, *Código Orgánico General de Procesos*, vol. II.

12. Asamblea Nacional, *Código Orgánico General de Procesos*, Registro Oficial suplemento 506 (2015), Arts. 160 y 164 <https://www.lexis.com.ec/biblioteca/cogep>

Esta omisión normativa genera un vacío legal relevante, pues el sistema procesal ecuatoriano sí regula aspectos formales de la actividad probatoria como la oportunidad, la admisibilidad y la valoración, pero guarda silencio respecto de la naturaleza jurídica de la prueba como elemento común del proceso. Tal silencio contrasta con la exigencia constitucional de un proceso orientado a la verdad material y a la tutela judicial efectiva.

La ausencia de regulación expresa no puede interpretarse como una prohibición tácita de la comunidad de la prueba. Por el contrario, conforme a la doctrina procesal moderna, los principios implícitos del proceso pueden derivarse de la Constitución, de la lógica del sistema y de la finalidad misma de la función jurisdiccional. En este sentido, el vacío normativo refuerza la necesidad de una construcción doctrinaria y jurisprudencial que permita dotar de coherencia al sistema probatorio ecuatoriano.

La falta de una norma positiva que consagre expresamente el principio de la comunidad de la prueba en el ordenamiento jurídico ecuatoriano no solo es un vacío formal, sino que también genera efectos sustantivos en la estructura del proceso judicial. Este vacío normativo permite ampliar los márgenes de discrecionalidad judicial en la valoración probatoria, al igual que da paso a la coexistencia en la práctica jurisdiccional de criterios heterogéneos. Desde un punto de vista teórico, la seguridad jurídica plantea que el Derecho está constituido por reglas claras, previsibles y uniformes que orientan el proceder de los jueces y permiten a las partes anticipar razonablemente las consecuencias jurídicas que generan o devienen de sus afirmaciones y/o actos. En tal sentido, Luigi Ferrajoli sostiene que la certeza del Derecho es un presupuesto elemental del Estado de derecho, toda vez que limita la arbitrariedad judicial, y plantea la necesidad de que el juez esté sujeto a normas definidas con anterioridad.¹³

Conforme a lo expuesto, Michele Taruffo advierte que en materias probatorias, cuando la discrecionalidad con la que juegan las pruebas no está destinada a canalizarse adecuadamente a través de reglas y principios ostensibles, deviene susceptible de producir decisiones no solo inadecuadas sino también justificadas de forma insuficiente.¹⁴ En Ecuador, el principio de la comunidad de la prueba, ya que no es positivizado, no permite la formación de un estándar de valoración uniforme, lo que favorece interpretaciones diversas sobre el alcance y efectos de los medios probatorios.

Así, se produce un efecto del vacío normativo y la inseguridad jurídica: la falta de la norma expresa deja juego a la discrecionalidad, la discrecionalidad crea criterios diversos y los criterios dispares afectan la previsibilidad de las decisiones. Esta falta de previsibilidad dificulta la estrategia procesal de las partes y agrava la confianza en el sistema de la administración de justicia.

5.2. Aplicación práctica y costumbre judicial

A pesar del silencio normativo, la comunidad de la prueba opera en la práctica judicial ecuatoriana como una costumbre judicial implícita. En múltiples momentos, los jueces valoran las pruebas aportadas por una parte para fundamentar decisiones favorables a la contraparte, aun sin mencionar expresamente el principio.

Esta práctica revela que, en la realidad forense, la prueba es concebida como un elemento del proceso y no como una pertenencia exclusiva de las partes. Sin embargo, la falta de reconocimiento explícito del principio provoca que su aplicación dependa en gran medida del criterio individual del juzgador, generando decisiones contradictorias y afectando la seguridad jurídica.

La costumbre judicial, entendida como una práctica reiterada, uniforme y aceptada por los operadores de justicia, puede constituirse en una fuente indirecta del derecho procesal. En este caso, la aplicación implícita de la comunidad de la prueba evidencia su funcionalidad y necesidad dentro del sistema ecuatoriano, aun en ausencia de regulación expresa.

13. Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal* (Madrid: Trotta, 1995).

14. Michele Taruffo, *La prueba de los hechos* (Madrid: Trotta, 2002).

6. Derecho comparado

El análisis del derecho comparado permite observar cómo otros ordenamientos jurídicos han desarrollado el principio de la comunidad de la prueba, ya sea de manera expresa o implícita, ofreciendo criterios útiles para el contexto ecuatoriano.

6.1. Colombia

Colombia constituye uno de los referentes más importantes en materia de comunidad de la prueba. La doctrina procesal colombiana, influenciada principalmente por Hernando Devis Echandía, ha desarrollado con amplitud este principio, reconociendo que pertenece al proceso y no a las partes.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado ha reiterado que las pruebas válidamente incorporadas pueden ser valoradas en beneficio de cualquiera de las partes, siempre que se respeten las garantías del debido proceso. Este criterio se ha consolidado como una regla general de valoración probatoria. Muestra de ello es su desarrollo en la jurisprudencia colombiana; al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que, una vez incorporados los medios de convicción, su examen debe realizarse en conjunto, sin que importe quién los aportó, dada su función de propiciar el esclarecimiento de los hechos.

Por este motivo, la Corte Suprema de Justicia de Colombia, en sentencia con fecha de 16 de diciembre de 2010, ha determinado que la prueba no pertenece a quien la presenta, sino al proceso y que a la hora de valorarla ha de hacerse de conformidad con los criterios de integralidad y de racionalidad, impidiendo que su interpretación fragmentada conduzca a la distorsión de la verdad procesal.¹⁵ Este pronunciamiento reiteró que el objetivo de la actividad probatoria no debe responder a una estrategia de favorecer a una parte determinada, sino que tiene por finalidad proporcionar al juez elementos suficientes que le permitan decidir de una forma justa.

De la misma manera, el Consejo de Estado Colombiano sentó que el juez no puede desestimar un medio de prueba por el solo hecho de que haya sido presentado por la parte contraria, porque ello frustraría el principio de valoración integral de la prueba y el deber de motivar las resoluciones judiciales.¹⁶ Por ello, la misma se entiende como un elemento objetivo del proceso, cuya eficacia no depende de su proveniencia subjetiva, sino de sus capacidades probatorias para acreditar los elementos fácticos controvertidos.

Los criterios jurisprudenciales evidencian que, en Colombia, la comunidad de la prueba opera como un principio consolidado que orienta la valoración probatoria hacia la verdad material. Esto sucede a diferencia del caso ecuatoriano, donde la falta de regulación expresa genera inseguridad. La consolidación de esta doctrina en la jurisprudencia colombiana ha permitido la fijación de criterios claros y uniformes, disminuyendo la discrecionalidad judicial y fortaleciendo la seguridad jurídica.

El caso colombiano muestra que la consolidación del principio no depende exclusivamente de su positivización legislativa sino del desarrollo coherente de la jurisprudencia. Aun así, la consolidación exige una línea interpretativa coherente, capaz de orientar la buena actuación de la administración de justicia, a la vez que garantiza la valoración probatoria de manera objetiva e integral y conforme a principios del debido proceso.

15. Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil, sentencia del 16 de diciembre de 2010, Exp. 11001-3103-038-2001-01054-01.

16. Consejo de Estado de Colombia, Sección Tercera, sentencia del 28 de agosto de 2013, Exp. 25000-23-26-000-1999-02019-01.

En este mismo sentido la sentencia número.11001-03-15-000-2019-05027-00¹⁷ del Consejo de Estado sostiene que, en virtud del principio de comunidad de la prueba, los medios de convicción legalmente aportados dejan de pertenecer a la parte para convertirse en herramientas epistémicas al servicio de todos los sujetos procesales. De este modo, se reconoce la facultad del juzgador para apreciar en su integridad las pruebas obrantes en el expediente, con independencia de su origen, a fin de fundamentar su decisión.

Devis Echandía sostiene que “la prueba tiene una función pública, y su finalidad no es servir a la parte que la aporta, sino al juez para la correcta decisión del litigio”. Esta concepción ha permeado la práctica judicial colombiana, convirtiendo a la comunidad de la prueba en un principio aceptado con amplitud, aun cuando no siempre se encuentre expresamente codificado.

6.2. Argentina y España

En Argentina, la comunidad de la prueba ha sido reconocida tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. Autores como Couture¹⁸ y Chioyenda¹⁹ han influido decisivamente en la concepción del proceso como un instrumento de justicia material, en el cual la prueba no puede ser monopolizada por las partes. La jurisprudencia argentina ha sostenido con reiteración que el juez debe valorar el conjunto del material probatorio, con independencia de su origen subjetivo.

En España, aunque el principio no se encuentra formulado expresamente bajo la denominación de “comunidad de la prueba”, la Ley de Enjuiciamiento Civil y la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo exigen una valoración conjunta, racional y motivada de la prueba. En la práctica esto conduce a resultados compatibles con dicho principio y el mismo es concebido como un elemento del proceso y no como un instrumento de dominio exclusivo de las partes.

7. Problemática y consecuencias de su no positivización

La falta de positivización de la comunidad de la prueba en el Ecuador genera diversas problemáticas. En primer lugar, produce inseguridad jurídica, al permitir interpretaciones dispares sobre la posibilidad de utilizar la evidencia aportada por la contraparte. En segundo lugar, puede afectar la igualdad de armas procesales, al permitir que una parte pretenda limitar los efectos de la prueba que ella misma introdujo al proceso.

Asimismo, la ausencia de criterios claros puede conducir a su valoración fragmentada, contraria a las reglas de la sana crítica y a la búsqueda de la verdad material. En estos casos, el proceso corre el riesgo de convertirse en un ejercicio estratégico, en el que la verdad queda subordinada a intereses tácticos de las partes.

Tal situación evidencia una clara afectación a la seguridad jurídica en la ordenación del proceso. Esto se debe a que la ausencia de normas expresas permite que casos sustancialmente análogos se resuelvan de manera diferente, supeditados al criterio del juzgador sobre la titularidad y el alcance del material probatorio.

Como recuerda Robert Alexy, la coherencia y la consistencia son condiciones necesarias de la aplicación del derecho que garantizan la racionalidad de las decisiones judiciales y, por

17. Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, *Sentencia n.º 11001-03-15-000-2019-05027-00*, 30 de enero de 2020.

18. Eduardo J. Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*, 1942, 66. <https://archive.org/details/fundamentosdelderechoprocivil>

19. Chioyenda, “Deberes y poderes del juez”, 75-90.

ende, la legitimidad del ordenamiento jurídico.²⁰ Ante esta condición, se debilita la confianza del justiciable en el ordenamiento de la justicia, así como su función garantista del proceso.

En este sentido, Manuel Atienza defiende que la argumentación jurídica ha de estar fundamentada en criterios que sean racionales y generalizables de tal forma que, aun en el caso de que se limiten las decisiones a causas concretas, su contenido pueda ser razonablemente justificado.²¹ Sin embargo, la falta de precisión en cuanto a la comunidad de la prueba hace que sea difícil satisfacer este requerimiento, ya que habilita consideraciones parciales o cesiones en materia del material probatorio. La falta de positivización de tal principio no debe, en este sentido, interpretarse como una falta de ideal indiferente, sino como un aspecto de incremento de la discrecionalidad judicial que favorece criterios contradictorios a la hora de tomar decisiones y que reduce la predictibilidad del sistema en su conjunto. Esto provoca que se genere un contexto de inseguridad jurídica que afecta tanto al derecho de defensa como a la tutela judicial efectiva.

8. Propuesta de criterios para su aplicación en Ecuador

Ante el vacío normativo existente, resulta necesario proponer criterios que permitan la aplicación coherente de la comunidad de la prueba en el Ecuador. Entre ellos, destacan los siguientes:

1. Reconocimiento de la prueba como elemento del proceso, una vez válidamente incorporada, con independencia de la parte que la haya aportado.
2. Valoración conjunta e integral del material probatorio, conforme a las reglas de la sana crítica y al principio de verdad material.
3. Aplicación del principio como derivación directa del debido proceso, la igualdad de armas y la tutela judicial efectiva.
4. Motivación expresa por parte del juez, cuando una prueba aportada por una parte sea valorada en beneficio de la contraria, reforzando la transparencia y la legitimidad de la decisión.
5. Desarrollo jurisprudencial progresivo, que permita consolidar el principio como parte de la práctica judicial ecuatoriana, aun antes de una eventual reforma normativa, pues la misma es casi nula o inexistente en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Estos criterios permitirían superar el silencio normativo y dotar de coherencia al sistema probatorio ecuatoriano, garantizando que la prueba cumpla su función pública al servicio de la justicia.

9. Conclusiones

El análisis desarrollado a lo largo del presente trabajo permite afirmar que la comunidad de la prueba constituye un principio esencial del derecho procesal contemporáneo, íntimamente vinculado con la función pública del proceso judicial y con la búsqueda de la verdad material. Su fundamento no se encuentra solo en la doctrina clásica y moderna, sino también en principios constitucionales de jerarquía superior, como el debido proceso, la igualdad de armas y la tutela judicial efectiva, que exigen una valoración probatoria objetiva, integral y razonada.

En el contexto ecuatoriano, si bien no existe una regulación normativa expresa que consagre la comunidad de la prueba, su aplicación se manifiesta de manera implícita en la prácti-

20. Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989).

21. Manuel Atienza, *Las razones del derecho: Teorías de la argumentación jurídica* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991).

ca judicial, lo que evidencia su necesidad funcional dentro del sistema procesal. No obstante, esta ausencia de positivización ha generado criterios dispares entre los operadores de justicia, afectando la seguridad jurídica y permitiendo valoraciones fragmentadas o restrictivas del material probatorio, contrarias a las reglas de la sana crítica y a la finalidad misma del proceso.

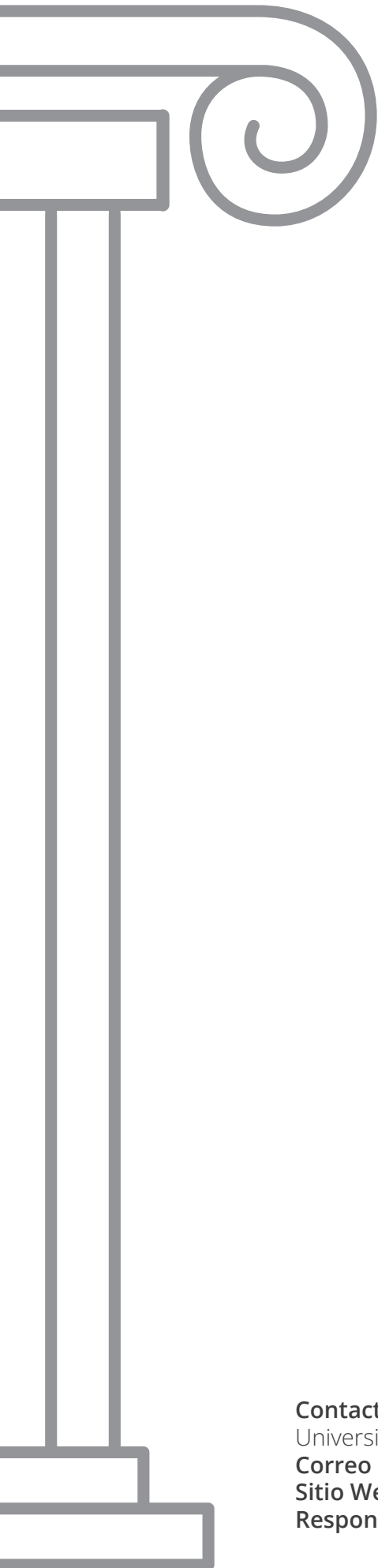
El derecho comparado demuestra que la comunidad de la prueba no requiere necesariamente una formulación rígida o nominativa para operar con eficacia; sin embargo, sí exige parámetros claros que orienten su aplicación. La experiencia de ordenamientos como el colombiano, argentino y español pone de relieve que la prueba, una vez incorporada válidamente al proceso, debe ser concebida como un elemento objetivo al servicio de la decisión judicial, sin que su valoración dependa de su origen subjetivo.

En este sentido, el verdadero desafío para el ordenamiento ecuatoriano no radica en exclusiva en reconocer la comunidad de la prueba como principio implícito, sino en clarificar y desarrollar reglas que regulen su aplicación en la praxis judicial. Resulta indispensable establecer criterios que delimiten su alcance, orienten la valoración probatoria y exijan una motivación expresa por parte del juez cuando una evidencia sea utilizada en beneficio de la parte contraria, evitando así arbitrariedades y reforzando la legitimidad de la decisión jurisdiccional.

Por ello, se sostiene que el fortalecimiento del sistema probatorio ecuatoriano requiere ir más allá de una aceptación meramente doctrinaria o consuetudinaria del principio de comunidad de la prueba. Es necesario avanzar hacia una construcción normativa y jurisprudencial coherente, que no solo reconozca la prueba como patrimonio común del proceso, sino que regule de manera clara la forma en que debe ser utilizada, valorada y motivada en la práctica judicial. Solo de esta manera se garantizará que cumpla con efectividad su función pública y que el proceso judicial se consolide como un verdadero instrumento de justicia material y seguridad jurídica.

Referencias

- Alexy, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- Asamblea Nacional. *Código Orgánico General de Procesos*. Registro Oficial suplemento 506. 2015. <https://www.lexis.com.ec/biblioteca/cogep>.
- Asamblea Nacional Constituyente. *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial n.º 449. 2008. https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesi-cic4_ecu_const.PDF.
- Atienza, Manuel. *Las razones del derecho: Teorías de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- Carnelutti, Francesco. *La prueba civil*. Buenos Aires: Ediciones Arayú, 1955.
- Chiovenda, Giuseppe. "Deberes y poderes del juez". En *Actos del juez y prueba civil*, editado por Fernando Quiceno Álvarez, 75-90. Bogotá: Editorial Jurídica Bolivariana, 2001.
- Consejo de Estado de Colombia. Sección Tercera. Sentencia de 28 de agosto de 2013. Exp. 25000-23-26-000-1999-02019-01.
- Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia n.º 11001-03-15-000-2019-05027-00. 30 de enero de 2020.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 16 de diciembre de 2010. Exp. 11001-3103-038-2001-01054-01.
- Couture, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 1942. <https://archive.org/details/fundamentosdelderechoprocivil>.
- Crespo, Gustavo, Hugo Hernández, Andrea Moreta y Kiara Peralta. "Principio de comunidad probatoria en el Código Orgánico General de Procesos". Universidad de Ciencia y Tecnología. <https://share.google/vXbyEObudj0pEZGJu>.
- Devis Echandía, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*. 1970. <https://biblioteca.cejamericas.org/handle/2015/1797>.
- Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1995.
- García Falconí, R. *Código Orgánico General de Procesos. Comentado*. Vol. II. Quito: Latitud Cero Editores, 2018.
- Taruffo, Michele. *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta, 2002.



Contacto y Correspondencia Dirección: Facultad de Ciencias Jurídicas,
Universidad del Azuay. Av. 24 de Mayo 7-77, Cuenca, Ecuador.

Correo electrónico editorial: udalawreview@uazuay.edu.ec

Sitio Web: revistas.uazuay.edu.ec/index.php/udalawreview

Responsable Editorial: Mateo Polo Fajardo, Editor en Jefe.



UNIVERSIDAD
DEL AZUAY

Casa 
Editora



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

 UDA Law Review

 UDA Law Review